

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

Cilt XXV, Nisan 2021, Sayı 2

Vol. XXV, April 2021, No. 2

Ankara 2021

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief**

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

Editörler*: Editors :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkemim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkemim YILDIRIM

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Arş. Gör. Dr. Bilge AYTUĞAR Res. Assist.Dr. Bilge AYTUĞAR

Arş. Gör. Dr. Fatma Umay GENÇ Res. Assist.Dr. Fatma Umay GENÇ

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayımlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45 **Basım Tarihi:** Mayıs 2021

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS
indeks



CiteFactor
Academic Scientific Journals



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir ARICI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigörmüş İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN KURALLARI**

Dergi Hakkında

- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. ULAKBİM ve CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
- Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
- Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca değerlendirilir.
- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.

Dergiye Makale Gönderimi ve Kabulü Hakkında

- Makaleler dergiye elektronik posta yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kurum bilgileri, ORCID numarası ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
- Dergiye her zaman makale gönderilebilir. Editörler Kurulu, hakem süreci olumlu sonuçlanan makalelerin çıkacak ilk sayıda veya yoğunluk durumuna göre bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.
- Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, düzeltilebilir eksikliklerin bulunduğu makaleler, düzeltilmesi için yazara geri gönderilir. Ancak bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığının veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar reddedilir.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır.

Azamî %10 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir.

- Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “*Makale ID*” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu, makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
- Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda makale tekrar hakem denetiminden geçirilebilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi’ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite’ye devretmiş sayılır; yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Makale Yazım Kuralları

- **Yazı karakteri ve boyutu:** Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Makalenin ana metni Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.

Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stil olarak sayfa sonunda verilir.

- **Sözcük veya Sayfa Sınırlaması:** Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- **Türkçe ve İngilizce başlık:** Dergiye gönderilen makalelerde Türkçe başlığın yanı sıra büyük harflerle ve İngilizce yazılmış bir başlık bulunmalıdır. Türkçe ve İngilizce dışında bir dilde yazılmış olan makalelerde ayrıca Türkçe ve İngilizce başlığa yer verilmelidir.

- **Türkçe ve İngilizce özet ve anahtar kelimeler:** Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir.

Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir.

Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.

- **Atıf kuralları ve Kaynakça:** Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Bunun dışında kısaltmalar cetveline ya da yararlanılan mahkeme kararları listesine gerek yoktur. Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
- Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

Kitaplar:

Ad Soyad, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.

- Tekrar eden atıflar ise şu şekilde gösterilmelidir:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

Kitap Bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı” in Editör(ler) Adı (ed /eds), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle

Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (Ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, Yıl, Cilt (Sayı), Dergi Adı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 293.

- İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir:

Örnek: Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

- Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilir:

Örnek: Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007.

Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, 2015, 64(1), AÜHFD, s. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/article/510636>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 21 13

Faks: (312) 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

**ANKARA HACI BAYRAM VELI UNIVERSITY FACULTY OF LAW
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

About the Journal

- Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-FLR) is published four times per year under the status of “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBIM and CiteFactor. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has been introduced.
- DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
- In addition to peer-reviewed articles and translations, the journal can also publish book reviews and judicial decision analysis. Such works are evaluated by the editorial board.
- Articles in Turkish, English, German or French languages are accepted.

About Submission and Acceptance of Articles to the Journal

- Articles are sent to the journal via e-mail. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
- Names of the authors, their ORCID numbers, institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
- Articles can always be sent to the journal. The Editorial Board may decide to publish articles with positive results in the first issue or in the next issue depending on the journal’s density.
- It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. In the preliminary examination made by the editorial board, the articles with correctable deficiencies are returned to the author for correction. However, manuscripts that do not comply with the scientific (field-based control) criteria and journal rules or that have more than usual spelling mistakes are rejected.
- During the pre-examination of the Editorial Board, the articles are scanned in the plagiarism screening program. Articles that have a maximum similarity rate of 10% (excluding bibliographic materials, quotations and minor resources of 2%) are accepted.

- After the pre-examination phase the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. Authors are not given information about which referees the article has been sent to.
- If the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers' wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.
- All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.

Article Writing Rules

- **Font and size:** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style.
- **Word or page limitation:** Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
- **Turkish and English title:** In addition to the Turkish title, the articles submitted to the journal should include a title in English and in capital letters.
- **Turkish and English abstracts and keywords:** Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English.

If the article is not in Turkish; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a

foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.

- **Citation rules and Bibliography:** Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. There is no need for a list of abbreviations or a list of court decisions. If there are no rules in the citation style detailed below, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.
- The resources cited should be indicated in the footnotes as follows:

Books:

Name Surname, Title, Edition, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, 2007, p. 89.

- Repetitive citations should be shown as follows:

Surname, Cited Page.

Example: Ayhan, p. 89.

- If more than one material of the same author are referred, title of the materials should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: Ayhan, Ticari İşletme, p. 213.

Ayhan, Kâr Payı, p. 100.

Contributions to edited books:

Name Surname, “Title”, in Editor’Name (ed), Book Title, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (Ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, p. 143.

Articles:

Name Surname, “Title of the Article”, Year, Volume (Number), Title of the Journal, Cited Page.

Example: Cumhur Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, p. 293.

- URLs of online resources should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, p. 35, < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Date accessed 15 Aralık 2020.

- At the end of the article, there should be a bibliography listing the resources used in the article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging. The bibliography first includes the surname of the author, then the first letter of the name. The page range of articles is shown:

Example: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, 2015, 64(1), AÜHFD, pp. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/article/510636>> Date accessed 15 Aralık 2020.

Contact Information: Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını)
Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 21 13

Fax: +90 312 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-mail: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXV

Nisan 2021

Sayı 2

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı ve Bu Kaydın Tacir Veya Kamu Tüzel Kişisi Olmayan Avalist ve Cirantalara Etkisi Ebru TÜZEMEN ATİK.....	3-48
Kişisel Bilgisayar Donanımı ve Yazılım Kullanım Lisansının Haczi Emre KIYAK	49-96
Borçların Nisbiligi İlkesi ve Türk Miras Hukuku Anlamında Mirasbırakanın Borçlarından Dolayı Mirasçılarının Sorumluluğu Mustafa ŞAHİN.....	97-128
Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği Gökçe ARIKAN.....	129-164
Bonoda Düzenleme Yeri İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU.....	165-210
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Hakem Kararlarının İptali Sebepleri ve Hâkimin Karara Müdahalesi Gizem YILMAZ	211-270
Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme Merve KUTLU	271-310
Türk Borçlar Kanunu M. 202 Kapsamında Ticari İşletmenin Pasiflerinin Devrinde Müteselsil Sorumluluk Düzenlemesinin Değerlendirmesi İle Kefil ve Kefaletin Durumu Ahmet Baybars ÖZŞAHİN	311-340
Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç Caner TAŞATAN.....	341-370

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

KAMU HUKUKU

Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu İzzet ÖZGENÇ	373-432
Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu mudur? Elvan KEÇELİOĞLU	433-464
Kullanma Zimmeti Ahmet Hulusi AKKAŞ/Eren AKPINAR	465-494
Assessment Of Age-Stratified Lockdown Imposed During The Covid-19 Pandemic Regarding Prohibition Of Discrimination Fatma Duygu BOZKURT	495-510
Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının İtibari Değerine İlişkin Bazı Özel Durumlar Can CANPOLAT	511-554
Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği – İfade Almada Yasak Usul Olan “Aldatma” Örneği Üzerinden Bir İnceleme Reşit KARAASLAN	555-622
“Açık Keyfilik” ve “Bariz Takdir Hatası” Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi İsmail KÖKÜSARI	623-668
Boks ve Kafes Dövüşü Müsabakalarında Gerçekleştirilen Spor Kurallarına Uygun Davranışların Suç Teorisi Bakımından Değerlendirilmesi Gökhan ÖLMEZ/Ali Şahin KILIÇ	669-710
Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104) Ali Tanju SARIGÜL	711-754
Ceza Muhakemesi Hukuku Özelinde Yargıda Dijitalleşme Candide ŞENTÜRK	755-786
Güvenlik Soruşturmasında Kişisel Verilerin Korunması Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN	787-838
Yarı Parlamenter Sistem Ayrı Bir Hükümet Sistemi Modeli Olabilir mi? İsmail YAZICIOĞLU	839-868

Can The Police Use Weapons In Cases Other Than Legitimate Defence? A Comparative Study With The French Example M. Buhari ÇETİNKAYA	869-904
Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin Üye Devletlerin Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkisi Burcu BAYTEMİR KONTACI	905-972
İdari Usulde Resen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasasının İhlali İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme İsmail UÇAR / Gökhan TÜRE	973-1026

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXV

April 2021

Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>Jurisdiction Clause In Bills Of Exchange And Effect Of This Clause To Non-Merchant Or Non-Public Legal Entity The Giver Of An Aval And Endorsers</i> Ebru TÜZEMEN ATİK.....	3-48
<i>Attachment Of Personal Computer Hardware And Software Usage License</i> Emre KIYAK.....	49-96
<i>Relativity Of Debst Principle And Responsibility Of The Inheritors Due To The Debts Of The Inhetirance In The Terms Of Turkish Inheritance Law</i> Mustafa ŞAHİN.....	97-128
<i>Enforceability Of Third-Party Beneficiary Mediation Contract And The Contingent Mediation Contract</i> Gökçe ARIKAN.....	129-164
<i>Place Of The Issue In The Bill</i> İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU.....	165-210
<i>Cancellation Reasons For The Referee Judgments And Judge's Intervention To Decision Within The Scope Of The Code Of Civil Procedure</i> Gizem YILMAZ.....	211-270
<i>Legal Status Of Platform Workers: Evaluation Of Uber-Aslam And Others Judgement</i> Merve KUTLU.....	271-310
<i>Evulation Of Provision Of Joint Liability Within The Scope Of Transferring Passive Assets Of Commercial Enterprise Under Turkish Debt Law Art. 202 And Surety With Situation Of Suretyship</i> Ahmet Baybars ÖZŞAHİN.....	311-340

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

<i>Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç Primary Obligation In Terms Of Validity And Termination Of The Surety Contract</i>	
Caner TAŞATAN	341-370

PUBLIC LAW

<i>The Crime of the Propaganda of Terrorism and Terrorist Organizations and the Criminal Responsibility Thereof</i>	
İzzet ÖZGENÇ	373-432
<i>Is Conduct Crime An Abstract Endangerment Crime?</i>	
Elvan KEÇELİOĞLU	433-464
<i>Embezzlement To Use</i>	
Ahmet Hulusi AKKAŞ/Eren AKPINAR	465-494
<i>Covid-19 Pandemi Sürecinde Uygulanan Yaşa Bağlı Sokağa Çıkma Yasağının Ayrımcılık Yasağı Açısından Değerlendirmesi</i>	
Fatma Duygu BOZKURT	495-510
<i>Special Circumstances Regarding To Credibility Of The Witness Statement In Criminal Procedure Law</i>	
Can CANPOLAT	511-554
<i>“Deception” As A Procedure Forbidden During Interrogation And Natural Persons’ Acting On Behalf Of Law Enforcement Officers</i>	
Reşit KARAASLAN	555-622
<i>On The Matter Of Violation Of The Right To Fair Trial Due To “Manifest Arbitrariness” And “Obvious Error Of Judicial Discretion”</i>	
İsmail KÖKÜSARI	623-668
<i>An Evaluation Of Fair Conducts In Boxing And Cage Fighting Bouts In The Context Of Criminal Theory</i>	
Gökhan ÖLMEZ/Ali Şahin KILIÇ	669-710
<i>The Perpetrator Of Sexual Intercourse With A Minor (Turkish Penal Code Art. 104)</i>	
Ali Tanju SARIGÜL	711-754
<i>Digitalization Of The Judiciary In Criminal Procedure Law</i>	
Candide ŞENTÜRK	755-786
<i>Protection Of Personal Data In Security Investigations</i>	
Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN	787-838
<i>Can The Semi-Parliamentary System Be A Separate Model Of Government System?</i>	
İsmail YAZICIOĞLU	839-868

<i>Polis Meşru Savunma Hali Dışında Silah Kullanabilir mi? Fransız Örneği ile Mukayeseli Bir İnceleme</i>	
M. Buhari ÇETİNKAYA.....	869-904
<i>The Effects Of The Council Of Europe Commissioner For Human Rights On The Criminal And Criminal Procedure Law Of The Member States</i>	
Burcu BAYTEMİR KONTACI	905-972
<i>Presumption Of Innocence And Principle Of Ex Officio Examination In Administrative Procedure: An Assessment On Burden Of Proof In Human Rights And Equality Institution Of Turkey's Examination Of Violation Of Nondiscrimination</i>	
İsmail UÇAR / Gökhan TÜRE	973-1026

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

KAMBIYO SENETLERİNDE YETKİ KAYDI VE BU KAYDIN TACİR VEYA KAMU TÜZEL KİŞİSİ OLMAYAN AVALİST VE CİRANTALARA ETKİSİ

Ebru TÜZEMEN ATİK*

ÖZ

Yetki kaydı, kambiyo senetlerinin ihtiyari unsurlarındandır. Bu kaydın senet üzerine yazılmasına kıymetli evrak hukuku bakımından bir engel bulunmamaktadır. Ancak yetki kaydının geçerliliği usul hukuku kuralları çerçevesinde belirlenecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesine göre, yetki sözleşmelerinin geçerliliği, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılmış olmasına bağlıdır. Kambiyo senetlerinde yetki kaydı da bu koşulun sağlanması hâlinde hukuki sonuç doğuracaktır. Bu senetlerin tedavülü hâlinde yetki kaydının, avalist ya da ciranta açısından da geçerli olup olmayacağını belirlemek gerekir. Açıklanan hususlar dâhilinde bu çalışmada, yetki kaydının tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan avalist veya ciranta açısından bağlayıcı olup olmayacağı üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo Senetleri, Aval, Ciro, Tacir Olmanın Sonuçları, Yetki Sözleşmesi, Yetki Kaydı.

JURISDICTION CLAUSE IN BILLS OF EXCHANGE AND EFFECT OF THIS CLAUSE TO NON-MERCHANT OR NON-PUBLIC LEGAL ENTITY THE GIVER OF AN AVAL AND ENDORSERS

Abstract

Jurisdiction clause is an optional element in bills of exchange. There is no obstacle in terms of negotiable instruments law to write this clause on the bill. However, the validity of the jurisdiction clause is determined within the framework of rules of civil procedural law. According to Art. 17 of Code of Civil Procedure, the validity of jurisdiction agreements depends on whether

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/KONYA, **e-posta:** ebru.atik@selcuk.edu.tr, ebrutuzemen@gmail.com.

ORCID : 0000-0003-4463-3806.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933965

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 31/03/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/04/2021

they are made between merchants or public entities. Jurisdiction clause in bills of exchange also bear legal consequences if this condition is met. It should be determined whether the jurisdiction clause of these bills in circulation will also be valid in terms of the giver of aval or endorser. Within the scope of the explanations, this study focuses on whether the jurisdiction clause will be binding for the non-merchant or non-public legal entity endorser or the giver of an aval.

Keywords: *Bills of Exchange, Aval, Endorsement, Consequences of Being Merchant, Jurisdiction Agreement, Jurisdiction Clause.*

Giriş

Yetki kuralları, yer yönünden yetkiyi, yani bir davanın hangi yerdeki mahkemede görüleceğini ifade etmektedir¹. Anayasanın 142. maddesi kapsamında mahkemelerin yetkisi kanunla düzenlenir. Ancak kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde tarafların yetki sözleşmesi (*Gerichtsstandsvereinbarung*) yaparak, yetkili olmayan bir ilk derece mahkemesinin veya icra dairesinin yetkisini kabul etmeleri mümkündür.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 17. ve 18. maddelerinde, yetki sözleşmesi yapılmasına ilişkin birtakım sınırlamalar kabul edilmiştir. Bu kapsamda ancak tacirler veya kamu tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabilir. Kişi bakımından getirilen bu sınırlamayla, sözleşmede daha zayıf durumda olabilecek, özellikle tüketici gibi kimselerin, tacir ya da kamu tüzel kişisi karşısında korunması amaçlanmıştır².

Kambiyo senetlerinde yetki kaydı konulması suretiyle yetkili mahkeme kararlaştırılmış olabilir. Bu kaydın geçerliliğine ilişkin olarak da farklı görüşlerle karşılaşılabilir; tedavül yeteneğine sahip olan bu senetlerde yetki kaydının ciranta, avalist ve hamil açısından bağlayıcı olup olmayacağı hususunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Öte yandan, ödeyen

¹ “Yetki” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 379-674; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 301-531. Konu hakkında oldukça kapsamlı literatür bilgisi için bkz. Kuru, C. I, s. 379-380, dn. 1.

² HMK 22. madde gerekçesi (kanunlaşan metnin 17. maddesine karşılık gelmektedir).

senet borçlusunun diğer senet sorumlularına rücuu hâlinde yetki kaydının etkisi de, üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir.

Açıklanan nedenle bu çalışmada, konu hakkındaki farklı görüşlerden ve yargı kararlarından yola çıkılarak, yetki kaydının etkileri hakkında değerlendirme ve tespitlere yer verilmektedir. Bu kapsamda öncelikle, kambiyo senetlerinde yetkiye ilişkin esaslar belirlendikten sonra yetki kaydının geçerliliği üzerinde durulacak; ardından bu kaydın cirantaya, avalist ve hamile etkileri hususları ele alınacaktır.

I. Kambiyo Senetlerine Dayalı Dava ve Takiplerde Yetkiye İlişkin Genel Esaslar

6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 6. maddesinde “genel yetki kuralı”na yer verilmiş; davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. HMK'nın 10. maddesinde ise sözleşmeden doğan dava ve takiplerin, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabileceği öngörülmüştür. Kambiyo senetlerinde yetkili mahkemeyi tespit edebilmek için hem genel yetki kurallarından hem de para borcu içeren bu senetlerde ifa yerinden hareket etmek gerekir.

Para borçlarında ifa yeri, kural olarak, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeridir (TBK m. 89/1-1). Bu kapsamda para borçları, alacaklıya götürülecek borçlardandır (*Bringschuld*). Kambiyo senetleri, bir para borcu içermesine rağmen bu kurala istisna teşkil etmektedir. Sahip oldukları tedavül kabiliyetinin sonucu olarak, kambiyo senetlerinde bir aranacak borç (*Holschuld*) söz konusudur (TTK m. 755, 778/1-i, 818/1-r). Öyle ki, kambiyo senedine bağlanan alacağın tahsili için, senet üzerinde hak sahibi olan kimsenin (veya temsilcisinin) senedi ibraz etmesi gerekir (TTK m. 708). Bu kapsamda kambiyo senedinden kaynaklanan davalarda borçlunun yerleşim yerinin yanı sıra ödeme yeri³ mahkemesi de yetkilidir.

³ Poliçede ödeme yeri alternatifli zorunlu unsurlardandır. Poliçe üzerinde ödeme yeri gösterilmemişse, muhatabın adının yanında yazılı yer ödeme yeri sayılır (TTK m. 671/1-e, 672/3). Bonoda da ödeme yeri senedin unsurları arasında sayıldıktan sonra (TTK m. 776/1-d), açıklık bulunmadığı takdirde senedin düzenlendiği yerin ödeme yeri sayılacağı belirtilmiştir (TTK m. 777/3). Bu kapsamda bonoda ödeme yerinin ihtiyari unsur niteliğinde olduğu öğretide haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Karayalçın, s. 315; Kendigelen (Abuzer Kendigelen/İsmail Kırcı, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Basıdan 4. Tıpkı Bası, 2020), s. 170, N. 354. Çekte ödeme yeri ise senedin unsurları arasında sayılmış (TTK m. 780/1-d) ancak çek açısından, diğer kambiyo senetlerinden farklı bir esas benimsenmiştir. TTK m. 781/2 uyarınca, çekte ödeme yerine ilişkin açıklık yoksa muhatabın ticaret unvanı yanında gösterilen yer ödeme

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 50. maddesinde, para veya teminat borcu için takip hususunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁴ yetkiye dair hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağına yer verilmiştir. İİK m. 50 düzenlemesinde ayrıca, takibe dayanak sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesinin de yetkili olduğu düzenlenmiştir. Böylece kambiyo senetlerinden doğan davalarda mahkemelerin yetkisine dair esaslar, İİK m. 50/1 c. 1 atfı gereği, icra dairelerinin yetkisi bakımından da geçerli olmakta; buna ek olarak, İİK m. 50/1 c. 2 uyarınca düzenleme yerindeki⁵ icra daireleri de yetkili hâle gelmektedir. Anılan hükümler kapsamında kambiyo senetlerine dayalı takip, genel yetki kuralı uyarınca borçlunun (asıl borçlunun ya da başvuru borçlusunun) yerleşim yerindeki icra dairesinde (HMK m. 6); ödeme yerinde (HMK m. 10) ya da kambiyo senedinin düzenlendiği yer icra dairesinde yapılabilir⁶ (İİK m. 50/1, c. 2).

Kambiyo senedine dayalı dava ya da takiplerde, kesin yetki kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle kambiyo senetlerinden kaynaklanan dava ve takipler açısından, aşağıda incelenecek olan esaslar çerçevesinde, yetki

yeri sayılacak; burada birden fazla yer gösterilmişse çek ilk gösterilen yerde ödenecektir. Anılan düzenlemede, çekte böyle bir açıklık ve başka kayıt da yoksa çekin muhatabın merkezinin bulunduğu yerde ödeneceği belirtilerek, ödeme yeri ihtiyari unsur hâline getirilmiştir. Ödeme yerinden anlaşılması gereken, senedin fiilen ödenmek üzere ibraz edildiği ya da ödendiği yer değil; senedin bir unsuru olan ve söz konusu düzenlemeler kapsamında senet dolayısıyla tespit edilebilen ödeme yeridir. Çeke dayalı takiplerin, çekin ödeme için ibraz edildiği muhatap bankanın şubesi ödeme yeri sayılacağından, o yerdeki icra dairesinde ya da çekin keşide edildiği yerdeki icra dairesinde yapılmasının mümkün olduğu yönünde karşı. Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2020, s. 317.

⁴ 2004 sayılı İİK'nin 50. maddesinde, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) hükümlerine atfı yapılmıştır. Ancak 6100 sayılı HMK'nın 447. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, mevzuatta yürürlükten kaldırılan mülga 1086 sayılı HUMK'a yapılan atıflar, 6100 sayılı HMK'nın bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

⁵ Kambiyo senetlerinde düzenleme yeri, alternatifli zorunlu unsurlardandır (Poliçeye ilişkin TTK m. 671/1-g, 672/4; bonoda düzenleme yerine ilişkin TTK m. 776/1-f, 777/4; çekte düzenleme yerine ilişkin TTK m. 780/1-e, 781/3). Düzenleme (keşide) yerinin gerçeği yansıtması şart değildir. TTK m. 680 kapsamında açık kambiyo senedinin söz konusu olduğu hâllerde de anlaşmaya aykırı doldurulmamış olmak kaydıyla aynı esas geçerlidir. Bu nedenle senedin bir unsuru olarak senetten tespit edilen düzenleme yeri, İİK m. 50 kapsamında icra dairesinin yetkisinin belirlenmesinde esas alınmalıdır.

⁶ Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takiplerde yetkiye ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Levent Börü, "Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu ile Takipte Yetki", AÜHFD, C. 65, S. 1, 2016, s. 137-176; Mehmet Helvacı, "Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları", İÜHF M C. LXXI, S. 2, 166, 2013, s. 168-169; Helvacı (Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya/ N. Füsün Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021), s. 335-362.

sözleşmesi yapılabilir. HMK m. 17 uyarınca yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava veya takip yalnız belirlenen yerde açılabilir (münhasır yetki sözleşmesi). Böylece kambiyo senetlerinde geçerli bir yetki sözleşmesinin veya kaydının varlığı hâlinde, aksine anlaşma bulunmadıkça kanunen yetkili mahkemenin ya da icra dairesinin yetkisi ortadan kalkmış olmaktadır (HMK m. 17)⁷.

Kambiyo senetlerine özgü iflas yoluyla takiplerde ise, genel iflas yoluyla takipte yetkili olan (İİK m. 154/1) borçlunun muamele (işlem) merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesi yetkilidir. Bununla birlikte genel iflas yoluyla takiplerde İcra ve İflas Kanunu'nun 154/3. maddesi uyarınca, taraflar arasında yetki anlaşması bulunması hâlinde, bu anlaşmayla yetkili kılınan icra dairesi de iflas takibi için yetkili sayılır. Ancak iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir; iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılmalıdır⁸.

II. Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı ve Geçerliliği

A. Yetki Kaydının Hukuki Niteliği ve Şekil Bakımından Geçerliliği

Yetki sözleşmesi, bağımsız bir sözleşme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, yapılan bir sözleşmede yetki kaydı olarak da yer alabilir⁹. Yetkinin bir yetki

⁷ Genel iflas yolu ile takiplerde ise, borçlu ile alacaklının yetkili icra dairesini yazılı anlaşmayla belirlemiş olmaları hâlinde bu yer icra dairesinin de iflas takibi için yetkili olduğu açıkça düzenlenmiştir (İİK m. 154/3). Bu kapsamda (*kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde*) kambiyo senetlerinde bir yetki kaydı yer alırsa, bu kaydın geçerli olacağı; ancak bu kaydın kanunen yetkili olan icra dairesinin/dairelerinin yetkisini bertaraf etmeyeceği hakkında bkz. Helvacı, s. 169; Helvacı (Ülgen/Kendigelen/Kaya), s. 306, N. 1154; Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 338. Karş. Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 184, s. 184-185, dn. 522.

⁸ İİK m. 154/4 uyarınca, “*Borçlu ile alacaklı yetkili icra dairesini yazılı anlaşma ile tayin etmişlerse, o yerin icra dairesi dahi iflas takibi için yetkili sayılır. Şu kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır*”. Buna göre, iflas davası için yetki sözleşmesi yapılamasa da, iflas takibinde icra dairesinin yetkisi bakımından yetki sözleşmesi yapılabilmektedir. Konu hakkında bkz. Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 178.

⁹ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 233; İbrahim Aşık, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, *TBB Dergisi*, C. 97, 2011, s. 30; Derya Belgin Güneş, “Yetki Sözleşmeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 86, S. 5, Eylül-Ekim 2012, s. 199; Nur Bolayır, *Medenî Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta Yayınları, 2009, s. 52; Stein/Jonas/*Bork* (Friedrich Stein/Martin Jonas (Hrsg.)), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1. Band, §§ 1-40, (§§ 38-40, *Bork XII/2002*), 22. Aufl., Mohr Siebeck, 2003), § 38, N. 17; Bozer/Göle,

kayıdı ile kararlaştırıldığı hâllerde de bu kayıt, içinde yer aldığı sözleşmeden ayrı bir yetki sözleşmesi özelliği göstermektedir¹⁰.

Anılan esas, kambiyo senetleri bakımından da geçerlidir. Buna göre, kambiyo senetlerine ilişkin yetki sözleşmesi de, ayrı bir sözleşmeyle ya da kambiyo senedine konulacak bir kayıtla gerçekleştirilebilir¹¹. Bağımsız bir yetki sözleşmesinin ya da temel ilişkide yer alan yetki kaydının, kambiyo senetlerinde yetki bakımından sonuç doğurabilmesi, sözleşme ile kambiyo senedi arasında ilişki kurulabilmesine bağlıdır¹². Düzenlenmesine neden olan

Kıymetli Evrak, s. 319; Baki Kuru, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I, Yetkin Yayınları, 2020, s. 196; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, 2016, s. 117-118; Musielak/Voit/Heinrich, (Hans-Joachim Musielak/ Wolfgang Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung: ZPO, 17. Neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2020), § 38, Rn. 3; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 80; Süha Tanrıver, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, 2014, s. 464; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014, s. 71.

¹⁰ Kuru, C. I, s. 556; Saim Üstündağ, “Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları”, İÜH-FM, 1961, C. 27, S. 1-4, s. 319.

¹¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 233; Mertol Can, Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, İmaj Yayınevi, 2015, s. 74; Celal Göle, “Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı”, Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağanı, Ankara 2015, s. 878-879; Kuru, C. I, s. 556. Temel ilişkiyi konu alan sözleşmede yer alan yetki kaydının geçerli sayılması nedeniyle çeke ilişkin takibin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Y. 12. HD., 07.05.2013, E. 2013/8038, K. 2013/17599 (Eriş, s. 698-699).

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında da, temel ilişkiyi teşkil eden franchising sözleşmesinde takibe konu çeklere açıkça atıf bulunmadığı gerekçesiyle yetkinin kambiyo senedindeki kayda dayanarak belirlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Karara göre; “... taraflar arasında tanzim edilen franchising sözleşmesinde takibe konu çeklere açıkça atıf bulunmadığı, bu hususun Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği görülmektedir. Borçlu borca itirazında takibe konu çeklerin sözleşme ile birlikte teminat olarak alacaklıya verildiği iddiasına karşılık olarak alacaklı sözleşmeden doğan borçların ifası amacıyla çeklerin kendilerine verildiğini ileri sürmekte olup, bu konuda taraflar arasında bir çekişme mevcuttur. Alacaklı takip talebinde yazılı para alacağının dayanağı olarak sözleşmeyi değil, çekleri gösterdiği için borçluya kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip başlatıldığından, taraflar arasında mevcut sözleşmede yazılı yetki şartına göre yetkili icra dairesi belirlenemez. İcra dairesinin yetkisi takip talep tarihi ve takibe ekli kambiyo senedi esas alınarak tespit edilir” Y. HGK., 02.04.2019, E. 2017/12-741, K. 2019/382 (Kazancı). Üç ayrı karşı oy yazısına sahip olan kararın karşı oy yazılarından, uyumsuzluk konusu çeklerin franchising sözleşmesi uyarınca verilmiş olduğunun taraflar arasında çekişmeli olmadığı ve tarafların tacir oldukları anlaşılmaktadır. Söz konusu sözleşmenin örneği takibe eklenmemiştir. Bu kapsamda muhalif üyelerce, çekte mücerretlik vasfının ortadan kalkmış olduğu gerekçesiyle temel ilişkideki yetki kaydına itibar edilerek davanın görülmesi gerektiği şerh edilmiştir. Ancak kanaatimizce böyle bir hâlde çeke dayalı takipte yetkili icra dairesinin taraflar arasındaki kambiyo ilişkisine dayalı olarak tespiti gerekmektedir. Açıklanan nedenle yetki ve borca itiraza ilişkin davada, yetkiye dair anılan Hukuk Genel Kurulu kararı isabet

temel ilişkiden soyut (mücerret) nitelikteki kambiyo senetlerinde, bu ilişkinin ortaya konulması çoğu kez kolay olmayacaktır. Bu nedenle uygulamada, ayrı bir sözleşme ile yetkili mahkemenin tayin edilmesi yerine, kambiyo senetlerine yetki kaydı konulması daha fazla tercih edilen bir yöntemdir¹³.

Uygulamada yetki kaydına, özellikle bonoda oldukça sık yer verilmektedir. Bu sonucun ortaya çıkmasında, senet düzenlenirken çoğu kez tercih edilen matbu senet formlarında yetki kaydı için özel bir alan ayrılıyor olmasının etkisi büyüktür. Bankalarca bastırılan çek yapraklarında (ÇekK m. 2/5, 2/7) yetki kaydına ilişkin matbu bir metne yer verilmemesi nedeniyle çekte¹⁴; iç hukukta uygulamasına nadir rastlanması nedeniyle de poliçede yetki kaydı konulması pek karşılaşılan uygulamalar değildir¹⁵. Bununla birlikte tüm kambiyo senetlerine yetki kaydı konabilir ve tamamında aynı esaslar caridir.

Öğretide ve yargı kararlarında kimi zaman “*yetki şartı*”¹⁶ gibi adlarla da

göstermektedir.

- ¹³ Elektronik Çek ve Bono Kanunu Taslağı’nda yetki kaydı gibi ihtiyari unsurlara ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Elektronik ortamda düzenlenecek çekte ya da bonoda bu tür kayıtların eklenmesi, teknik olarak pek mümkün olmayabilir. Ancak taslağın mevcut esaslar dâhilinde kanunlaşması hâlinde, ayrı bir sözleşme ile yetki sözleşmesi yapılması mümkün gözükmemektedir.
- ¹⁴ Çek defterleri kullanılarak düzenlenmeleri nedeniyle çekte ihtiyari kayıtlara nadir rastlandı-ğı yönünde bkz. Kendigelen (Kırca), s. 291, N. 657.
- ¹⁵ Ancak harici bir sözleşme ile çekte ilişkin yetki sözleşmesi yapılmasına nispeten daha sık rastlandığı söylenebilir. Bu tür kararlara örnek olarak bkz. Y. 15. HD., 09.02.2016, E. 2015/5802, K. 2016/239 (Sinerji).
- ¹⁶ Yetki şartı ifadesinin kullanımı için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 233; Belgin Güneş, s. 199; Nilüfer Boran Güneysu, “Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmelerine Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, Özel Sayı 2014, s. 1085; Börü, s. 152; Helvacı, s. 169; Kuru, C. I, s. 556; Kuru, El Kitabı, s. 194; Umar, s. 71; Yılmaz, Şerh, s. 480. Yetki şartı ibaresinin yargı kararlarında kullanımına örnek olarak bkz. Y. HGK., 15.09.2020, E. 2017/269, K. 2020/591; Y. 11. HD., 21.11.2016, E. 2016/12119, K. 2016/8983; Y. 19. HD., 05.04.2016, E. 2015/14551, K. 2016/5941 (Sinerji). Uygulamada sözleşmeye konulan yetki kayıtlarını ifade etmek üzere “*yetki klozu*” ifadesinin kullanımına da rastlansa da, bu ifade daha ziyade konişmento ya da sigorta poliçesindeki yetki kayıtlarına yönelik olarak tercih edilmektedir. Örneğin, Y. 11. HD., 22.06.2020, E. 2019/3799, K. 2020/3051; Y. 11. HD., 27.11.2017, E. 2016/4549, K. 2017/6622 (Sinerji). Benzer şekilde yetki kaydı, sözleşmelerde “*yetki maddesi*” olarak da anılabilir. Bkz. Kuru, İstinaf, s. 118. Kambiyo senetlerinde, senet üzerine konulan kayıtların “*şart*” olarak adlandırılması ise taahhüdün şarta bağlı olmayacağı esası (TTK m. 671/1-b, 776/1-b, 780/1-b) ve şarta bağlı işlem algısı oluşturabilmesi karşısında duraksamaya meydan verebilecek niteliktedir. Açıklanan nedenle “*kayıt*” ifadesi daha isabetli görülerek, bu çalışmada “*yetki klozu*”, “*yetki koşulu*” ya da “*yetki şartı*” gibi ifadeler yerine “*yetki kaydı*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

anılan yetki kaydı, kambiyo senetlerinde yetkili mahkemenin belirlenmesi için yapılan bir yetki sözleşmesi niteliğindedir¹⁷. Kambiyo senetlerinde yetki kaydının senet üzerine yazılmasına cevaz veren, açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak bu kaydın senede yazılmasına engel bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydı, ihtiyari (isteğe bağlı) unsurlardandır. Öğretide hâkim görüş¹⁸ ve yargı kararları¹⁹, kambiyo senetlerine şekil bakımından geçerli bir biçimde yetki kaydı konulabileceği yönündedir. Kambiyo senetlerine yetki kaydı konulmasına kıymetli evrak hukuku bakımından bir engel bulunmamakla birlikte, bu kaydın hukuki sonuç

¹⁷ Kuru, İstinaf, s. 118. “*Takibe konu bonolarda Diyarbakır İcra Dairelerinin yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup...*” Y. 12. HD., 16.09.2013, E. 2013/19593, K. 2013/28514; “*Somut olayda, keşidecisi ve lehtarları ltd. şti.olan takibe konu bonoda İstanbul Anadolu İcra Daireleri’nin yetkisinin kabul edildiği, tarafların kanunen yetkili kılınan genel veya özel yetkili icra dairelerinin de yetkisini devam ettirmek istedikleri yönünde bir ibarenin bonoda bulunmadığı yetki sözleşmesinin geçerli olduğu görülmektedir*” Y. 12. HD., 05.06.2014, E. 2014/13686, K. 2014/16387 (Sinerji).

¹⁸ Bahtiyar, s. 66; Adolf Baumbach/Wolfgang Hefermehl/Matthias Casper, Wechselgesetz Scheckgesetz, 23. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2008, WG Einl., Anm. 98, s. 88; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayınları, 2018, s. 159; Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 317; Can, s. 74; Ersin Çamoğlu, Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 55, N. 116; Gönen, Eriş, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Seçkin Yayınları, 2014, s. 541; Göle, Yetki Kaydı, s. 877; Helvacı, s. 169; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, 1970, s. 114, 317; İsmail Kayar, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013, s. 153; Şaban Kayıhan, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020, s. 189; Kendigelen, Çek, s. 184; Kendigelen (Kırca), s. 189-190, N. 400; Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, 2003, s. 56, 115; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019, s. 85; Reha Poroy, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 11. Bası, Beta Yayınları, 1989, s. 137; Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 171, N. 217d; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 151, N. 89; Seza Reisoğlu, Çek Hukuku, Cem Ofset, 2011, s. 83; Şimşek, s. 59, 161; Fahiman Tekil, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1994, s. 104; Ergun Tuna/Çiğdem Göç Gürbüz, Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, Beta Yayınları, 2018, s. 112; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 156. *Kendigelen* tarafından, çekin unsurlarına yer verilirken bu kayıt, düzenleyen ile lehtar arasındaki ilişkiye yönelik kayıtlar arasında sayılmıştır (Kendigelen (Kırca), s. 297, N. 669).

¹⁹ Yargıtay kararlarında da çok eski tarihlerden bu yana kambiyo senetlerinde yetki kaydının geçerli olacağı yönünde kararlar verilmiştir. Örneğin, Y. İİD. (12. HD.), 11.12.1967, K. 1967/11421 (Şimşek, s. 397). Bu hususta 6100 sayılı HMK döneminde de birçok karar bulunmaktadır: “*...senette İstanbul Mahkemelerinin (icra dairelerinin) yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup...*” Y. 12. HD., 08.11.2017, E. 2016/21765, K. 2017/13784; Y. 12. HD., 23.11.2017, E. 2016/22765, K. 2017/14559; Y. 12. HD., 20.09.2016, E. 2016/3701, K. 2016/19168 (Kazanıcı).

doğurabilmesi için yetki sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere müracaat etmek gerekir.

Öğretide, bonoda yetki kaydının, yetki sözleşmesinin tâbi olduğu yazılı şekil şartını (HMK m. 18) karşılamayacağı ve bu nedenle geçerli olmayacağı görüşü ileri sürülmüştür²⁰. Anılan düşünce, yetki kaydının senet üzerine tek taraflı bir beyan ile yazıldığı ve bununla, geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için aranan “sözleşme” unsurunun sağlanmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre, ciro edilmemiş, yani yalnız borçlunun imzası bulunan bonolardaki yetki kaydı geçerli kabul edilemez²¹. Senedin cirosu durumunda ise, sözleşme unsuru tamamlanmış olacağından, geçerli bir yetki sözleşmesi ortaya çıkabilecektir.

Buna karşılık yetki kaydının yer aldığı maddi hukuk sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olması hâlinde, sadece borç altına giren tarafın imzası yeterlidir²². Tek tarafa borç yükleyen kambiyo taahhüdü şeklindeki işlemde de yetki kaydının geçerliliği açısından borçlunun imzasının varlığı tek başına, yazılı şekil şartının sağlanması açısından elverişlidir. Kaldı ki, Türk hukukunda hukuki görünüş teorisi ile birlikte kabul gören akit teorisi²³ (*Vertragstheorie*) kapsamında, senedin karşı tarafa teslimi

²⁰ Kuru, C. I, s. 560-561. *Kuru*'ya göre, yazılı şekilden bahsedilebilmek için yazılı sözleşmenin her iki tarafça imza edilmiş olması gerekir ve bu nedenle yalnız borçlunun imzası bulunan bir bonodaki yetki şartı geçersiz sayılmalıdır (Kuru, C. I, s. 560-561). *Göle* tarafından da çekte yetki kaydının yazılmasının tek taraflı bir beyan olduğu; sözleşme niteliği taşımadığı belirtilmiştir. Yazarlara göre, çek, diğer kambiyo senetleri gibi bir sözleşme değildir ve HMK'nın yetki sözleşmesinin varlığını arayan 17. ve 18. maddelerinin kambiyo senetlerine uygulanmasının bu senetlere uygun düşmediği söylenebilecektir. *Umar* tarafından da 6100 sayılı HMK kapsamında taraflar tacir ya da kamu tüzel kişisi ise şekil bakımından geçerliliğin tartışılacağı ifade edilmiştir (Umar, s. 72). Alman hukukunda, yetki sözleşmelerinin geçerliliği bakımından yazılı şekil şartı aranmamaktadır; yetki sözleşmesi açık ya da örtülü olarak yapılabilir (§38 I ZPO). Bkz. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, 17. Aufl., *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, 2010, s. 184, Rn. 5.

²¹ Kuru, C. I, s. 560-561. *Göle* tarafından da, lehtarın ilk cirosu ile bu yönde bir sözleşmenin kurulmuş sayılacağı savunulabileceği belirtilmiştir (Göle, *Yetki Kaydı*, s. 878; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak*, s. 319).

²² Adi yazılı şeklin gerçekleşmesi bakımından yalnız borç altına giren kimsenin irade beyanının senette yer alması yeterlidir; borç altına girmeyen, sadece hak sahibi olan tarafın irade beyanı sözlü de olabilir. Söz konusu açıklama ve daha fazla bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, s. 289. Aynı yönde Bolayır, *Yetki*, s. 136.

²³ Kıymetli evrakta hakkında doğumu anına ilişkin olarak çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan kreasyon (oluşum) teorisine (*Kreationstheorie*) göre kıymetli evrakta hak, senedin düzenlenmesi ile doğar ve hakkın doğumu açısından bir kambiyo sözleşmesine ihtiyaç bu-

ile bir kambiyo (verme/tedavül) sözleşmesi (*Begebungsvertrag*) doğmaktadır. Böylece kambiyo taahhüdü zaten bir sözleşmeyi içerir. Öte yandan yetki sözleşmesinin geçerliliği için aranan adi yazılı şekil şartının (HMK m. 18) sağlanması bakımından sözleşmenin her iki tarafça imzalanması da şart değildir. Bu kapsamda kambiyo senetlerinde yetki kaydının geçerli bir biçimde ortaya çıkması mümkündür.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydı, etkisi bakımından usul hukuku karakterli²⁴ bir sözleşme olan “*yetki sözleşmesi*”²⁵ niteliğindedir. Bu nedenle yetki kaydının geçerli kabul edilebilmesi bakımından, öğretilerde ve yargı

lanmamaktadır. Akit (sözleşme) teorisine göre ise bir kıymetli evrakın düzenlenmesi senede bağlı hakkın ortaya çıkması bakımından tek başına yeterli değildir. Hakkın doğumu için senedin bir kambiyo sözleşmesi çerçevesinde karşı tarafa teslimi gerekir. Akit teorisi uyarınca hak, senedin ilk alıcısına teslim edildiği an, bir kambiyo (verme/tedavül) sözleşmesi ile birlikte doğmaktadır. Yargıtay’ın bir kararında da akit teorisinin benimsendiği görülmektedir. Bkz. Y. 11. HD., 02.04.1981, E. 1981/628, K. 1981/1456. Aynı olaya ilişkin karar düzeltme 12.06.1981, E. 1981/277, K. 1981/3005. Karar için bkz. Nurkut İnan/ Serpil Kıvanç, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 6-7 Ocak 1984, s. 144. Öğreti ve uygulamada asıl olarak akit teorisi üstün tutulmakla birlikte, bu teorinin kimi zaman tek başına yetersiz kalması karşısında günümüzde kambiyo senetlerinde hakkında doğumu bakımından öğretilerde hâkim görüş, akit teorisi ile hukuki görünüş teorilerini birlikte ele almaktadır. Hukuki görünüş (görünüşe itimat) ilkesi ile birleştirilmiş akit teorisi (*Die Vertragstheorie ergänzende Rechtscheintheorie*) olarak da anılan bu görüş, Alman klasiklerinden *Jacobi* tarafından ortaya atılmıştır. Bkz. Ernst Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, Walter de Gruyter & Co, 1956, s. 41-143. Anılan görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1997, s. 110, dn. 33-34. Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi bkz. Kalkan, s. 87-91; Öztan, Kıymetli Evrak, s. 102-112; Poroy/Tekinalp, N. 65, s. 75; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 95-96; Ebru Tüzemen Atik, Açık Kambiyo Senetleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019, s. 106-110.

²⁴ Mine Akkan, Pekcanitez Usul Medeni Usül Hukuku, C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 305; Aşık, s. 18-21; Bolayır, HMK, s. 142; Bolayır, Yetki, s. 42-48; Boran Güneysu, s. 1085; Stein/Jonas/*Bork*, § 38, Rn. 47; Abdurrahim Karslı/ Evren Koç/ Cengiz Serhat Konuralp, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemler Konular, 2014, s. 36; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 78-79; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 183, Rn. 2; Musielak/Voit/*Heinrich*, § 38, Rn. 3; Tanrıver, Usül, s. 241; Üstündağ, s. 313. Yetki sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu görüşler hakkında bilgi için bkz. Aşık, s. 18-21; Belgin Güneş, s. 198-199; Bolayır, Yetki, s. 42-48. Kambiyo senetlerinde yetki kaydı, bir usul hukuku sözleşmesi olması, Borçlar Hukuku kurallarına tâbi olmasına engel değildir. Aynı bir sözleşme niteliğindeki bu kayda ilişkin olarak, sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, irade sakatlıkları, temsil gibi hususlarda Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uygulama alanı bulur. Bu yönde bkz. Oruç Hami Şener, Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, 2021, s. 244-245.

²⁵ Yetki sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşık, s. 11-48; Bolayır, HMK, s. 142; 131-147; Bolayır, Yetki, s. 27-177; Kuru, El Kitabı, s. 192-199.

kararlarında haklı olarak HMK m. 17 düzenlemesine işaret edilmektedir²⁶. Bu kapsamda öncelikle belirtmek gerekir ki, yetki kaydının geçerli ya da geçersiz bir biçimde ortaya çıkması senede etkili değildir. HMK m. 17’de öngörülen koşulları taşımayan bir yetki kaydı yazılmamış sayılır²⁷. Bir diğer ifadeyle, düzenleyeni ile lehtar tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan bir kambiyo senedindeki yetki kaydı geçersiz olacak; ancak bu geçersizlik senedin geçerliliğine etki etmeyecektir. Zira kambiyo senedinin geçerliliği ile

²⁶ Mehmet Bahtiyar, Kıymetli Evrak Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, 2020, s. 66; Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 318; Nur Bolayır, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Eylül-Ekim 2011, s. 133-134; Can, Kıymetli Evrak, s. 74; Çamoğlu, s. 55, N. 116; Göle, Yetki Kaydı, s. 874; Kayar, s. 153; Kayuhan, s. 189; Kendigelen, Çek, s. 184; Kendigelen (Kırca), s. 190, N. 400; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 156. Alman hukukunda da yetki sözleşmelerine ilişkin olarak HMK m. 17’ye karşılık gelen 38. paragrafın (§ 38 ZPO) uygulanması gerektiği hususunda bkz. Baumbach/Hefermehl/Casper, WG Einl., Anm. 98, s. 88. “...HMK ile getirilen yeniliklerden bir tanesi de yetki sözleşmelerine ilişkin olup, yetki sözleşmesi düzenleyebilecek şahıslar sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri olarak belirlenmiştir. ...Takibe konu bir kısım bonolarda Samsun İcra Dairelerinin yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup, takip tarihi itibari ile yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK’nın 17. maddesi gereğince yetki sözleşmesi geçersizdir” Y. 12. HD. 21.03.2013, E. 2013/1198, K. 2013/10417; “HMK’nın 17. maddesi karşısında bono metninde yer verilen, ancak tarafları tacir olmayan bir yetki sözleşmesi geçersizdir” Y. 11. HD. 12.07.2013, E. 2013/9906, K. 2013/14673 (Erdogan Moroğlu/Abuzer Kendigelen, İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 668-669). Y. HGK., 19.03.2019, E. 2017/721, K. 2019/324 (karararama.yargitay.gov.tr); Y. 12. HD., 02.03.2017, E. 2016/11521, K. 2017/3052 (Sinergi); Y. 12. HD., 01.12.2016, E. 2016/18706, K. 2016/24104 (Kazancı); Y. 5. HD., 02.11.2020, E. 2020/7537, K. 2020/9002 (karararama.yargitay.gov.tr); Y. 11. HD., 04.07.2014, E. 2014/9285, K. 2014/12891 (BATİDER, 2014, C. XXX, S. 3, s. 234-235). Yabancılık unsuru taşıyan kambiyo senetlerinde yetki kaydına ilişkin olarak ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 47. maddesinin uygulanması gerekir. Anılan düzenlemede yetki sözleşmesi yapabilecek kişiler bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Bununla birlikte öğretilde, milletlerarası yetki sözleşmelerine de HMK m. 17 düzenlemesinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, MİHDER, C. 8, S. 21, 2012/1, s. 23; Kuru, El Kitabı, s. 221, dn. 141. Konu hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Deniz Meraklı Yayla, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekantez’e Armağan, 2015, s. 1987-2013.

²⁷ Öğretilde Budak tarafından, HMK m. 17’de yetki sözleşmesinin tarafları için öngörülen sınırlamaya uygun olmayan yetki sözleşmelerinin geçersizliğinin yalnız tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan tarafça ileri sürülebileceği belirtilmiştir (Budak, s. 11). Ancak düzenlemenin emredici niteliği göz önüne alındığında, kişi bakımından öngörülen sınırlamalara uygun olmayan yetki kaydının (yahut yetki sözleşmesinin) kesin hükümsüz olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, bu şekildeki bir sınırlamaya dayanak teşkil edebilecek herhangi bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır.

yetki kaydının geçerliliği birbirinden bağımsızdır²⁸. Senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olmaması yetki kaydının geçersizliği sonucunu ortaya çıkarmaz. Yetki sözleşmesinin geçerli olması için aranan şartlar gerçekleşmişse, yetki kaydının geçerliliğini senetten ayrı değerlendirmek gerekir²⁹. Bu kaydın geçerliliği ise HMK m. 17’de öngörülen sınırlamalara uygun olmasına bağlıdır.

B. Yetki Kaydının HMK m. 17 ve 18 Düzenlemeleri Kapsamında Geçerliliği

Yetki sözleşmesi ve geçerlilik koşulları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 17. ve 18. maddelerinde düzenlenmiştir. HMK m. 17 uyarınca, tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyumsuzluklar hakkında yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Düzenlemeye göre, yetki sözleşmesiyle bir veya birden fazla mahkeme yetkili kılınabilecek ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava, sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılacaktır.

01.10.2011 tarihine kadar yürürlükte kalan mülga 1086 sayılı HUMK’nun 22. maddesinde yetki sözleşmesinin taraflarına ilişkin bir sınırlama yer almamıştır³⁰. İlk kez 6100 sayılı HMK’nın 17. maddesi ile kabul edilen, tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olmasına yönelik sınırlama ise, sözleşmenin yapılması sırasında zayıf tarafın korunması amacını taşımaktadır³¹. Söz konusu sınırlamaya uygun olmayan, yani tarafları tacir

²⁸ Yetki kaydının bağımsız olma özelliği hakkında bkz. Stein/Jonas/Bork, § 38, Rn. 55; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, 2016, s. 246.

²⁹ Yargıtay’ın bir kararında da bu husus vurgulanmıştır: “*Somut olayda takip dayanacağı senette taraflarca yetkili mahkemenin (icra dairesi) Ödemiş mahkemeleri olduğunun kararlaştırıldığı görülmektedir. Senette öngörülen “alacağın” zamanaşımına uğrayıp uğramadığı olgusu yetkili yerin saptanmasına engel teşkil etmez. Zamanaşımı def’inin ileri sürülmesi halinde yetkili mahkeme bu iddianın tartışılıp değerlendirilmesi ayrı bir hukuki mesele olup, senette yer alan yetki sözleşmesini geçersiz kılmaz. Bu durumda borçlunun yetki itirazı yerinde olmayıp kaldırılması gerekir”* Y. 12. HD., 16.03.2006, E. 2006/1884, K. 2006/5474 (MİHDER, S. 2, 2006, s. 1067-1068; Bolayır, Yetki, s. 57). Yetki kaydı, içinde yer aldığı sözleşmenin geçerliliği farklı şekli şartlara tâbi olsa bile bu koşullardan bağımsız değerlendirilmelidir. Bkz. Stein/Jonas/Bork, § 38, Rn. 55.

³⁰ Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca; “*Mahkemenin salâhiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salâhiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan imtina edemez”*.

³¹ Alman hukukunda yetki sözleşmeleri, Alman Medeni Usul Kanunu’nun (*Zivilprozessordnung/ZPO*) 38 ila 40. paragraflarında düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK m. 17’de yer alan bu sınırlamada olduğu gibi, § 38 ZPO düzenlemesinde de yetki sözleşmesinin her durumda

veya kamu tüzel kişisi olmayan yetki sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Ne var ki pratikte, tarafların senede farklı bir ödeme yeri ya da düzenleme yeri yazmak suretiyle bu engeli bir nebze olsun aşmalarının mümkün olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır³².

yapılması kabul edilmemiştir. § 38 ZPO uyarınca, Alman hukukunda ancak tacirler (*Kaufleute*), kamu tüzel kişileri (*juristische Personen des öffentlichen Rechts*) ve kamusal nitelikli özel fonlar (*öffentlich-rechtliche Sondervermögen*) yetki sözleşmesi yapabilirler. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 38. paragrafının (§ 38 ZPO) HMK m. 17 ile aynı doğrultudaki amacı hakkında bilgi için bkz. Musielak/Voit/*Heinrich*, § 38 Rn. 1. Ancak HMK m. 17 düzenlemesinde kişi bakımından öngörülen sınırlamanın, kanunun madde gerekçesinde öngörülen, zayıf tarafın korunması amacının gerçekleştirilmesi açısından elverişli olduğunu söylemek güçtür. Bunun yerine yetki şartının tüketici, iş sözleşmesi, kira, sigorta gibi belirli işlemlerle sınırlı tutulması daha isabetli görülebilir. Nitekim İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun (*Schweizerische Zivilprozessordnung/sZPO*) yetkili yargı yerlerinden feragate "*Verzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände*" ilişkin 35. maddesinde de bu sınırlama, uyuşmazlık öncesi safhaya ilişkin olarak ve tüketici, kira, iş sözleşmelerinde zayıf taraf bakımından getirilmiştir. Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yetki sözleşmesi yapma hakkı ise saklı tutulmuştur (sZPO Art. 35 (2)). Söz konusu düzenlemeler hakkında daha fazla bilgi, HMK m. 17 düzenlemesinin haklı eleştirisi ve olması gereken hukuk bakımından değerlendirme için bkz. Budak, s. 8-11; Ozan Can, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir", *Batider*, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, s. 240-241; Nomer Ertan (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. (Tıpkı) Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015), s. 283, N. 563; Postacıoğlu/Altay, S. 126, N. 251. Öğretide ayrıca yetki itirazının ilk itiraz olması nedeniyle bu korumanın tam olarak sağlanmadığı da ifade edilmiştir (Aşık, s. 45). HMK m. 17 düzenlemesinin hazırlanmasında Fransız hukukundan esinlendiği belirtilmiştir. Bkz. Bolayır, Yetki, s. v (Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e ait "Sunuş" yazısından).

³² Kambiyo senetlerinde, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan tarafların, ödeme yeri veya düzenleme yerini anlaşmaları kapsamında senede farklı şekilde yazarak yetkili mahkemeyi belirlemeleri, dolaylı olarak mümkün olabilir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, bu unsurların senet üzerinde şeklen mevcut ve belirli olması yeterli olup, gerçeği yansıtması gerekmemektedir. Yetki kaydının bu noktada en önemli etkisi münhasır yetkiyi ortaya çıkarabilmesi şeklindedir. Öğretide, HMK m. 10/1 karşısında sözleşmenin ifa yerinin geçerli olarak kararlaştırılabileceği düşüncesinin, senetle temel ilişkiyi ilintilendirmek anlamında olacağı ve caiz olmadığı da belirtilmiştir (Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 156). Gerçekten de temel ilişkide kambiyo senedine dayalı yetki belirlenebilirken, kambiyo senedi üzerine temel ilişkiyi gösterir bir kayıt konulması, senedin kayıtsız şartsız belirli bir bedelin ödenmesi hususunda havaleyi/ödeme vaadini (TTK m. 672/1-b, 776/1-b, 780/1-b) içermesine engel teşkil edecektir. Ancak tarafların, kambiyo senetlerinde ödeme yerini diledikleri gibi doldurarak bu belirlemeyi yapmaları mümkündür. Yargıtay kararlarında da yetki sözleşmesinin geçersizliğine rağmen, kararlaştırılan ifa yerinin dikkate alındığı görülmektedir: "*HMK.nun 17. maddesi uyarınca yetki sözleşmesinin tacir olmayan davalı için geçerliliği yok ise de, sözleşme ile belirlenen ifa yeri davalıyı bağlayacaktır*" Y. 19. HD., 08.05.2013, E. 2013/5310, K. 2013/8403 (Kazancı). Alman hukukunda ise, yetki sözleşmelerinde olduğu gibi (§ 38 ZPO) ifa yeri tayini için kişi bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre ancak tacirler, kamu tüzel kişileri ve kamusal nitelikli özel fonlar ifa yerini kararlaştırabileceklerdir (§ 29/2 ZPO).

Anayasa'nın 123. maddesinin 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunla³³ değişik üçüncü fıkrası uyarınca, kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur. Bu bakımdan kamu tüzel kişisi sıfatının tespiti oldukça kolay olacaktır³⁴. Kamu tüzel kişileri tarafından da kambiyo senedi düzenlenmesi ve bu senetlere yetki kaydı konulması imkân dâhilindedir. Ancak kamu tüzel kişilerinin kambiyo senedi düzenlemesi sık karşılaşılan bir uygulama değildir. Açıklanan nedenle bu çalışmada, tarafların tacir sıfatını haiz olup olmamasına ve bunun etkilerine ağırlık verilmiş, bu yönde değerlendirmelerde bulunulmuştur. Tacirlerin kambiyo senedine düzenlemesine ise ticari hayatta oldukça sık rastlanmaktadır. Bu kapsamda, önemine binaen, yetki kaydının geçerliliği bakımından tacir sıfatı aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır.

Bir yetki sözleşmesinin ya da yetki kaydının, HMK m. 17'de belirtilen şartların yanında, HMK m. 18'de öngörülen şartları da taşıması gerekmektedir. HMK m. 18'de "*Yetki Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*" kenar başlığı altında, ek geçerlilik koşullarına yer verilmiştir. Buna göre, "*(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz.*

(2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır". Kambiyo senetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında kesin yetkinin bulunmaması ve tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlarından olması karşısında, kambiyo senetlerine yetki kaydı konulmasına birinci fıkra yönünden bir engel bulunmamaktadır³⁵. İkinci fıkrada yer alan "*uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması*" şartı da, yetki kaydının senet üzerinde yazılması dolayısıyla sağlanmış olacaktır. Söz konusu düzenlemede ayrıca, yetki sözleşmesinin yazılı olarak yapılması şartı da, az

³³ RG., 11.02.2017, 29976.

³⁴ Anayasada birçok yerde "*Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri*" ifadesi kullanılmıştır (Anayasa m. 29/4, 46/1, 82/1, 128/1). Bu kapsamda devlet ile birlikte yerel yönetimler (Any. m. 127/1), üniversiteler (Any. m. 130/1), TRT (Any. m. 133/3), Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (Any. m. 134/1), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Any. m. 135/1) da kamu tüzel kişiliklerini Anayasadan almaktadır. Kamu tüzel kişileri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 373-398. Kamu tüzel kişisi sıfatıyla yetki sözleşmesi yapabilecekler için bkz. Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 272-274.

³⁵ Karş. dn. 9.

önce incelendiği üzere, kambiyo sözleşmelerinde yetki kaydı bakımından gerçekleşmektedir.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydına ilişkin olarak, HMK m. 18 bakımından, her somut olayda ayrıca tetkik edilmesi gereken husus, ikinci fıkrada öngörülen “*yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi*” şeklindeki şarttır. Bu kapsamda hangi yargı yerinin yetkisinin kabul edildiği de senet üzerindeki kayıttan açıkça anlaşılmalıdır³⁶. Birden fazla mahkemenin yetkili kılınması mümkün olmakla birlikte, bu belirleme açık olmalıdır.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydı çoğu kez, “*İşbu bonodan doğacak uyumsuzluklarda Ankara Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir*” vb. gibi bir kayıt şeklinde konulmaktadır. Ancak yetki kaydı her zaman bu örnekte olduğu gibi hem mahkemenin hem de icra dairesinin yetkisini içeriyor olmayabilir. Öğretideki hakim görüşün aksine, Yargıtay uygulamasında, yalnız mahkemenin yetkisine ilişkin bir kaydın icra dairesinin yetkisi bakımından da geçerli olacağı kabul edilmektedir³⁷. Ancak bu şekildeki bir yetki kaydı, kambiyo senedine dayalı protesto gibi işlemlerin yapılacağı yer konusunda etkili değildir³⁸.

Yetki sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerde mahkemelerin yetkisinden söz edilmekte ise de, icra dairelerinin yetkisine ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapılması ya da yetki kaydı konulması da aynı esaslar dâhilinde mümkündür³⁹. Bununla birlikte kambiyo senetlerinde yetki kaydı ile yetkili kılınan mahkemenin (veya icra dairesinin) yetkisinin dava şartı niteliğinde bir kesin

³⁶ “...Kaldı ki Türkiye’de Ereğli isminde birden fazla ilçe bulunduğundan söz konusu yetki kaydı ile hangi ilçenin belirlendiği anlaşılamayacağından geçerli bir yetki kaydının varlığından da bahsedilemez” Y. 12. HD., 11.12.2017, E. 2016/24745, K. 2017/15353 (Kazancı).

³⁷ Y. 12. HD., 05.20.2010, E. 2010/9417, K. 2010/22270 (Kazancı) Anılan karar ile daha fazla içtihat ve bilgi için bkz. Börü, s. 155-156, dn. 77). Bu yönde bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 92. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüş ise, mahkemelerin yetkisine ilişkin belirlemenin icra dairesi için geçerli olmayacağı yönündedir. (Bolayır, Yetki, s. 132; Börü, s. 157; Eriş, s. 541; Kuru, C. 1, 565).

³⁸ Türk Ticaret Kanunu’nun 755. maddesinde, poliçede kabul, ödeme için ibraz, protesto çekilmesi, poliçenin bir nüshasının verilmesinin istenmesi gibi belirli bir kişi nezdinde yapılacak olan bütün işlemlerin, bu kişinin ticaret yerinde ve böyle bir yeri yoksa konutunda yapılması gerektiği öngörülmüştür (Söz konusu düzenleme TTK m. 778/1-i atfıyla bonolar; TTK m. 818/1-r atfıyla çekler açısından da geçerlidir). Anılan düzenlemede, bu işlemlerin yapılacağı yer mahkemelerin yetkisine bağlanmadığından, yetki kaydı burada sayılan işlemler bakımından etkili olmayacaktır.

³⁹ Börü, s. 159; Budak, s. 4; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 92.

yetki olmaması⁴⁰ nedeniyle, yetki itirazında bulunulmadıkça, yetkinin re'sen dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir⁴¹. Böylece tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan bir senede konulan yetki kaydına istinaden açılan davada, davalının ilk itirazda bulunmamasıyla yetkisiz mahkeme, kendiliğinden yetkili hâle gelmektedir (zımnî yetki sözleşmesi)⁴². Yetkiye itiraz hâlinde ise yetki kaydının geçerli sayılabilmesi için aranan koşulların oluştuğu, davacı/takip alacaklısı tarafından ispatlanmalıdır⁴³.

⁴⁰ Yargıtay'ın yetki sözleşmesi/kaydının varlığı hâlinde "kesin yetki" den söz ettiği bir kararına da rastlanmaktadır. Y. 3. HD., 21.02.2019, E. 2017/5787, K. 2019/1393. Karar ve bu yönüyle eleştirisi için bkz. Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 281-283. Söz konusu kararda, "kesin yetki" teriminin "münhasır yetki"yi karşılamak üzere, hatalı kullanıldığı anlaşılmaktadır.

⁴¹ Bolayır, HMK, s. 140. Y. 15. HD., 19.01.2016, E. 2015/5802, K. 2016/239 (Kendigelen (Kırca), s. 190, dn. 456, N. 400). Kesin yetki hâllerinde ise, mahkemenin yetkili bulunması dava şartıdır (HMK m. 114/1-ç). Dava şartlarının mevcut olup olmadığı ise yargılamanın her aşamasında re'sen göz önünde bulundurulabileceği gibi taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler (HMK m. 115/1). Karş. Tanrıver, Yetki, 467. Öğretide Şener tarafından mahkemenin, yetki sözleşmesinin taraflarının tacir ya da kamu tüzel kişisi olup olmadığına re'sen araştırılması gerektiği belirtilmiştir (Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 280). Kanaatimizce, kesin yetki söz konusu olmadıkça mahkemenin yetkiyi ve yetki sözleşmesinin içeriğini re'sen araştırma yetkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Davanın herhangi bir yetki sözleşmesi olmaksızın yetkisiz mahkemede açılmış olması ile geçersiz yetki sözleşmesine dayanarak yetkisiz yerde açılması arasında bu bakımdan bir fark bulunmamaktadır.

⁴² Zımnî yetki sözleşmesi hakkında farklı görüşler ve değerlendirme için bkz. Bolayır, HMK, s. 138-140; Kuru, C. I, s. 558; Üstündağ, s. 326-328. İcra dairelerinin yetkisi de kesin yetki niteliğinde olmadığından, icra dairelerinin yetkisi bakımından da zımnî yetki sözleşmesi yapılabilir (Belgin Güneş, s. 207).

⁴³ "Davaya konu yetki şartının düzenlendiği bonoda, keşideci ve lehtar gerçek kişiler olup, tacir olduklarına dair herhangi bir iddia ve savunma ileri sürülmemiştir. Bu durumda, ortada geçerli bir yetki sözleşmesi bulunmadığı anlaşıldığından, ihtiyati hacze itiraz eden (borçlu) mümeyyiz ...'in geçerli yetki itirazı nedeniyle ihtiyati haciz kararına itirazının kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir" Y. 11. HD., 21.11.2016, E. 2016/12119, K. 2016/8983. Aynı yönde Y. 11. HD., 18.04.2016, E. 2015/34121, K. 2016/11455 (Sinerji); Y. 12. HD., 11.12.2017, E. 2016/24745, K. 2017/15353 (Kazancı). Bazı kararlarda söz konusu iddianın mahkemeye araştırılması gerektiği belirtilmiştir: "6102 Sayılı TTK'nun 12. maddesi anlamında tacir olup olmadığına yöntemine uygun şekilde araştırılarak, tarafların varsa gösterecekleri deliller toplanarak, oluşacak sonuca göre yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığına tespiti ve buna göre yetki itirazının karara bağlanması gerekirken, anılan husus gözardı edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir" Y. 12. HD., 02.10.2017, E. 2016/20125, K. 2017/11749. Aynı yönde Y. 12. HD., 17.2.2016, E. 2016/1290, K. 2016/1659 (Kazancı). Ancak bu konudaki araştırma dosya kapsamı ile sınırlı olabilir: "Somut olayda; takip dayanağı bonoda keşideci ve lehtar gerçek kişi olup dosyada tacir olduklarına dair belge bulunmadığına göre, Torbalı İcra Dairelerinin yetkili bulunduğu dair yetki kaydı geçersizdir" Y. 12. HD., 12.09.2017, E. 2016/18516, K. 2017/10590 (Kazancı).

Yetki kaydının senede kim tarafından konulabileceği hususunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Kural olarak bu kaydın senede düzenleyen tarafından konulması gerekir⁴⁴. Bununla birlikte cirantaların senede yetki kaydı koyması da mümkündür. Ciranta tarafından konulan yetki kaydı, sadece senede bu kaydı koyan ciranta ile ondan sonra gelen başvuru borçluları ve hamil açısından sonuç doğuracaktır. Ancak senet üzerinde yetki kaydı yazılmaya elverişli, matbu bir boşluk bırakılmış olduğu hâllerde, bu boşluk doldurulmaksızın senet tedavül ettirilmiş ise, açık kambiyo senedi karinesinden⁴⁵ hareketle, senedin doldurma yetkisi ile birlikte devredilmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu şekilde doldurulan yetki kaydı çerçevesinde, anlaşmaya aykırılık söz konusu olmadıkça, senette imzası bulunan tacir veya kamu tüzel kişisi olan herkesin yetki kaydı ile bağlı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Buna karşılık unsurları tam bir senette, karşı tarafa böyle bir yetki verilmediği hâlde bir yetki kaydı eklenmişse, doldurma hakkının varlığından ve geçerli bir yetki kaydından söz edilemeyecektir. Zira senet üzerinde yetki kaydının yazılmasına elverişli matbu bir alan ya da bu yönde açık bir doldurma anlaşması olmadıkça, senedi alanın senet üzerine yetki kaydı eklemeye yetkili olmadığı kabulü gerekir. Buna rağmen yetki kaydı, senede sonradan, tek taraflı olarak eklenmişse senet metninde değişiklik (tahrifat) söz konusu olur ve yetki kaydı bu nedenle yazılmamış sayılır. Ancak senede bu kaydın varlığından sonra imza atanlar, senedin yeni hâli ile sorumlu tutulacaklardır (TTK m. 748).

C. Yetki Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Yapılan İşin Niteliği

Yetki sözleşmesinin geçerliliği bakımından, yapılan işin ticari iş niteliğinde olması gerekmez⁴⁶; kamu tüzel kişileri ve gerçek kişi tacirler,

⁴⁴ Bkz. Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 319.

⁴⁵ Söz konusu karine ve doldurma hakkının kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru Tüzemen Atik, Açık Kambiyo Senetleri, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 147-151, 167-172.s

⁴⁶ Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 318. “...yetki sözleşmesi düzenleyebilecek şahıslar, sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri olarak belirlenmiştir. Madde metninde tacirden anlatılmak istenen, işin ticari nitelikte olması değil, tarafların kanunlarda tacir olarak tanımlanan kişiler olmasıdır. Sözleşmenin konusunun ticari iş olması, gerçek kişilere yetki sözleşmesi yapma imkanı vermemektedir” Y. 12. HD., 03.06.2020, E. 2019/5294, K. 2020/3678. Aynı yönde Y. HGK., 15.11.2018, E. 2017/12-2253, K. 2018/1718 (Kazancı); Y. 12. HD., 02.03.2017, E. 2016/11521, K. 2017/3052 (Sinerji); Y. 12. HD., 18.01.2017, E. 2016/8864, K. 2017/594 (Lexpera); Y. 12. HD., 07.05.2013, E. 2013/8038, K. 2013/17599 (Eriş, s. 698-699). Aksi yönde Belgin Güneş, s. 202-203; Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 286. Konu hakkında bir karar değerlendirmesi için bkz. Boran Güneysu, s. 1067-1089.

adi işlerine (TTK m. 19/1) ilişkin olarak da yetki sözleşmesi yapabilirler⁴⁷. Tacirin yetki sözleşmesi yapabilmesi, ticari işletmesiyle ilgili işlerle sınırlı tutulmamış; bilakis tacir sıfatına bağlanmıştır. Bu kapsamda, bir ticari işin varlığı da, tarafları tacir ya da kamu tüzel kişisi olmadıkça yetki sözleşmesi yapılabilmesi sonucunu ortaya çıkarmaz⁴⁸. Her ne kadar kambiyo senedi düzenlenmesi başlı başına, TTK m. 4 uyarınca bir mutlak ticari iş niteliği göstermekte ise de, özellikle temel ilişkide yer alan yetki kaydıyla kambiyo senedine dayalı yetkinin belirlenebilmesi açısından tereddüte düşülmemelidir.

Bu yönüyle ilk bakışta, tacirin tüketici konumunda olduğu bir tüketici işleminde de, HMK m. 17 düzenlemesi kapsamında bir yetki sözleşmesine taraf olabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. HMK m. 17 düzenlemesinin gerekçesinde de “*özellikle tacir olmayan gerçek kişi tüketiciler*”in korunması amacıyla söz edilmiştir⁴⁹. Bu kapsamda tacirin, tüketici konumunda olduğu bir ilişkide kıymetli evrakla borçlanması hâlinde bir yandan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 4/5. maddesinin

⁴⁷ Kaya’ya göre, sınırlamanın sebebinin zayıf tarafı korumak olduğu düşünüldüğünde gerçek kişi tacirlerin TTK m. 19/1 uyarınca ticari sayılmayan işlerinde yapmış oldukları yetki sözleşmelerinin geçerli kabul edilmemesi gerekmektedir. Bu düşünceye göre, herkes için kabul edilen korumalardan tacirin adi işlerinde yararlanmamasını haklı kılacak bir neden bulunmamaktadır. Kaya (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Nomer Ertan), s. 136-137, N. 255; Aynı düşüncede olan Nomer Ertan tarafından da, gerçek kişi tacirin ancak kendi ticari işletmeleri ile ilgili işlemlerinde yetki sözleşmesi/yetki şartı akdedebileceği belirtilmiştir. Nomer Ertan (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya), s. 282, N. 561. Can tarafından ise, HMK m.17’den tacirin ticari olmayan işleri için de yetki sözleşmesi yapabileceği anlamı çıksa da, düzenlemenin getiriliş amacından sırf tacir kavramına bağlı olarak bir değerlendirme yapılamayacağı, tüketici sözleşmeleri açısından hükme bir istisna tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Can, Tacir, s. 256. Şener tarafından da gerçek kişi tüketicilerin yetki sözleşmesi yapamayacağı belirtilmiştir. Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 262. Alman hukukunda da yetki sözleşmesi yapabilmek bakımından tacir olmak yeterli görülmekte; işin ticari iş olmasının önem taşımadığı belirtilmektedir. Bkz. Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, 1. Band, 48. Aufl., C. H. Beck, 1990, § 38, s. 105; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 184, Rn. 5; Stein/Jonas/Bork, § 38, N. 16.

⁴⁸ Yılmaz, Şerh, s. 478. Y. 12. HD., 01.10.2015, E. 2015/19908, K. 2015/22751 (YKD, 2016, S. 1, s. 67-68; Ali Bozer/Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017, s. 104).

⁴⁹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kanunlaşan metnin 17. maddesine karşılık gelen 22. madde gerekçesine göre; “*Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler; özellikle, tacir olmayan gerçek kişi tüketiciler; tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukukten daha zayıf durumdadır. O nedenle, bu kimselerin, daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir*”. Belirtmek gerekir ki, gerekçedeki “gerçek kişi” vurgusu karşısında ilk bakışta, tüzel kişi tacir olan dernek ve vakıfların, ticari işletmelerinin faaliyet alanı dışındaki işlemleri nedeniyle tüketici sıfatını haiz olmaları ihtimali dışlandıği sonucuna varılabilir. Ancak burada daha ziyade böyle bir ihtimalin değerlendirilmediği kanaati hâsıl olmaktadır.

uygulanması, yani senedin nama yazılı ve taksitli satışlarda her bir taksit ayrı ayrı olacak şekilde düzenlenmesi gerekirken (TKHK m. 4/5), diğer yandan sözleşmedeki yetki kaydının geçerliliği bakımından tarafların tacir sıfatını haiz olmasının yeterli kabul edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Yetki kaydının, bağımsız bir sözleşme özelliği göstermesi karşısında, gerek HMK m. 17 gerekse TKHK m. 4/5 düzenlemesi kapsamında geçerli kabul edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Esasen tüketici konumundaki tacirin bu şekildeki bir korumadan mahrum kalması makul değildir. Ancak, her türlü borcu için iflasa tâbi olan (TTK m. 18/1) tacirin, tüketici konumunda olduğu bir işlemde, yetki kaydının geçersiz sayılmasına dayanak teşkil edebilecek açık bir düzenleme de bulunmamaktadır⁵⁰. Bu noktada haksız şarta ilişkin hukuki koruma devreye girecektir.

Öğretide daha önce, kanunun amacından hareketle, tacirin tüketici konumunda olduğu sözleşmelerde yetki sözleşmesi yapılamayacağı, aksinin kabulü hâlinde de tüketici konumundaki tacirin taraf olduğu yetki sözleşmesinin “*haksız şart*” (TKHK m. 5/1) kabul edilerek TKHK m. 5/2 uyarınca geçersiz sayılması gerektiği belirtilmiştir⁵¹. Anılan fikre, yetki sözleşmesinin geçersiz sayılacağı yönündeki değerlendirme bakımından katılamasak da, bu ihtimalde haksız şarta ilişkin düzenlemenin uygulanması mümkün kabul edilmelidir. Gerçekten de tacir konumundaki tüketicinin, yetki sözleşmesi akdedebilmesine ve dolayısıyla kıymetli evraka konulan yetki kaydı ile bağlı tutulabilmesine rağmen, yetki kaydının tüketici aleyhine haksız şart olarak nitelendirilerek, TKHK m. 5/2 kapsamında geçersiz sayılması⁵² kuvvetle muhtemeldir. Ne var ki, tüketici konumundaki tacirin taraf olduğu yetki sözleşmesinin/yetki kaydının geçersiz sayılması, haksız şart olarak nitelendirilebilmesine, bu kapsamda özellikle “*dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici (konumundaki tacir) aleyhine dengesizliğe neden (olabilecek)*” (TKHK m. 5/1) nitelikte olmasına bağlıdır. Çoğu kez güçlü tarafın tek taraflı olarak sözleşmeye eklediği bir kayıttan ibaret olan yetki

⁵⁰ Karş. Can, Tacir, s. 256; Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 286.

⁵¹ Can, Tacir, s. 257. Tüketicilerin taraf olduğu genel işlem şartlarında yer alan yetki şartının, tüketicinin yerleşim yeri dışında ve sözleşme ilişkisi ile bağlantısı olmayan bir yerde davasını takip edecek nitelikte olması hâlinde “haksız şart” sayılacağı ve bağlayıcı olmayacağı yönünde bkz. Budak, s. 21. Söz konusu sonuç, genel işlem şartı içerisinde olup olmadığına bakılmaksızın, tüketicinin taraf olduğu tüm işlemler açısından geçerli kabul edilmelidir.

⁵² TKHK m. 6/2’deki haksız şartların “*kesin olarak hükümsüz*” olacağı şeklindeki düzenlemenin sonucu olarak böyle bir işleme ilişkin kambiyo senetlerindeki yetki kaydı yazılmamış sayılacaktır.

kaydının, tüketici konumundaki tacirin durumunu ağırlaştıracak nitelikte olması hâlinde haksız şart olarak kabulü gerekir.

D. Yetki Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Tacir Sıfatı

Yetki sözleşmesine taraf olabilme, “*tacir olmanın sonuçları*” arasındadır⁵³. Ancak bu sonuç, her iki tarafın da tacir olması hâlinde ortaya çıkan sonuçlardan değildir⁵⁴. Zira yetki sözleşmesi, tacirler arasında yapılabileceği gibi, tacir ile kamu tüzel kişisi arasında ya da kamu tüzel kişisi ile bir başka kamu tüzel kişisi arasında da yapılabilir. Burada tacir olmanın sonucu, “*yetki sözleşmesine taraf olabilme*” şeklinde kendini göstermekte ve bir kimse, tacir sıfatını haiz olmakla, yetki sözleşmesi yapmaya muktedir hâle gelmektedir. Ne var ki, sözleşmenin taraflarından yalnız birinin tacir olması yetki sözleşmesi yapılabilmesi açısından tek başına yeterli değildir; sözleşmenin karşı tarafı da tacir veya kamu tüzel kişisi olmalıdır.

Tacir kavramının belirlenmesi için TTK hükümlerine müracaat etmek gerekir⁵⁵. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun birinci kitabı olan “Ticari İşletme”nin, “Tacir” başlığını taşıyan birinci kısmında sırasıyla gerçek kişilerin (TTK m. 12/1) ve tüzel kişilerin (TTK m. 16) tacir sıfatı düzenlenmiş ve donatma iştiraki de (TTK m. 17) tacirlere ilişkin hükümlere tâbi tutulmuştur.

⁵³ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 243; Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 104; Tamer Bozkurt, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş, Genişletilmiş 3. Baskı, Legem Yayınları, 2019, s. 240; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 281-283, N. 559-563.

⁵⁴ Karş. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 243-244; Bozkurt, s. 240.

⁵⁵ “6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 10. maddesinde ticari işletmeler hakkında 6102 sayılı TTK’nın 11/2 madde ve fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemelerin uygulanacağı belirtildiğinden Bakanlar Kurulu kararının uygulanmasına devam edilerek esnaf ve tacir ayırımının anılan kararda belirtilen kstasların değerlendirilmesi suretiyle yapılması gerekecektir.

Dosya kapsamı itibarıyla itiraz edenin faaliyetinin esnaf faaliyetleri sınırında kaldığı, tacir olduğuna dair dosya içerisinde herhangi bir bilgi ve belge olmadığı, sadece gelir vergisi mükellefi olmasının tacir sayılmasını gerektirmeyeceği, bu nedenle yukarıda açıklanan esnaf/tacir ayırımı konusundaki düzenlemeler doğrultusunda değerlendirme yapılmadan ihtiyati hacze itiraz edenin tacir olduğunun kabulü ile sonuca varılması doğru olmadığı gibi dava konusu bono nedeniyle yapılan icra takibine yapılan yetki itirazı icra mahkemesince kabul edilerek kararın kesinleştiği ve takip dosyasının Isparta İcra Dairesine gönderildiği dikkate alınarak, yetki itirazının kabul edilerek mahkemece yetkisizlik nedeniyle ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yanlıgılı gerekçelerle ihtiyati hacze itirazın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” Y. 11. HD., 16.10.2017, E. 2017/3898, K. 2017/5384 (karararama.yargitay.gov.tr).

Tacir sıfatını haiz olacaklar belirlenirken ayrıca “tacir sayılan” ve “tacir gibi sorumlu olan” kimselere de yer verilmiştir.

TTK m. 12/1’e göre gerçek kişi tacir, “*Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişi*”dir. Böylece bir ticari işletme işleten adi şirketin gerçek kişi ortakları ile kanuni temsilcisi vasıtasıyla bir ticari işletme işleten küçük ve kısıtlılar da (yasal temsilcileri aracılığıyla) tacir sıfatına bağlı olarak yetki sözleşmesine taraf olabileceklerdir⁵⁶. Küçük ve kısıtlılar adına ticari işletme işletildiğinde tacir sıfatı küçük veya kısıtlıya ait olacağından (TTK m. 13), bunlar adına yasal temsilcileri tarafından yetki sözleşmesi yapılabilir.

Tüzel kişilerin tacir sıfatına ilişkin TTK m. 16/1 uyarınca, “*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*”. Burada belirtilen tacirlerin yetki sözleşmesine taraf olmaları mümkündür⁵⁷. Tacire ilişkin hükümlerin aynen uygulanacak olması nedeniyle (TTK m. 17), donatma iştiraki adına yetki sözleşmesi akdedebileceği düşünülebilirse de⁵⁸, tüzel kişiliği haiz olmamasına nedeniyle kanaatimizce donatma iştiraki adına kambyo taahhüdünde bulunulması mümkün olmadığı gibi bu ortaklığın senet lehtarına ya da hamili olmasından da söz edilemez⁵⁹. Ancak müşterek donatanlar yetki sözleşmesine taraf olabilir.

Bu noktada özellikle, “*tacir sayılan*” ya da “*tacir gibi sorumlu olan*”

⁵⁶Yetki sözleşmelerine ilişkin söz konusu değerlendirme ve tüzel kişilerin tacir sıfatı hakkında detaylı inceleme için bkz. Can, Tacir, s. 248, 251-255.

⁵⁷ TTK m. 16/2’de belirtilen gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların işletmesi, tüzel kişiliği olmasa da tacir sayılır ve tıpkı derneklerde olduğu gibi, tüzel kişiliği bulunmayan tacir adına vakfın yetki sözleşmesi yapabileceği yönünde bkz. Can, Tacir, s. 252. Tüzelkişi tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesine taraf olabilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 267-274.

⁵⁸ Donatma iştirakinde gemiyi işleten müşterek donatanlar ile donatma iştirakinin yetki sözleşmesi yapabileceği yönündeki kanaat ve daha fazla bilgi için bkz. Can, Tacir, s. 255.

⁵⁹ Donatma iştirakinin taraf ehliyetine sahip olup olmadığı hususunda da fikir birliği bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için bkz. Vildan Peksöz, Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, Oniki Levha Yayınları, 2020, s. 128-129; İbrahim Özbay, “Donatma İştirakinin İflâsı”, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 163-165. Donatma iştirakinin tacir sıfatı ve hakkında daha fazla için Mertol Can, “Donatma İştirakinde Tacir Sıfatının Aidiyeti ile Müşterek Donatanlar Hakkında da İflâs Kararının Verilip Verilmeyeceği Meselesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 907-930.

kimselerin HMK m. 17 kapsamında yetki sözleşmesi yapıp yapamayacakları sorusu üzerinde durmak gerekir.

TTK m. 12/2 düzenlemesinde “*tacir sayılma*” sonucunun ortaya çıkmasına neden olan bir özel düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküleri, 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*”. Bu kimseler, henüz bir ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olmalarına rağmen tacir olmanın sonuçlarına tâbi tutulmuştur.

Tacir sayılan bir diğer grup da yasağa rağmen ticari işletme işletenlerdir. TTK m. 14/1 düzenlemesinde, ticari işletme işletmesi yasaklanan ya da izne tâbi kılınanların da tacir sayılacakları belirtilmiştir. Dolayısıyla bu kimseler yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs de, tacir sayılması (TTK m. 196/5) nedeniyle yetki sözleşmesine taraf olabilir.

Anılan düzenlemeler kapsamında, “*tacir sayılan*” kimselerin, tacir olmanın sonuçları bakımından tacirden farkı bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, tacir sayılanlar da tacir olmanın hem nimetlerinden yararlanacak hem de külfetlerine katlanacaklardır⁶⁰. Söz konusu sonucun ortaya çıkması bakımından, yetki sözleşmesinin tacirin lehine yahut aleyhine sonuçlar doğurmasının bir önemi de bulunmamaktadır. Böylece TTK m. 12/2 kapsamında tacir sayılan bir kimsenin yetki sözleşmesi yapabilmesi de mümkündür⁶¹.

TTK m. 12/3 düzenlemesinde ise “*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*” ifadesine yer verilmiştir. “*Tacir gibi sorumlu*” olan bu kimseler, tacir olmanın nimetlerinden

⁶⁰ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019, s. 130; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 209; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 260, N. 493.

⁶¹ Pekcanitez/Akkan, s. 305, dn. 395; Can, Tacir, s. 249; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 282, N. 560; Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 266; Yılmaz, Şerh, s. 473. Aynı yönde Musielak/Voit/Heinrich, § 38, Rn. 10. Tanrıver tarafından da, Türk hukukunda tabi olunacak hukuki rejim itibarıyla, tacir kavramının kapsamına çok geniş bir kategoriye teşkil edecek şekilde, tacir olmadıkları hâlde sorumluluk bakımından tacirler hakkındaki hükümlere tâbi tutulanların da dahil olduğu belirtilmiştir (Tanrıver, Usûl, s. 243, dn. 217).

yararlanamayacak ancak külfetlerine katlanacaktır⁶².

Tacir gibi sorumlu olanların taraf oldukları yetki sözleşmelerinin geçerli kabul edilip edilemeyeceği hususunda öğretide farklı görüşlerle karşılaşmak mümkündür. Bir görüşe göre, TTK m. 12/3 hükmünün amacı, tacir gibi sorumlu olan kimselerle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişileri korumak olduğundan, karşı tarafın iyiniyetli olması hâlinde yetki sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi gerekir⁶³. Bu düşünce uyarınca, tacir gibi sorumlu olan kimse, iyiniyetli tacirle ya da kamu tüzel kişisi ile yetki sözleşmesi yaptıktan sonra, tacirlere tanınmış olan haklardan yararlanamayacak ve yetki sözleşmesinin geçersizliğini ileri süremeyecektir⁶⁴. Bir başka görüşe göre tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmelerinin geçerliliği bakımından davacı olup olmamasına bakılması gerekirken⁶⁵; bizim de katıldığımız karşı görüş uyarınca, tacir gibi sorumlu olanlar yetki sözleşmesi yapamazlar⁶⁶.

HMK m. 17’de açıkça “tacir”den söz edilmektedir ve TTK m. 12/3 kapsamında “tacir gibi sorumlu” olan bu kimseler tacir değildir. Tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesine taraf olabilmesi için, HMK m. 17’de yetki sözleşmesinin taraflarına ilişkin sınırlamanın amacı bakımından bir değerlendirme yapılması düşünülebilir. Ancak bu kimselerin giriştiği işlemde güçsüz konumda bulunmasından ve korunması ihtiyacından söz etmek güçtür. Öte yandan TTK m. 12/3 düzenlemesiyle “tacir gibi sorumlu” tutulma şeklinde ortaya çıkan sonucun, etkilerini usul hukuku alanında gösteren bir sözleşmenin geçerliliği bakımından uygulanması da kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

⁶² Bkz. Arkan, s. 126; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 210. Tacir gibi sorumlu olma sonucu, hukuki görünüş teorisi kapsamında, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla getirilmiştir. Bu nedenle tacir gibi sorumlu olanlar, tacire tanınan haklardan yararlanamazlar. Bkz. Arkan, s. 126.

⁶³ Can, Tacir, s. 250-251. Benzer bir düşünceye göre, tacir gibi sorumlu kimselerin yapmış olduğu yetki sözleşmelerinde karşı tarafın da dikkate alınması gerekmekte ve bu kimseler her ne kadar tacir sıfatını haiz olmasalar da sorumluluktan kaçmaları önlenmelidir. Yağmur, s. 3881.

⁶⁴ Can, Tacir, s. 250.

⁶⁵ Belgin Güneş, s. 203. Şener tarafından da bu kapsamda, taciri gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesine dayanarak yetkisiz mahkemede dava açamayacağı, ancak iyiniyetli olması kaydıyla karşı tarafın yetki sözleşmesinde belirtilen yerde dava açabileceği belirtilmiştir. Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 266.

⁶⁶ Pekcanitez/Akkan, s. 305, dn. 395; Boran Güneysu, s. 1089; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 282, N. 560; Yılmaz, Şerh, s. 473.

Tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesine taraf olup olamayacakları sorusunun cevabı, yetki sözleşmesinin tacir açısından bir nimet mi yoksa külfet mi olduğu sorusu ile de yakından ilişkilidir. Yetki sözleşmesi yapabilme, öğretide kimi zaman bir “nimet”⁶⁷ kimi zaman da “hak” olarak değerlendirilmiştir⁶⁸. Bu kapsamda, sözleşme hürriyetine tarafların yetki sözleşme yapması bakımından kanuni bir sınırlama getirilmiş olduğu da belirtilmiştir⁶⁹.

Tacir olmanın yetki sözleşmesine taraf olabilme şeklinde ortaya çıkan bu sonucunun, kişiye bir hak vermekte olduğu açıktır. Yetki sözleşmenin yapılmasında taraflara ilişkin sınırlama, her ne kadar zayıf tarafın korunması amacıyla getirilmiş olsa da, ticari hayatta bir nimet olarak kendini gösterebilir. Ancak bu hak, tacire her zaman bir nimet getirmemekte bazen de külfet yükleyebilmektedir. Uygulamada yetki sözleşmeleri daha ziyade, güçlü tarafın kabul ettiği yerin sözleşmeye yazılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda yetki sözleşmesinin geçerli sayılması sonucu, tacirin güçlü olduğu sözleşmelerde lehine, nispeten güçsüz olduğu hukuki ilişkilerde ise aleyhine sonuçlar doğurabilir. Böylece ilk bakışta, somut olayın özelliklerine göre yetki kaydının, tacir olmanın külfetlerine katlanan “tacir gibi sorumlu” kimsenin durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının araştırılması gerektiği gibi bir sonuç akla gelebilir. Ancak böyle bir sübjektif yorumun her bir uyumsuzlukta ayrı ayrı yapılması oldukça zordur ve bu şekilde bir sonuç, ticaret hayatının gerekleri ile usul ekonomisine uygun olmayacaktır. Benzer şekilde tacir gibi sorumlu olan kimsenin mi karşı tarafın mı yetki sözleşmesine dayandığı şeklindeki bir ayrıma gitmek de uygulamada, özellikle karşı dava, menfi tespit gibi durumlarda karışıklığa neden olabilecek niteliktedir. Netice olarak, yetki sözleşmesine taraf olabilmenin bir hak olarak değerlendirilmesi gerekir ve bu sözleşme, etkileri bakımından çoğu zaman bir nimet şeklinde belirir. Böylece “tacir gibi sorumlu” olan kimselerin yetki sözleşmesine taraf olma imkânından yoksun olduklarının kabul edilmesi daha net ve makul bir sonuçtur.

Çeklere konulabilecek yetki kaydı bakımından, “tacir çekleri” üzerinde

⁶⁷ Yetki sözleşmesi yapılmasının, her iki tarafı tacir olan bir borç ilişkisinde “nimet” olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. Bozkurt, s. 240.

⁶⁸ Yetki sözleşmesi yapma hakkı şeklindeki kullanım için bkz. Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 104. Öğretide, HMK m. 17/1 kapsamında yetki sözleşmesi yapabilmenin, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir hak olduğu belirtilmiştir. Stein/Jonas/Bork, § 38, N. 4; Can, Tacir, s. 250.

⁶⁹ Aşık, s. 15-16; Bolayır, HMK, s. 132; Boran Güneysu, 1074; Kuru, C. I, s. 596; Yılmaz, Şerh, s. 474.

ayrıca durmak gerekir. 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) ile tacir olan ve tacir olmayan kişilere verilecek çekler ile hamiline düzenlenecek çeklerin, açıkça ayırt edilebilecek biçimde bastırılacağı düzenlenmiştir⁷⁰ (ÇekK m. 2/6). Çeklerde yer alabilecek yetki kaydının geçerliliği açısından, çekin “*tacir çeki*” niteliğinde olup olmamasının bir etkisi bulunmamaktadır. Tacirin ticari işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerinde, tacir olmayan kişinin çek defterini kullanarak çek düzenlemesi durumunda, hakkında hapis cezası uygulanacağı öngörülmüştür (ÇekK m. 7/1). Ancak burada yalnız cezai yaptırımı olan bir düzenleme söz konusudur⁷¹; bu kurala uyulmaması çekin geçerliliğine etkili değildir. Buna göre, bir tacirin, tacir çeki kullanmaksızın keşide edeceği çekler hukuken geçerli olacağı gibi; tacir olmayan bir kimsenin tacir çeki düzenlemesi de çekin geçerliliğini etkilemez. Kaldı ki esnaf da tacir çeki düzenleyebilmektedir (ÇekK m. 2/11).

Son olarak belirtilmelidir ki, temsilci vasıtasıyla yapılan yetki sözleşmelerinde ve yetki kayıtlarının geçerliliği bakımından temsilcinin tacir sıfatını haiz olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır⁷². Doğrudan temsilde belirleyici olan temsil olunanın tacir olmasıdır.

E. Tacir veya Kamu Tüzel Kişisi Sıfatının Aranacağı An

Yetki kaydının geçerliliği bakımından tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olması gereken an hususunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, yetki kaydının geçerliliği bakımından taraflar, “*icra takibi veya davanın açıldığı zamanda*” tacir sıfatına sahip olmalıdır⁷³. Ancak daha önce de ele alındığı üzere, HMK m. 17 düzenlemesiyle yetki sözleşmesinin tarafları açısından getirilen sınırlamanın amacı, sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmenin taraflarının korunmasıdır⁷⁴. Bu nedenle, bizim de katıldığımız karşı görüş kapsamında, tarafların, “*sözleşmenin yapıldığı anda*” tacir ya

⁷⁰ Ayrıca bkz. TCMB'nin 2010/2 sayılı Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliği, m. 3/1-d (RG, 20.01.2010, 27468).

⁷¹ Ayrıntılı bilgi ve inceleme için bkz. Beşir Fatih Aydoğan, 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2010, s. 86-107.

⁷² Bkz. Musielak/Voit/Heinrich, § 38 Rn. 10 ve orada anılan yazarlar.

⁷³ Börü, s. 168; Budak, s. 4. Stein/Jonas/Bork, § 38, N. 15. Börü'ye göre, yetki kaydının ciranta açısından bağlayıcı olabilmesi de, cirantanın davanın açıldığı ya da takibin başlatıldığı anda tacir yahut kamu tüzel kişisi olmasına bağlıdır. Bkz. Börü, s. 164.

⁷⁴ Bkz. Aşık, s. 43; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 196.

da kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olmaları gerekli ve yeterlidir⁷⁵. Tacir ya da kamu tüzel kişisi sıfatının sonradan kaybedilmiş olması, geçerli bir biçimde kurulmuş olan yetki sözleşmesinin ortadan kalkmasına neden olmayacağı gibi; bu sınıflardan birinin sonradan kazanılması da başlangıçta geçersiz olan bir yetki sözleşmesini geçerli hâle getirmeyecektir.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydı bakımından bu anın, akit teorisi kapsamında, kambiyo senedinin düzenlenerek karşı tarafa teslim edildiği an olarak kabulü gerekir. Yetki kaydı, ister senedin karşı tarafa teslimi anında senet üzerinde yazılı ister karşı tarafa verilen doldurma yetkisi kapsamında sonradan doldurulmuş olsun, senedin düzenlenerek karşı tarafa teslim edildiği anda taraflar tacir ya da kamu tüzel kişisi ise HMK m. 17’de öngörülen bu şart sağlanmış olacaktır. Tarafların tacir sıfatını ya da kamu tüzel kişiliğini sonradan kaybetmiş olması, yetki kaydının geçerliliğine etkili değildir. Kambiyo taahhüdünde bulunulduğu anda eksik olan bu şartın sonradan tamamlanmasının ise mümkün olmadığı kabul edilmelidir⁷⁶. Bu şekilde başlangıçta hükümsüz olan yetki sözleşmesi ya da kaydı sonradan geçerli hâle

⁷⁵ Aşık, s. 26; Boran Güneysu, s. 1074, dn. 16; Can, Tacir, s. 248; Musielak/Voit/Heinrich, § 38, Rn. 11; Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 263. Bu kapsamda “*usul kurallarının derhal uygulanması ilkesi*” nedeniyle 6100 sayılı HMK’nın yürürlüğe girmesinden önce, yani 01.10.2011 tarihinden önce düzenlenen kambiyo senetlerindeki yetki kaydının tâbi olduğu geçerlilik koşulları bakımından da 6100 sayılı HMK m. 17 ve 18 düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır. Böylece 01.10.2011 tarihinden sonra açılan dava ve takiplerde de, senet üzerindeki yetki kaydı bu tarihten önce konulmuş olsa bile 6100 sayılı HMK hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun oy çokluğuyla vermiş olduğu bir kararında da, uygulanacak hükümler bakımından yetki kaydının geçerlilik koşulları bakımından bonoya yetki kaydının konulduğu tarihin değil, yargılamanın başladığı (davanın açıldığı veya takibin başladığı) tarihin esas alınması gerektiğine hükmedilmiştir. Karar uyarınca, “... *eldeki dava yönünden işlemin tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti için kambiyo senedinin düzenlendiği (yetki şartının konulduğu) tarihin değil, yargılamanın başladığı (davanın açıldığı veya takibin başladığı) tarihin esas alınması gerektiği, takip tarihi itibarıyla yürürlükte olan HMK’nın 448 ve 17. maddeleri ve yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca yetki sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edilmekle yerel mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır*”. Y. HGK., 15.11.2018, E. 2017/2253, K. 2018/1718. Aynı yönde Y. 11. HD., 05.12.2016, E. 2016/12976, K. 2016/9298 (Sinerji); Y. 12. HD., 03.04.2019, E. 2019/196, K. 2019/5442 (Kazancı). Yetki sözleşmelerine ilişkin genel açıklamalar kapsamında bkz. Aşık, s. 43-44; Boran Güneysu, s. 1079-1082; Budak, s. 12-19; Setenay Yağmur, “Türk Hukukunda Çeke Konulabilecek Kanunda Öngörülme-yen Bazı İhtiyari Kayıtlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 2882-2883.

⁷⁶ Yetki sözleşmelerine ilişkin genel açıklamalar bakımından bu yönde bkz. Aşık, s. 26. Kuruluş aşamasında yapılan bir yetki sözleşmesinin geçerliliği için şirketin kurulmasının yeterli olacağı yönünde bkz. Stein/Jonas/Bork, § 38, N. 15.

gelmeyecektir. Kaldı ki taraflar, senet dışında da her zaman yeni ve geçerli bir yetki sözleşmesi yapma imkânına sahiptir.

III. Yetki Kaydının Tacir veya Kamu Tüzel Kişisi Olmayan Avalist ve Cirantalara Etkisi

Senet üzerinde yer alan kayıtlar, kural olarak senede imza koyan tüm kişileri bağlar⁷⁷. Ancak yetki kaydının geçerliliği, taraflarının tacir ya da kamu tüzel kişisi olmasına bağlı olduğundan, bu kaydın tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan senet sorumlularına ve hamile etkisinin belirlenmesi gerekir. HMK m. 17 düzenlemesi kapsamında, senedin devri ya da aval yoluyla temini hâlinde yetki kaydının akıbeti hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Avalist ve cirantaların, tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olması ihtimalinde yetki kaydı ile bağlı olacağı hususunda bir duraksama yoktur⁷⁸. Burada geçerli bir yetki kaydının, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan senet sorumlularına etkisi belirlenmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda, öncelikle konu hakkındaki görüşler ve içtihat üzerinde durularak, ardından konu hakkında bir değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Söz konusu inceleme ve değerlendirmelere geçmeden önce belirtmek gerekir ki, aşağıda ciranta için yapılan açıklamalar, senedi ciro yoluyla devralan hamili de kapsamaktadır. Hamil, senedi ilk alan lehtar olabileceği gibi senedi devralmış bir kimse de olabilir. Yetki kaydı, senede sonradan, cirantalar veya bir başkası tarafından eklenmedikçe, lehtar açısından, tacir veya kamu tüzel kişisi olması hâlinde bağlayıcıdır. Aynı esas hamile yazılı çekin hamili açısından da geçerlidir. Öte yandan senet borçlularından her birinin yetki kaydı ile bağlı olmayacağı yönünde bir kayıt koymalarının mümkün olduğu da gözden uzak tutulmalıdır⁷⁹.

A. Öğretideki Görüşler

Mülga 1086 sayılı HMUK ve mülga 6762 sayılı TTK'nın yürürlükte

⁷⁷ Örneğin, tahkim kaydı senette imzası bulunan herkes açısından bağlayıcıdır. Bkz. Eriş, s. 541; Kayar, s. 153; Öztan, Kıymetli Evrak, s. 1002; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 156. Karş. İmregün, s. 56.

⁷⁸ “Somut olayda, takip dayanağı bonolarda ... mahkemelerinin yetkisinin kararlaştırıldığı, lehtar ... Ltd. Şti.'nin ve avalist ... Ltd. Şti.'nin tacir sıfatını haiz oldukları anlaşılmaktadır. HMK'nun 17. maddesi gereğince tacirler arasında düzenlenen yetki sözleşmesi lehtar ile avalist arasında geçerlidir” Y. 12. HD., 02.3.2017, E. 2016/11521, K. 2017/3052 (Kazancı).

⁷⁹ Eriş, s. 541; Turgut Sengir, Aval Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967, s. 16.

olduğu dönemde, bonoya konulan yetki kaydının bonoyu ciro yoluyla devralan hamilleri de bağlayacağı kabul edilmiştir⁸⁰. Ancak mülga kanunlarda, yetki sözleşmesinin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması hususunda bir sınırlama bulunmadığından (mülga 1086 sayılı HMUK m. 22), anılan düşünce, kaydın senet üzerindeki etkisine yöneliktir ve günümüzde, tacir olmayan ciranta ya da avalist gibi kimseler bakımından uygulanması oldukça güçtür. Bu dönemde öğretide ayrıca, cirantanın yetki sözleşmesinin tarafı olmaması ve cirantanın kendisine devredilen hakkı yine ciro ile devretmiş olması nedeniyle yetki kaydının rücu hâlinde uygulanması imkânı bulunmadığı ileri sürülmüştür⁸¹.

Yetki kaydının etkileri konusundaki farklı düşünceler ilk olarak, usul hukuku alanında, yetki sözleşmesinin haleflere etkisi bakımından yapılan değerlendirmelerde kendini göstermektedir.

Gerek Türk gerekse Alman öğretisinde hâkim olan görüş, yetki sözleşmesinin tarafların (cüz'i ve külli) haleflerini bağlayacağı yönündedir⁸². Ancak taraflar, bu hususta açıkça anlaşarak yetki sözleşmesinin yalnız aralarında etkili olacağını da kararlaştırabilirler⁸³.

Yetki sözleşmesinin cüz'i ve külli halefleri bağlayacağı yönünde, ağırlıklı kabul gören bu görüş, yetki sözleşmesinin genel olarak etkilerine ilişkindir. 6100 sayılı HMK'nın kabulüyle, söz konusu bağlayıcılığın tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan halefler için de söz konusu olup olmayacağı tartışılabilir hâle gelmiştir.

⁸⁰ Öztan, Kıymetli Evrak, s. 1002; Şimşek, s. 60. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulünden önce *İmregün* tarafından da yetki kaydının policeden sorum altına girmiş herkesi bağlayacağı belirtilmiştir. *İmregün*, s. 56. Aval açısından aynı yönde bkz. Sengir, s. 17. Ancak söz konusu değerlendirmeler, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde ve bu dönemde yetki sözleşmesinde tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması gibi bir şart söz konusu olmadığından anılan düşüncenin bugüne yansımaları konusunda bir çıkarım yapmak mümkün gözükmemektedir.

⁸¹ Şimşek, s. 61. Aynı yönde bkz. Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, *İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri* (İİK m. 167-170b), Bilge Yayınevi, 2013, s. 50.

⁸² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 236; Aşık, s. 42; Bolayır, *Yetki*, s. 74-75; Stein/Jonas/*Bork*, § 38, Rn. 49; Kuru, C. I, s. 574; Kuru, *El Kitabı*, s. 198; Kuru, *İstinaf*, s. 119; Musielak/Voit/*Heinrich*, § 38, Rn. 11; Tanrıver, *Usûl*, s. 250; Tanrıver, *Yetki*, s. 468; Talih Uyar, "İcra Hukukunda Bononun (Emre Muharrer Senet'in Geçerlilik Koşulları), *TBB Dergisi*, S. 74, 2008, s. 333; Üstündağ, s. 337; Yılmaz, *Şerh*, s. 471. Tacirin yapmış olduğu yetki anlaşmasının onun külli halefleri hakkında da geçerli olacağı yönünde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 184, Rn. 5.

⁸³ Stein/Jonas/*Bork*, § 38, Rn. 49.

Tarafların sıfatı da göz önüne alınarak kabul edilen bir görüşe göre, yetki sözleşmesine taraf olan kimselerin halefleri, tacir ya da kamu tüzel kişisi olmasalar dahi yetki sözleşmesi ile bağlıdır⁸⁴. Bu görüşteki bazı yazarlarca, aksi düşüncenin halefiyet kurumunun varlığı ile bağdaşmayacağı⁸⁵ ve tarafların muhtemel haleflerine uzanan bir koruma amacının varlığından söz edilemeyeceği⁸⁶ belirtilmektedir. Böylece yetki sözleşmesi, mirasçılar bakımından da tacir veya kamu tüzel kişisi olup olmamalarına bakılmaksızın uygulanmalıdır⁸⁷.

Aksi görüşe göre ise, yetki sözleşmesinin cüz'i ve külli halefleri kapsamı onların tacir ya da kamu tüzel kişisi olmasına bağlıdır⁸⁸. Bu kapsamda, HMK m. 17'de yetki sözleşmesi yapabilecek kimselerin tacirler veya kamu tüzel kişileri olarak sınırlanmış olması karşısında, sözleşmenin tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan kişilere de teşmil edilmesinin, yetki sözleşmesinin kapsamının kanun koyucunun iradesine aykırı şekilde, fazlasıyla genişletmek anlamına geleceği belirtilmiştir⁸⁹.

Konu, ticaret hukuku öğretisinde de kambiyo senetlerinde yetki kaydının etkileri bakımından ele alınmıştır. Ağırlıklı görüş, yetki kaydının, sonradan

⁸⁴ Aşık, s. 42-43; Tanrıver, Usûl, s. 250; Tanrıver, Yetki, s. 468. Öğretide kimi zaman, 6100 sayılı HMK'nın kabulünden sonra da, kambiyo senetlerinde yetki kaydının, bu senedi ciro suretiyle alan hamilleri de bağlayacağı yönündeki açıklamalara, tarafların sıfatına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın yer verildiği görülmektedir. Ancak söz konusu değerlendirmelerin, bu bağlayıcılığın ancak senet kaydının kıymetli evrak yönünden etkileri bakımından olduğu anlaşılmaktadır. Zira anılan açıklamalarda tacir veya kamu tüzel kişisi olma bakımından herhangi bir ek değerlendirmede bulunulmamaktadır. Bkz. Eriş, s. 541; Kayar, s. 153.

⁸⁵ Tanrıver, Yetki, s. 468.

⁸⁶ Bkz. Aşık, s. 43.

⁸⁷ Can, Tacir, s. 248; Kuru, El Kitabı, s. 198. Tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın açıklamasına yer vermeksizin; yetki kaydının dava konusunu (alacağı) taraflardan birinden devralanı ve mirasçılarını bağlayacağı yönünde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 236. Mirasçıların tacir ya da kamu tüzel kişisi olmamaları hâlinde yetki sözleşmesinin usul hukuku bakımından geçerliliğini yitireceği yönünde bkz. Belgin Güneş, s. 217. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 111.

⁸⁸ Bolayır, HMK, s. 134; Pekcanitez/Akkan, s. 307, 310. *Karşılı* tarafından da, HMK m. 17'de yer alan sınırlama eleştirilmekle birlikte, yetki sözleşmesinin cüz'i ve külli halefleri kapsamına almasının ancak tacir ya da kamu tüzel kişisi olması durumunda mümkün olduğu belirtilmiştir. Abdurrahim Karşılı, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, 2012, s. 281-282. Yazar bu görüşü, Koç ve Konuralp ile müşterek eserlerinde de cirantanın sorumluluğu bakımından yinelemiştir. Bkz. Abdurrahim Karşılı/Evren Koç/Cengiz Serhat Konuralp, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular*, İstanbul 2014, s. 36.

⁸⁹ Bolayır, HMK, s. 134.

senet üzerine imza koyan ciranta veya avalist açısından da uygulanmasının bu kimselerin HMK m. 17’de anıldığı gibi tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları kaydıyla mümkün olduğu yönündedir⁹⁰. Bu görüşteki *Göle* tarafından ayrıca, nama yazılı kambiyo senetlerinde yetki kaydı, Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) alacağın devri hükümlerine tâbi olduğundan, bu senetlerin devri hâlinde de söz konusu yetki sözleşmesi ya da yetki kaydının geçerliliğini sürdüreceği belirtilmiştir⁹¹. Böylece nama yazılı kambiyo senetlerinde yetki kaydı, düzenleyen ile senedin son hamili arasındaki ihtilaflarda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun öngördüğü koşulları taşıması kaydıyla son hamilin yetki sözleşmesini ya da yetki kaydını ileri sürmesi hâlinde uygulanacaktır⁹².

Aksi yönde görüş bildiren *Şener* tarafından ise, geçerli bir yetki sözleşmesi yapıldıktan sonra, maddi hakkın tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan bir kimseye devri veya intikalinin yapılan yetki sözleşmesinin geçerliliğini etkilememesi gerektiği belirtilmiştir⁹³. Yazara göre, aval veren kimin için taahhüt altına girmiş ise onun gibi sorumlu olacağından (TTK m. 702/1), aval veren yetki sözleşmesi ile bağlı olacak; avalin, düzenleyen ya da ciranta lehine verilmiş olması bu sonucu değiştirmeyecektir⁹⁴.

Konu ihtiyari dava arkadaşlığı (ve kambiyo senedine dayalı takiplerde dava arkadaşlığı) bakımından ele alındığında da, senette yer alan yetki kaydının yalnız tacir olan senet borçlusu bakımından geçerli olacağı belirtilmektedir⁹⁵. Buna göre tacir olan ve olmayan senet borçlularını yetki kaydında belirtilen yerde birlikte takip etmek mümkün olmayabilir.

Söz konusu değerlendirmeler, yetki kaydının tacir veya kamu tüzel kişisi olan düzenleyen ile lehtar arasında geçerli bir biçimde kararlaştırılmış olması

⁹⁰ Bahtiyar, s. 66; Belgin Güneş, s. 218; Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 320; Börü, s. 164; Budak, s. 4; Göle, Yetki Kaydı, s. 879, 881; Kendigelen (Kırca), s. 190, N. 400; Yağmur, s. 2882.

⁹¹ Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 320; Göle, Yetki Kaydı, s. 879, 881.

⁹² Göle, Yetki Kaydı, s. 879. Aynı yönde Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 320.

⁹³ Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 296. Bu yönde bir karar incelemesi ve diğer emsaller için bkz. Oruç Hami Şener, Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020, s. 523-529.

⁹⁴ Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 307.

⁹⁵ Budak, s. 20-21. *Tanrıver* tarafından da, yetki sözleşmelerinin geçerli olması için HMK m. 17’de öngörülen sınırlamanın, dava arkadaşlarının tamamının şahsında gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Tanrıver, Usûl, s. 244.

ihtimaline binaen yapılmaktadır. Bu noktada yetki kaydının, düzenleyenin yanı sıra ciranta tarafından konulmuş olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Öğretide, yetki kaydının böyle bir ihtimalde kaydı koyan ciranta ile senedin devri hâlinde kendisinden sonra gelen hamiller için bağlayıcı olacağı belirtilmiştir⁹⁶.

İlgisi ve karşılaştırma yapılabilmesi bakımından, yetki sözleşmesinin kefile etkisine ilişkin olarak da öğretide fikir ayrılıkları olduğu belirtilmelidir. *Kuru* tarafından, müteselsil kefilin (TBK m. 586) tacir olmasa bile sözleşmedeki yetki şartı ile bağlı olacağı ifade edilmiştir⁹⁷. Ancak bu sonuç, borcu ödeyen kefilin rücu istemi bakımından geçerlidir. Zira bu hâlde kefil, borcu ödemekle, alacaklının haklarına halef olmaktadır⁹⁸. Buna karşılık *Yılmaz*'a göre, tacir olmayan kefilin imzaladığı yetki sözleşmesi (kefil açısından) geçerli değildir. Yazar tarafından ayrıca, sözleşmedeki yetki kaydının, bu sözleşmeyi imzalayan kefil, tacir olmamasına rağmen bağlayacağı yönündeki uygulamaya katılmadığı bildirilmiştir⁹⁹.

B. Konuya İlişkin Yargı Kararları

Kambiyo senetlerinde yetki kaydının, senedi bu kayıtla düzenleyerek karşı tarafa teslim eden kimse ile senedi alan dışındaki senet sorumlularına ve hamile etkisi bakımından farklı uygulamalar ile karşılaşılmıştır. Yargıtay kararlarında önceleri, lehtar ile senedi düzenleyen kimse arasındaki yetki sözleşmesinin HMK m. 17'deki şartları taşınması hâlinde, yalnız tarafları arasında etkili olduğu kabul edilmiştir. Bu kapsamda verilen kararlar uyarınca, yetki kaydı, tacir olmayan avalisti bağlamayacaktır¹⁰⁰.

⁹⁶ Göle, Yetki Kaydı, s. 880.

⁹⁷ *Kuru*, El Kitabı, s. 195, dn. 77. *Bolayır* tarafından, müteselsil kefilliğe yönelik bir ayırım yapılmaksızın, yetki sözleşmesinin sözleşmenin taraflarından birinin kefil hakkında herhangi bir etki yaratmayacağı belirtilmiştir. Ancak ödeme yapan kefilin asıl borçluya rücu etmesi hâlinde, kefilin asıl borçlu ile alacaklı arasındaki yetki sözleşmesine dayanması mümkündür. Bkz. *Bolayır*, Yetki, s. 75.

⁹⁸ *Kuru*, C. I, s. 574; *Üstündağ*, s. 337-338. Aynı yönde *Şener*, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 302. Ayrıca bkz. *Belgin Güneş*, s. 215.

⁹⁹ *Yılmaz*, Şerh, s. 479.

¹⁰⁰ “*Borçlu ...'nin tacir olduğuna ilişkin dosya içerisinde bir bilgi ve belgenin bulunmadığı, alacaklı tarafından sunulan ticaret sicil gazetesinden, şirket ortağı olduğunun gözüktüğü, ancak sermaye şirketine ortak ya da yönetici olmak, tek başına o kişinin tacir olduğu anlamına gelmeyeceğinden ve dosyada tacir olduğuna ilişkin başkaca belge de bulunmadığından, HMK'nun 17. maddesi uyarınca yapılan yetki sözleşmesi avalist borçlu ...'yi bağlamaz*”. Y. 12. HD., 16.11.2017, E. 2017/8005, K. 2017/14253 (Sinerji). Aynı yönde Y. 12. HD.,

2018 yılı başlarında ise bu hususta içtihat değişikliğine gidilerek, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlarda, yetki şartının, tacir olmayan gerçek kişi avalisti bağlayacağı kabul edilmiştir. Söz konusu kararlarda yerleşik içtihattan dönüldüğü açıkça vurgulanmaktadır¹⁰¹. Böylece 2018 yılından sonra verilen kararlar bu yönde olmuş, düzenleyeni ve lehtarını tacir veya kamu tüzel kişisi olan kambiyo senetlerinde, yetki kaydının cirantalar dâhil olmak üzere tüm takip borçlularını bağlayacağı kabul edilmiştir¹⁰². Aynı yönde Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararlarına da rastlamak mümkündür¹⁰³.

Kararların gerekçesinde niçin içtihat değişikliğine gidildiğine dair bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Kararlarda ortak gerekçe olarak sadece, “*kambiyo senetlerinin özelliği gözetildiğinde*” yetki kaydının tacir olmayan

15.01.2018, E. 2018/26510, K. 2018/20 (Kuru, El Kitabı, s. 195); Y. 11. HD., 11.05.2015, E. 2015/5340, K. 2015/6692 (Kazancı).

¹⁰¹ “HMK’nun 17. maddesi gereğince tacirler arasında düzenlendiği belirlenen yetki sözleşmesi geçerli olup, Dairemizin değişen içtihatlarına göre, kambiyo senetlerinin özelliği gözetildiğinde anılan yetki sözleşmesi avalisti de bağlar” Y. 12. HD., 12.03.2018, E. 2017/3519, K. 2018/2327 (Kazancı). Aynı yönde Y. 12. HD., 08.05.2018, E. 2016/32448, K. 2018/4447; Y. 12. HD., 01.10.2018, E. 2018/13007, K. 2018/8938; Y. 12. HD., 05.02.2020, E. 2019/1049, K. 2020/892 (Sinerji); Y. 12. HD., 02.06.2020, E. 2019/6148, K. 2020/3489 (karararama.yargitay.gov.tr). Belirtmek gerekir ki, bu yöndeki açık kararlar hukuk güvenliği açısından oldukça önemlidir. Zaman içerisinde aynı yönde yeni karar verilip verilmeyeceğinin beklenmesi yerine, içtihat değişikliği kararlarda açıkça belirtilerek, bundan böyle yapılacak iş ve işlemlerde bu emsalde hareket edilmesine imkân sağlanmaktadır. Diğer yandan söz konusu karardan sonra ortaya çıkan içtihat, isabetli olarak “*icthihat değişikliğinin usuli kazanılmış hakkı bertaraf etmeyeceği*” yönünde olmuştur. Y. 12. HD., 23.09.2020, E. 2020/3768, K. 2020/7475 (Kazancı).

¹⁰² “Somut olayda, takip dayanağı bonoda, ihtilâf halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili olduğunun kararlaştırıldığı, lehtar... İnş. Dek. Teks. Org. San. Tic. Ltd. Şti. ’nin ve keşideci ... Safir Mim. Müh. İnş. Ltd. Şti.’nin tacir sıfatına haiz oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda, HMK’nun 17. maddesi gereğince tacirler arasında düzenlendiği belirlenen yetki sözleşmesi geçerli olup, kambiyo senetlerinin özelliği gözetildiğinde anılan yetki sözleşmesinde yetkili olduğu belirtilen yerde cirantalar dahil olmak üzere tüm takip borçlularına takip yapılması mümkündür” Y. 12. HD., 03.06.2020, E. 2019/5294, K. 2020/3678 (Sinerji).

¹⁰³ “...bonoda yetki şartı bulunması halinde yetki şartının geçerli olması için HMK 17. maddesine göre, uyumsuzluğun tacirler arasında doğmuş olması şartı aranmaktadır. Somut olay bakımından, itiraz eden keşideci ile alacaklı özel okul sahibi tacir olduklarından, bonodaki yetki şartı geçerli olduğu gibi, TTK’nun 702/1. maddesi gereğince, aval veren kimsenin, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumlu olduğu gözetildiğinde, bonoya aval veren yöünden de yetki şartı bağlayıcıdır” İstanbul BAM, 14. HD., 31.12.2019, E. 2019/2507, K. 2019/1807 (Lexpera).

gerçek kişi¹⁰⁴ avalisti de bağlayacağı şeklinde ifadelere yer verilmektedir¹⁰⁵.

Böylece söz konusu içtihat, taraflar arasındaki sözleşmeyi müteselsil kefil sıfatıyla imzalayan kimsenin, tacir olmasa bile sözleşmedeki yetki kaydı ile bağlı olacağı yönündeki Yargıtay kararları¹⁰⁶ ile aynı doğrultuda birleşmiştir. Müteselsil kefilin asıl borç ilişkisinde yetki şartı ile bağlı olacağına yönelik kararlarda, TTK m. 7 düzenlemesinde yer alan teselsül karinesi¹⁰⁷ dayanak olarak gösterilmektedir¹⁰⁸. Bununla birlikte kambiyo senetlerinde “teselsül”

¹⁰⁴ Kararlarda yetki kaydının tacir olmayan “gerçek kişi” avalisti de bağlayacağı belirtilmektedir. Örneğin, “*Dairemiz; HMK'nun 17. maddesi gereğince tacirler arasında düzenlenen yetki sözleşmesinin, itiraz eden ve tacir sıfatını haiz olmayan avalistleri bağlamayacağı görüşünderken, sonradan değişen içtihatlarına göre, kambiyo senetlerinin özelliği de gözetildiğinde, anılan yetki sözleşmesinin tacir olan lehtar ve keşidecinin yanı sıra, tacir olmayan gerçek kişi avalisti de bağlayacağını kabul etmiştir*” Y. 12. HD., 08.05.2018, E. 2016/32448, K. 2018/4447 (Kazancı). Ancak anılan ifadeden, söz konusu uygulamada yetki kaydının tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan tüzel kişinin avalist konumunda olması ihtimalinin dışlandığı sonucu çıkarılmamalıdır.

¹⁰⁵ Örneğin, Y. 12. HD., 05.02.2020, E. 2019/1049, K. 2020/892 (Sinerji).

¹⁰⁶ “*Kredi sözleşmesinin müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla davaya konu genel kredi sözleşmesini imzalayan davalılar tacir olmasalar bile, tacirler arasındaki yetki sözleşmesi 6102 sayılı TTK'nun 7. maddesinde öngörülen teselsül karinesi uyarınca davalıları bağlar. Bu durumda, mahkemece sözleşme uyarınca Ankara icra dairelerinin yetkili olduğu gözetilmeden, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın usulden reddi doğru değildir*” Y. 19. HD., 07.04.2016, E. 2015/17736, K. 2016/6115. “*Müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla davaya konu genel kredi sözleşmesini imzalayan davalıların murisi H. E. tacir olmasa bile tacirler arasındaki yetki sözleşmesi 6102 sayılı TTK'nun 7. maddesinde öngörülen teselsül karinesi uyarınca davalıları bağlar*” Y. 19. HD., 13.02.2014, E. 2013/19105, K. 2014/2495 (Sinerji). Aynı yönde Y. 19. HD., 10.02.2015, E. 2015/11550, K. 2015/1636 (İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 4, Temmuz-Ağustos 2015, s. 437; Kuru, İstinaf, s. 117, dn. 25; Kuru, El Kitabı, s. 195, dn. 77; Yılmaz, Şerh, s. 479-480); Y. 19. HD., 20.01.2017, E. 2016/7550, K. 2017/2233 (Şener, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 299-300). Kredi sözleşmesindeki yetki şartının, sözleşmeyi müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla imzalayan ve tacir olmayan kefil bağlamayacağı yönünde (aksi yönde) bkz. Y. 19. HD., 28.11.2012, E. 2012/14023, K. 2012/17885 (Yılmaz, Şerh, s. 479).

¹⁰⁷ Ticari borçlara kefalet hâlinde TTK m. 583/1 düzenlemesinin değil, TTK m. 7’de öngörülen teselsül karinesinin dikkate alınması gerekir. Zira söz konusu düzenleme TTK m. 583/1 karşısında bir özel hüküm niteliğindedir. Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Mehmet Çelebi Can/Fahri Erdem Kaşak, “Ticari Borçlara Kefalet Hâlinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirtilmesini Arayan TBK m. 583 Hükümü Karşısında Uygulanabilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, Şubat 2020, s. 266-277.

¹⁰⁸ “*Mahkemece, ihtiyati haiz kararının çek ve faktoring sözleşmesi ile alacak bildirim formu ve faturaya dayalı olarak verildiğini, çekin keşide yeri Ankara ve muhatap bankanın da Kayseri olması nedeniyle çeki göre mahkemenin yetkili olmadığı, ancak faktoring sözleşmesindeki yetki şartının bu sözleşmenin tarafı olan A.. İnş. Ltd. Şti’ni bağlayacağı, sözleşmeye kefil olan ve aynı zamanda çekte ciranta konumunda bulunan B. K. bakımından ise HMK'nun*

TTK m. 724'te özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kambiyo senetlerinde düzenleyen, kabul eden, ciro eden veya aval veren kişiler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olacaklardır (TTK m. 724/1, 778/1-d, 818/1-k). Kefaletle aval arasındaki farklara¹⁰⁹ rağmen, ticari borçlara kefalet bakımından iki kurum bu noktada ortak özellik göstermekte ve aynı esaslara tâbi tutulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Öğretide yetki kaydının cüz'i ve külli halefiyet hâlinde etkilerine ilişkin değerlendirmeler yapılmakla beraber, Yargıtay kararlarında yetki sözleşmelerinin/kaydının etkileri bakımından halefiyete ilişkin bir değerlendirmeye rastlanmamıştır. Yalnız Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında, henüz tacir veya kamu tüzel kişisi olmanın aranmadığı zamanlarda dahi, yetki kaydının mirasçıları bağlamayacağı yönünde karar verdiği görülmektedir¹¹⁰. Bir halefiyetin söz konusu olmadığı durumlarda ise, sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince, taraflar arasındaki yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere etkisinin bulunmayacağı içtihat edilmiştir¹¹¹.

17. maddesi uyarınca yetki sözleşmesinin tacir sıfatının bulunmaması nedeniyle geçersiz olduğu gerekçesiyle itiraz eden borçlu B. K. bakımından yetki itirazının kabulü ile ihtiyati haczin kaldırılmasına, diğer borçlular yönünden yetki itirazının sözleşmedeki yetki şartı nedeniyle reddine karar verilmiş, kararı ihtiyati haciz isteyen vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki 2.7.2013 tarihli Faktoring sözleşmesinin 29'uncu maddesinde İstanbul mahkemelerinin yetkili olacağı öngörülmüştür. Yetki kaydı, müteselsil kefil sıfatıyla sözleşmeyi imzalayan B. K. tacir olmasa bile, tacirler arasındaki yetki sözleşmesi 6102 sayılı TTK'nun 7.maddesinde öngörülen teselsül karinesi nedeniyle muteriz B. K.'ı bağlar. Bu durumda sözleşmenin 29'uncu maddesi uyarınca İstanbul mahkemelerinin yetkili olduğu gözetilmeden, yetki itirazının kabulü ile B. K. hakkındaki ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” Y. 19. HD., 10.02.2015, E. 2014/11550, K. 2015/1636 (Yılmaz, Şerh, s. 479-480).

¹⁰⁹ Aval ile kefalet arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozer/Göle, Kıymetli Evrak, s. 178-179; Hayri Domaniç, TTK Şerhi, C. IV, Kıymetli Evrak Hukuku, Eskin Matbaası, 1990, s. 218-223; Kendigelen (Kırca), s. 227-228; Sengir, s. 7-8; Toros, s. 24-42.

¹¹⁰ “Her ne kadar dava konusu emre yazılı senetlerde yetkili mahkeme (İzmir) olarak gösterilmiş ise de, bu yetki sözleşmesi davalıların murisi ile davacıların murisi arasında yapılmıştır. Yetkili mahkemeyi belirleyen ve HUMK.nun 22. maddesinin koşulları içinde düzenlenmiş bulunan bu gibi sözleşmelerin miras yolu ile intikal etmeyeceğinden yetkili mahkemenin aynı Kanunun 9. maddesine göre tayini icap eder. Olayda bir kısım davalıların Bornova'da ikamet ettikleri anlaşıldığından davaya bakılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bonolarda mevcut yetki sözleşmesine dayanılarak yetkisizlik kararı verilmesi isabetsizdir” Y. 11. HD., 02.02.1978, E. 1978/321, K. 1978/290 (Sinerji). Aynı yönde Y. TD. (11. HD.), 26.02.1940, E. 1939/3267, K. 1940/418. Kararın aksi yönünde görüş için bkz. Kuru, C. I, s. 574; Üstündağ, s. 337-338, dn. 82.

¹¹¹ “Davacı acente olup, davacı ile dava dışı firma arasındaki konşimentoya dayanarak yetki itirazında bulunmuştur. Sözleşmelerin nispiyeti uyarınca, konşimento ancak tarafları bakımından bağlayıcı olup, sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan davalı acentenin,

C. Değerlendirme

Yetki kaydının, cüz’i ve külli halefleri bağlayacağı yönündeki genel kabule karşılık, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yetki sözleşmesinin taraflarına ilişkin getirilen sınırlamadan sonra, bu kaydın tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan haleflere etki edip etmeyeceği meselesi açıkta kalmıştır. Yetki kaydının senet sorumlularına etkisi bakımından, cüz’i haleflere ilişkin değerlendirmelerden hareket etmek gerekir. Yukarıda incelendiği üzere, öğretide ağırlıklı görüş, yetki kaydının cüzi halefleri, tacir veya kamu tüzel kişisi olması hâlinde bağlayacağı yönündedir. Bu kapsamda yetki kaydı, tacir veya kamu tüzel kişisi olması şartıyla alacaklının haklarına halef olan kimseler açısından da geçerlidir.

Yetki kaydının etkilerine ilişkin yargı kararlarında ise, öğretide kabul edilen aksine bir uygulamanın ortaya çıktığı görülmektedir. Daha önce avalistin tacir ya da kamu tüzel kişisi olması hâlinde yetki kaydı ile bağlı olacağı kabul edilirken, bu konuda içtihat değişikliğine gidilmesiyle, yetki kaydının tacir olmayan avalist açısından da geçerli olacağı yönünde bir uygulama ortaya çıkmıştır. Böylece yetki kaydının, tacir olmayan kefil için bağlayıcı olduğu yönündeki içtihat ile uyumlu ve ancak eleştiriye açık bir uygulamaya gidilmiştir.

Kanaatimizce, yetki kaydının ancak tacir ya da kamu tüzel kişisi olmaları hâlinde halefler açısından bağlayıcı olacağı kabul edilmelidir. Yetki kaydının bir senet kaydı olarak etkisi bakımından, öğretideki genel kabul haklılık göstermekle birlikte, yetki sözleşmesinin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması gereğine yönelik sınırlama, tarafların halefleri açısından da geçerli olacaktır.

Bu noktada, başvuru borçlularının, senetten doğan haklara halef olup olmadıkları hususunda da açıklamada bulunmak gerekir. Zira yetki kaydının cüz’i haleflere etkisi bakımından bu kimselerin tacir veya kamu tüzel kişisi olmasının aranmayacağı görüşü kapsamında değerlendirildiğinde de, başvuru borçluları bakımından her zaman bir halefiyet hâli ortaya çıkmayacaktır.

Alacağın temliki (devri) yoluyla devirlerde halefiyet söz konusudur. TTK m. 655/1 uyarınca, nama yazılı senetlerde “*Borçlu, ancak senedin hamili*

konşimentodaki yetki sözleşmesinden yararlanması olanağı yoktur. Bu nedenle davalının konşimentoya dayanarak yaptığı yetki itirazının kabulü ile yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir” Y. 11. HD., 19.09.2016, E. 2016/6216, K. 2016/7347 (Kuru, El Kitabı, s. 198).

bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden kişilere ödemek zorundadır". Burada bahsi geçen "halef", senedin devredildiği kişilerdir¹¹². Böylece nama yazılı senetlerin alacağın temlik yoluyla devrinde (TTK m. 681/2) senedi devralan kimse, senedi devreden haklarına halef olmaktadır. Aynı esas emre ya da hamile yazılı senetlerin alacağın temlik esaslarına göre devri halinde de geçerlidir. Haliyle burada bir cüz'i halefiyet söz konusudur ve yetki sözleşmesinin tarafların haleflerini bağlayacağı yönündeki görüş kapsamında, senedi alacağın temlik yoluyla devralan kimse yetki sözleşmesiyle de bağlı olacaktır. Ancak bu bağlılık, halefin de tacir ya da kamu tüzel kişisi olması hâlinde söz konusudur.

Ciroda ise, alacağın temlikindeki halefiyetten farklı olsa da yine bir halefiyet hâlinde söz etmek gerekir. Senedin cirosu ve teslimiyle, senet üzerindeki haklar hamile geçtiğinden, senedi bu şekilde iktisap eden hamil, cirantanın hukuki halefi sayılabilir¹¹³. Bu hâlde, tacir veya kamu tüzel kişi olmak kaydıyla, cirantalar ve senedi ciro yoluyla devralan hamil de yetki kaydı ile bağlı sayılmalıdır. Söz konusu taahhütlerden her birinin ayrı bir kambiyo taahhüdü olması karşısında HMK m. 17'de öngörülen koruma her bir senet borçlusu bakımında ayrı ayrı sağlanmalıdır.

Aval verenin durumu ise, temlik eden, ciranta veya senedi devralan hamilin durumundan farklıdır. Aval, mücerret ve şahsi bir kambiyo taahhüdüdür¹¹⁴. Öyle ki, teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa bile avalistin taahhüdü geçerli kabul edilmektedir (TTK m. 702/2). Avalist de diğer senet borçluları gibi senet dolayısıyla müteselsil sorumludur (TTK m. 724/1). Aval, kambiyo senetlerine özgü bir tür kefalet olmakla birlikte, kefaletten ayrılan birçok yönü bulunmaktadır. Bu farklı yönlerden biri de halefiyet bakımındandır. Kefil, ödeme yapması hâlinde alacaklının haklarına halef olurken (TBK m. 596/1), avalist ödeme yaptığı takdirde, kambiyo senetlerinden doğan bağımsız bir başvuru hakkı kazanır (TTK m. 702/3). Yani kefilin aksine, aval veren, alacaklının haklarına halef

¹¹² Halefiyet ya alacağın devri (TBK m. 3 vd.) ya birleşme (TBK m. 136 vd.) ya da miras yoluyla ortaya çıkabilir. Poroy/Tekinalp, s. 80, N. 71. Külli halefler, mirasçılar; cüz'i halefler ise dava konusu alacağı, alacağın devri ya da borcun nakli suretiyle devralmış olan kimselerdir. Bkz. Bolayır, HMK, s. 134, dn. 9-10.

¹¹³ Baumbach/Hefermehl/Casper, Art. 14, N. 2; Naci Kınacıoğlu, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, 1999 s. 145.

¹¹⁴ Aval, mücerret nitelik göstermekle birlikte, bu durumun avalin "müstakil bir muamele olduğunu ifade manasında" olmadığı yönünde karşı. Domaniç, s. 214.

olmamaktadır¹¹⁵.

Avalist, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur (TTK m. 702/1). Söz konusu hüküm, aval verenin sorumluluk zincirindeki yerinin ve kendisine başvurulması için gereken şartların belirlenmesine yöneliktir¹¹⁶. Kanaatimizce, lehine aval verilen kimsenin tacir ya da kamu tüzel kişisi sıfatının sonucu geçerli olan yetki kaydı, salt bu nedenle avalist açısından geçerli kabul edilemez. Kaldı ki böyle bir ihtimalde, avalin kimin lehine verilmiş olduğunu dikkate almak gerekir ki, bu da yetki kaydıyla bağlı olmayan bir ciranta lehine verilen avalde aval verenin de bu kayıtle bağlı olmaması sonucunu ortaya çıkabilir. Üstelik avale aval de mümkündür. Bu tür olasılıkların uygulamada değerlendirilmesi ise oldukça güçtür.

Aval verenin lehine aval verilen kimse gibi sorumlu tutulması (TTK m. 702/1); onunla aynı şartlar altında sorumlu olması, özellikle sorumluluk zincirindeki yeri, kendisine başvuru şartları gibi hususlarda önem arz eden bir meseledir. Bağımsız bir yetki sözleşmesi özelliğine sahip olan yetki kaydının geçerliliği için aranan özel koşullar bakımından TTK m. 702/1'in etkisi bulunmamaktadır. Benzer şekilde birden fazla düzenleyeni olan senetlere konulan yetki kaydının, geçerli bir şekilde sonuç doğurabilmesi için bu kimselerin tamamı tacir ya da kamu tüzel kişisi olmalıdır.

Söz konusu açıklamalar kapsamında, yetki kaydının senet borçlularına ve hamile etkisi bakımından bu kimselerin tacir veya kamu tüzel kişisi olmayacağı yönündeki görüş kabul edildiğinde dahi, aval veren ayrık tutulmalıdır. İlke olarak ciro da aval de bir teminatı içerir. Bununla birlikte avalin teminat dışında, devir gibi bir amacı bulunmamaktadır. Giro ise aynı zamanda senedin devrine (temlik) hizmet eder. Hâl böyle olunca ciro yoluyla yapılan devirlerde, devirle birlikte halefiyet ortaya çıkarken, aval verilmesi halefiyet sonucunu ortaya çıkarmaya elverişli değildir. Zira aval veren, lehine aval verilenin yerine geçmez; yalnız onun yanında borçlu hâle gelir¹¹⁷.

¹¹⁵ Karayalçın, s. 229; Kınacıoğlu, s. 207; Öztan, Kıymetli Evrak, s. 793. Ayrıntılı bilgi için bkz. Toros, s. 34.

¹¹⁶ Söz konusu düzenlemenin ikinci fıkra ile birlikte değerlendirilmesi ve avalin şekli anlamda fer'i, maddi anlamda bağımsız bir sorumluluk olduğu yönünde bkz. Ertan Demirkapı, Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, Güncel Yayınevi, 2005, s. 116-123.

¹¹⁷ Avalistin ödeme yapması nedeniyle kendinden önce gelen senet borçlularına başvurma hakkına sahip olması durumunda halefiyetten söz edilebileceği; ancak bu hâlde de avaldeki halefiyetin kefalettenden farklı olduğu yönünde bkz. Sengir, s. 8.

Yetki kaydının tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan ciranta, avalist gibi senet sorumluları ya da hamil açısından bağlayıcı olacağı yönündeki uygulama, ilk bakışta, kanun koyucunun HMK m. 17’de kişi bakımından sınırlama getirilmesindeki amacı ile uyumlu gözükebilirse de, ciro, aval gibi kambiyo taahhütlerinden her biri birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle her bir senet borçlusu bakımından yetki kaydının etkilerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Burada yetki sözleşmesinin sonradan geçersiz hâle gelmesi sonucunun ortaya çıkmadığı, yalnız etkileri yönünden tarafların sıfatının önem taşıdığına dikkat edilmelidir. Kambiyo senedinin düzenlenmesi sırasında geçerli bir biçimde ortaya çıkan yetki kaydı, senedin tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan birine devri hâlinde geçersiz olmamakta; yalnız tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan senet borçluları açısından etkisiz kalmaktadır. Bu sonuç, kambiyo senetlerinde, senet borçluları arasında mevcut olan ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından da uygundur.

Düzenleyenin ve/veya lehtarının tacir veya kamu tüzel kişisi olmaması nedeniyle başlangıçta geçersiz olan bir kaydın, tacir ya da kamu tüzel kişisi olan ve daha sonra senede dâhil olan senet borçluları arasında geçerli kabul edilmesi de mümkündür. Örneğin, tacir bir ciranta, tacir olmayan bir kimseden devraldığı bonoyu yine bir tacire devrederse senet üzerindeki kayıt tacir olan kimseler arasındaki ilişki bakımından geçerlidir¹¹⁸. Zira taraflar ayrı bir yetki sözleşmesi yapmak, yetki kaydı ile bağlı olmadıkları yönünde bir kayıt koymak gibi imkânlarla sahip iken bunu yapmayarak senedi devretmekle, kendi aralarında bir yetki sözleşmesi yapmış olacaklardır.

Netice olarak, taraflarının sıfatı nedeniyle geçerli bir yetki kaydı, senedin tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kimselere devri ya da aval gibi hâllerde geçersiz hâle gelmemekte; bu kimseler açısından etkisizleşmektedir. Ancak yine taraflarının sıfatı nedeniyle başlangıçta geçersiz olan bir yetki kaydı, diğer senet sorumluları açısından geçerli kabul edilebilir.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydının geçersizliği her bir kambiyo

¹¹⁸ Taraflar arasındaki her bir ilişkide ayrı ayrı tacir sıfatının araştırılması gerekir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin içtihat değişikliğinden önce de bu yönde isabetli kararları bulunmaktadır. “Somut olayda, takip dayanağı bonolarda ... mahkemelerinin yetkisinin kararlaştırıldığı, lehtar ... Ltd. Şti. ’nin ve avalist ... Ltd. Şti. ’nin tacir sıfatını haiz oldukları anlaşılmaktadır. HMK’nun 17. maddesi gereğince tacirler arasında düzenlenen yetki sözleşmesi lehtar ile avalist arasında geçerlidir” Y. 12. HD., 02.03.2017, E. 2016/11521, K. 2017/3052 (Sinerji). Aksi görüşte bkz. Karşlı/Koç/Konuralp, s. 36.

ilişkisinde ayrı ayrı ele alınması gereken bir meseledir. Bu geçersizlik nispi özellik gösterir ve ancak geçersizlik nedeni şahsında doğan (kendisi ya da karşı tarafı tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kimse tarafından) herkese karşı ileri sürülebilir. Yetki kaydının senet üzerinde yer alması nedeniyle, bu kayda ilişkin bir şekli sakatlık bulunması (örneğin yetkili mahkemenin belirsiz olması gibi) durumunda, bu kaydın geçersizliğinin, senet metninden anlaşılan def'iler arasında sayılarak, herkes tarafından herkese karşı ileri sürülmesi mümkün olabilecektir.

Kambiyo senetlerinde, borçlular arasında ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur (HMK m. 58, TTK m. 724/2). İhtiyari dava arkadaşlığında davalılar, birlikte ya da ayrı ayrı dava edilebilir. İhtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hâllerde, yetki sözleşmesiyle ilgili olarak HMK m. 17'de kişi bakımından öngörülen sınırlama, bu şartlar şahsında gerçekleşmiş olan dava arkadaşı bakımından kambiyo senedindeki yetki kaydı geçerli sonuç doğuracakken, diğer dava arkadaşları bakımından etki doğurmayacaktır¹¹⁹. Çünkü ihtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsızdır ve aslında ortada dava (takip) arkadaşı kadar dava vardır. İhtiyari dava arkadaşlığında davaların istiklali (bağımsızlığı) ilkesi geçerli olduğundan, yetki, dava arkadaşlarından her biri açısından ayrı ayrı değerlendirilir. Aynı esas, ihtiyari takip arkadaşlığı bakımından da geçerlidir¹²⁰. Böylece kambiyo senetlerinde yetki kaydının düzenleyen ile lehtar dışındaki senet borçluları açısından etkileri uygulamada da önem taşımaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir sözleşmede yer alan yetki kaydı, sözleşmelerin nispiyeti kuralı uyarınca kambiyo ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişilere etkili değildir¹²¹. Kambiyo senetlerindeki bu kayıt, üçüncü kişi yararına yetki sözleşmesi olarak da kabul edilemez¹²². Yetki kaydının, senede bu kaydı koyan ile senedi alan dışındaki kimseler açısından bağlayıcılığı bakımından,

¹¹⁹ Budak, s. 20; Güray Erdönmez, "HMK. m. 57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2015, s. 731; Tanrıver, Usûl, s. 244; Yılmaz, Şerh, s. 471-472. Bu hususta oy çokluğuyla verilen bir karar için bkz. Y. HGK., 19.03.2019, E. 2017/12-721, K. 2019/324 (Sinerji).

¹²⁰ Budak, s. 21.

¹²¹ Bkz. dn. 112.

¹²² Esasen kural olarak üçüncü kişi yararına yetki sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu yetki sözleşmesinin geçerliliği de üçüncü kişinin tacir veya kamu tüzel kişisi olmasına bağlıdır. Bkz. Belgin Güneş, s. 204; Bolayır, HMK, s. 135; Bolayır, Yetki, s. 75-76.

bu kimselerin lehine olup olmamasının da bir etkisi bulunmamaktadır.

Sonuç

Yetki kaydı, kambiyo senetlerinin kanunda öngörülmemiş ihtiyari kayıtlarındandır. Bu kaydın senede konulmasına kıymetli evrak hukuku sistematığı açısından bir engel bulunmamaktadır. Kambiyo senetlerinde yetki kaydı, yazılı şeklin özelliklerini taşımakta ve HMK m. 17 ve 18’de öngörülen koşulların sağlanması şartıyla geçerli bir biçimde ortaya çıkabilmektedir.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydı, kambiyo senedinden bağımsız bir yetki sözleşmesi niteliğindedir. Öyle ki bu kaydın geçersizliği kambiyo senedini; kambiyo senedinin geçersizliği de yetki kaydını etkilemeyecektir. Bu kapsamda yetki kaydının etkilerinin değerlendirilmesinde de yetki sözleşmesine düzenlemelerden hareketle bir yorum yapmak gerekmektedir.

Yetki kaydı, HMK m. 17 gereğince düzenleyeni ve lehtarını tacir veya kamu tüzel kişisi ise geçerli olacaktır. Tacir sıfatının tespitinde TTK hükümlerinden hareket etmek gerekmektedir. Böylece yetki kaydı, tacir sayılan kimseler açısından -karşı tarafın da tacir veya kamu tüzel kişisi olması kaydıyla- geçerli bir biçimde sonuç doğurabilecekken; tacir gibi sorumlu olanlar yetki kaydı ile bağlı olmayacaktır.

Yetki sözleşmesine taraf olabilme, karşı tarafın da tacir ya da kamu tüzel kişisi olması şartıyla tacir olmanın sonuçlarındandır. Bu bakımdan tacirin, adi işlerinde de yetki sözleşmesine taraf olması mümkündür. Ancak gerçek kişi tacirin tüketici konumunda olduğu işlemlerdeki yetki kaydı, tüketici aleyhine olması hâlinde, koşulları varsa “haksız şart” (TKHK m. 6/1) olarak nitelendirilerek, geçersiz kabul edilmelidir.

Kambiyo senetlerinde yetki kaydının, aval verene, cirantaya ya da ciro yoluyla devralan hamile etkisi ise bu kimselerin tacir ya da kamu tüzel kişisi olmalarına bağlıdır. Aynı esas, alacağın temliki yoluyla devirler bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda, geçerli bir yetki sözleşmesinin yapılmasının ardından, düzenleyen ile lehtarın cüz’i ve külli haleflerinin tacir veya kamu tüzel kişisi olmaması hâlinde, yetki kaydının halefler bakımından geçersiz sayılması gerekir. Aksi yöndeki görüşlere ve içtihat değişikliğine bu yönüyle katılmak mümkün olmamaktadır. Ciro yoluyla devirlerde ya da aval hâlinde, yetki kaydının tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan ciranta ya da avaliste etki etmesine dayanak teşkil edebilecek bir düzenleme ya da hukuki ilişki söz konusu değildir. Kambiyo senetlerinde yetki kaydının senet sorumlularına ve

hamile etkisi bakımından, tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olup olmadıkları, her bir hukuki ilişkide ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akkan M., Pekcanitez Usul Medeni Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017 (Pekcanitez/*Akkan*).
- Arkan, S., Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019.
- Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E., Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Aşık İ., “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, TBB Dergisi, C. 97, 2011, s. 11-48.
- Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E., Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Aydoğan B. F., 5941 Sayılı Çek Kanunu’na Göre Yeni Çek Türleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2010, s. 86-107.
- Ayhan R./Çağlar H./Özdamar M., Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Bahtiyar M., Kıymetli Evrak Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, 2020.
- Baumbach A./Hefermehl W./Casper M., Wechselgesetz Scheckgesetz, 23. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008.
- Baumbach A./Lauterbach W./Albers J./Hartman P., Zivilprozessordnung, 1. Band, 48. Aufl., C. H. Beck, 1990.
- Belgin Güneş D., “Yetki Sözleşmeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 5, Eylül-Ekim 2012, s. 197-221.
- Bilgili F./Demirkapı E., Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayınları, 2018.
- Bolayır N., Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Beta Yayınları, 2009 (Yetki).
- Bolayır N., “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”,

- İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Eylül-Ekim 2011, s. 131-147 (HMK).
- Boran Güneysu N., “Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmelerine Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Özel Sayı 2014, s. 1067-1089.
- Bozer A./Göle C., Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2020 (Kıymetli Evrak).
- Bozer A./Göle C., Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017 (Ticari İşletme).
- Bozkurt T., Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş, Genişletilmiş 3. Baskı, Legem Yayınları, 2019.
- Börü L., “Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu ile Takipte Yetki”, AÜHFD, C. 65, S. 1, 2016, s. 137-182.
- Budak A. C., “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, MİHDER, C. 8, S. 21, 2012/1, s. 1-41.
- Can M., Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, İmaj Yayınevi, 2015 (Kıymetli Evrak).
- Can M., “Donatma İştirakında Tacir Sifatının Aidiyeti ile Müşterek Donatanlar Hakkında da İflâs Kararının Verilip Verilmeyeceği Meselesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 907-930 (Donatma İştiraki).
- Can O., “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir”, Batider, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, s. 237-263 (Tacir).
- Can M. Ç./Kaşak F. E., “Ticarî Borçlara Kefalet Hâlinde Ticarî İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirtilmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, Şubat 2020, s. 266-277.
- Çamoğlu E., Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Çağlayan R., “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 373-398.

- Demirkapı E., Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, Güncel Yayınevi, 2005.
- Domaniç H., TTK Şerhi, C. IV, Kıymetli Evrak Hukuku, Eskin Matbaası, 1990.
- Erdönmez G., “HMK. m. 57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2015, s. 695-755.
- Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016.
- Eriş G., Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Seçkin Yayınları, 2014.
- Göle C., “Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı”, Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağanı, Ankara 2015, s. 873-881.
- Helvacı M., “Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları”, İÜHFM C. LXXI, S. 2, 166, 2013, s. 165-192.
- İmregün O., Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, 2003.
- İnan N./Kıvanç S., “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 6-7 Ocak 1984, s. 127-184.
- Jacobi E., Wechsel- und Scheckrecht, Walter de Gruyter & Co, 1956.
- Karayalçın Y., Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, 1970.
- Karşlı A., Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, 2014.
- Karşlı A./Koç E./Konuralp C. S., Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemler Konular, 2014.
- Kayar İ., Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013.
- Kayıhan Ş., Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020.
- Kendigelen A./Kırca İ., Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Basıdan 4. Tıpkı Bası, 2020.

- Kendigelen A., Çek Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Kınacıoğlu N., Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, 1999.
- Kuru, B., İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019 (İcra İflas).
- Kuru B., Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I, Yetkin Yayınları, 2020 (El Kitabı).
- Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (C. 1).
- Kuru B., İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, 2016 (İstinaf).
- Meraklı Yayla D., “Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2015, s. 1987-2013.
- Moroğlu E./Kendigelen A., İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2014.
- Musielak H.-J./Voit W. (Hrsg.), Zivilprozessordnung: ZPO, 17. Neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2020 (Musielak/Voit/Heinrich).
- Özbay İ., “Donatma İştirakinin İflâsı”, Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 157-198.
- Öztan F., Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1997 (Kıymetli Evrak).
- Öztan F., Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019 (Ders Kitabı).
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M., İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Peksöz V., Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, Oniki Levha Yayınları, 2020.

- Poroy R., Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 11. Bası, Beta Yayınları, 1989.
- Poroy R./Tekinalp Ü., Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Rosenberg L./Schwab K. H./Gottwald P., 17. Aufl., Zivilprozessrecht, C. H. Beck, 2010.
- Pulaşlı H., Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Reisoğlu S., Çek Hukuku, Cem Ofset, 2011.
- Sengir T., Aval Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1967.
- Stein F./Jonas M. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1. Band, §§ 1-40, (§§ 38-40, Bork XII/2002), 22. Aufl., Mohr Siebeck, 2003 (Stein/Jonas/Bork).
- Şener O. H., Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, 2021 (Ticari Uyuşmazlıklar).
- Şener O. H., Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020 (Emsal Kararlar).
- Tanrıver S., Medenî Usûl Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları, 2016 (Usûl).
- Tanrıver S., “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, 2014, s. 459-468 (Yetki).
- Tekil, F., Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1994.
- Tuna E./Göç Gürbüz Ç., Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, Beta Yayınları, 2018.
- Tüzemen Atik E., Açık Kambiyo Senetleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019.
- Umar B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Uyar T., “İcra Hukukunda Bononun (Emre Muharrer Senet’in Geçerlilik Koşulları), TBB Dergisi, S. 74, 2008, s. 290-325.
- Uyar T./Uyar A./Uyar C., İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK m. 167-

170b), Bilge Yayınevi, 2013.

Ülgen H./Helvacı M./Kaya A./Nomer Ertan N. F., Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021.

Ülgen H./Helvacı M./ Kaya A./Nomer Ertan N. F., Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.

Ülgen H./Helvacı M./Kendigelen A./Kaya A./Nomer Ertan N. F., Ticari İşletme Hukuku, 5. (Tıpkı) Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015.

Üstündağ S., “Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları”, İÜHFİM, 1961, C. 27, S. 1-4, s. 310-339.

Yağmur S., “Türk Hukukunda Çeke Konulabilecek Kanunda Öngörülmeyen Bazı İhtiyari Kayıtlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 2867-2892.

Yılmaz E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.

KİŞİSEL BİLGİSAYAR DONANIMI VE YAZILIM KULLANIM LİSANSININ HACZİ

Emre KIYAK*

ÖZ

Kişisel bilgisayarlar sadece donanım unsurlarından meydana gelmeyip üstlendikleri fonksiyonları yerine getirebilmek için gayri maddi mal niteliğindeki yazılım olarak adlandırılan bileşenlere de ihtiyaç duyarlar. Bu durum, kişisel bilgisayarların hukuki niteliklerini belirlerken donanımlar ile yazılımlar noktasında farklı bakış açılarının benimsenmesini gerekli kılmaktadır. Kişisel bilgisayar donanımı eşya hukuk anlamında bir eşya topluluğu iken, yazılımlar ise fikri mülkiyet hukuku anlamında eser niteliğindedir. Kişisel bilgisayarın sahip olduğu bu özellikler, haciz işlemine konu olduklarında da böyle iki boyutlu bir bakış açısının benimsenmesi gerekeceğini ortaya koymaktadır. Buna göre bilgisayar donanımı haczedilirken bunun taşınır bir eşya olduğu göz önünde bulundurulacak, buna mukabil yazılımlar açısından haczin konusunu, aslında yazılımın kendisi değil, borçlunun bu yazılımı kullanmak için sahip olduğu lisans oluşturacaktır. Bu nedenle yazılım kullanım lisansları, taşınırın haczine dair hükümlere göre değil, intifa hakkının haczine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmak suretiyle haczedilmelidir. Kişisel bilgisayarlar günümüzde temel ihtiyaç ya da mesleki ihtiyaç olması sebepleriyle haczi caiz olmayan mal niteliğine bürünebilirler. Bunun yanı sıra, ihtiva ettikleri kişisel veriler ve diğer önemli bilgilerden dolayı sabit diskler – her ihtimalde – haczi caiz olmayan mal olarak edilmelidir.

Anahtar Kelimeler : Kişisel Bilgisayar, Bilgisayar Donanımı, Yazılım Lisans Sözleşmeleri, Eşya Topluluğu, Haciz.

ATTACHMENT OF PERSONAL COMPUTER HARDWARE AND SOFTWARE USAGE LICENSE

ABSTRACT

Personal computers do not only consist of hardwares but also need incorporeal properties called software to perform their functions. Therefore it's necessary to adopt different perspectives in terms of hardwares and softwares while determining the legal characteristics of personal computers. While personal computer hardware

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Rize Recep Tayyip Erdoğan Üniv. Hukuk Fak. Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku ABD/RİZE, **e-posta:** dr.emrekiyak@yandex.com

ORCID : 0000-0001-9795-8642

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933969

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/04/2021

is a collection of properties in the sense of law of property, software is a work in terms of intellectual property law. These features of personal computers reveal that such a two-dimensional perspective will need to be adopted when they are subject to attachment proceeding. Accordingly, when the computer hardware is confiscated, it will be considered that it is a movable. Otherwise, in terms of software, the subject of the attachment will not be the software itself, but the license of the debtor to use this software. Therefore, software usage licenses should be confiscated by applying the provisions on the attachment of the usufruct by analogy, not according to the provisions regarding the seizure of movables. Nowadays, personal computers can be regarded as non-seizable properties due to basic or professional needs. In addition, due to the personal data and other important information they contain, hard drives should be considered - in all likelihood - non-seizable properties.

Keywords : *Personal Computer, Computer Hardware, Software Licence Agreements, Collection of Properties, Attachment*

Giriş

Çağımızda günlük yaşamın ve iş ilişkilerinin vazgeçilmesi oldukça güç bir değeri hale gelen bilgisayar, sadece gözle görülen, elle tutulan somut bir nesneden ibaret değildir. Gerçekten bu cihazları anlamlı hale getiren, diğer deyişle onları iş ilişkilerinde çeşitli fonksiyonlar üstlenebilecek bir konuma getiren, içlerinde barındırdıkları yazılımlardır. Bilgisayar tanımı ne kadar geniş bir perspektiften yapılırsa yapılsın bu durum değişmemektedir. Sadece mekanik bir alet, bir makine olarak nitelendirilmekten oldukça uzak olan bilgisayarların sahip oldukları kendine has özellikler, hukuki açıdan da, onları alene bir eşya olarak değerlendirmemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, maddi hukuk açısından bir bilgisayar üzerindeki hak sahipliğini tespit ederken donanım ve yazılımlar açısından ayrıma gidilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. İcra hukuku açısından da böyle bir ayrıma gitme zorunluluğu yine mevcut olacaktır.

Gerçekten bir bilgisayar hacze konu edildiğinde, sadece onu oluşturan donanım malzemeleri değil, içinde barındırdığı yazılımların da bu haciz kapsamında değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği sorunu gündeme gelecektir. –Kişisel bilgisayarlar- özelinde bu soruna odaklanan çalışmanın amacı, bilgisayarın (donanımının) eşya hukuku açısından bir –eşya topluluğu- olmasının hacizde göstereceği özellikleri ortaya koymanın yanı sıra (ve özellikle) bilgisayarda yer alan veri taşıyıcısında (sabit diskte) yüklü

olan ve fikri mülkiyet hukukuna göre eser olarak kabul edilen yazılımlar üzerindeki kullanım lisanslarının (ruhsatlarının) –bilgisayar donanımından ayrı olarak- haczedilmesi gerektiğine vurgu yaparak, uygulamada bu noktada ortaya çıkabilecek sorunlara işaret etmektir. Belirtilen amaç doğrultusunda çalışmada öncelikle bilgisayarı meydana getiren bileşenlerin neler olduğu, zorunlu bileşenler (1.1.) ve yardımcı bileşenler (1.2.) şeklindeki bir ayrım ile ele alınacak, bu ayrımın eşya hukukundaki bütünleyici parça – eklenti ayrımıyla örtüşmediği vurgulandıktan (1.3.) sonra, eşya hukuku açısından kişisel bilgisayarları onu meydana getiren bileşenler arasındaki ilişki aydınlığa kavuşturulmaya çalışılacaktır (2.1.). Yine bu kısımda, kişisel bilgisayarlarda yüklü yazılımların hukuki açıdan durumuna, bir kişisel bilgisayarın olmazsa olmaz yazılım bileşenleri niteliğindeki işletim sistemi ve bios örnekleriyle kısaca işaret edilecektir (2.2.). Çalışmanın ana konusu olarak “kişisel bilgisayarın donanımı ve yazılımının hacizde gösterdiği özellikler” başlığı (3.) altında, önce haczin hukuki niteliği ve borçlunun tasarruf yetkisine getirdiği kısıtlamalara değinilerek (3.1.) bir eşya topluluğu olarak kişisel bilgisayar donanımının hacizde gösterdiği özellikler ele alınacak (3.2.), sonrasında ise yazılım üzerindeki kullanım lisansının haczinin mümkün olup olmadığı meselesi (3.3.), yazılım lisans sözleşmesinden doğan kullanım lisansının gösterdiği özellikler (3.3.1.), bu kullanım lisansının devredilebilirliği ve yazılım kullanım lisansının haczine uygulanacak hükümler çerçevesinde ele alınacaktır (3.3.2.). Bu kısımda ayrıca, kişisel bilgisayarın haczinin caiz olmayacağı durumlar (3.4.), kişisel bilgisayarın temel ihtiyaç olması (3.4.1.) veya mesleki ihtiyaç olması (3.4.2.) sebepleriyle haczedilmezliği çerçevesinde ele alınacak ve sabit diskin her ihtimalde haczi caiz olmayan mal olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşlerimiz dile getirilecektir (3.4.3.). Çalışma konusu açısından önem arz eden çıkarımlar ise sonuç bölümünde sunulacaktır.

1. Bilgisayarı Meydana Getiren Bileşenler

Sözlükte, “çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin”¹ olarak tanımlanan *bilgisayar*, bu tanımdaki fonksiyonu icra edebilmek için bazı bileşenlere ihtiyaç duyar. Kabul etmek gerekir ki, bu bileşenlerin hemen hepsi aynı önemi haiz değildir. Bu bağlamda, bilgisayarı meydana getiren bileşenleri **zorunlu bileşenler** ile **yardımcı bileşenler** olmak üzere ikiye ayırmak yanlış olmaz. Zorunlu bileşenler elektronik bir cihazın

¹ TDK Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2020.

bilgisayar olarak nitelendirilmesi için – olmazsa olmaz – bileşenlerdir. Buna mukabil, yardımcı bileşenler, bir bilgisayarın, üstlenmiş olduğu fonksiyonları yerine getirmeyi kolaylaştıran bileşenlerdir. Böyle bir ayrıma giderken, biraz önce verilen bilgisayar tanımında yer alan unsurların genişletilmesi *fikrimizce* isabetli olacaktır.

Gerçekten bilgisayarı, sadece aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilen bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik bir araç olarak ele almak, dışarıdan bir veri girişi olmadan (farklı verilerle beslenmeden) kendi içindeki – değişmez – veri kümesini sürekli aynı işlemlere (programa) tabi tutarak sonuç üreten basit elektronik cihazların² da bilgisayar olarak nitelendirilebilmesine yol açabilecektir ki, böyle bir nitelendirmenin isabetli olacağı *kanımızca* tartışmaya açıktır. Elektronik bir yapının bilgisayar olarak nitelendirilebilmesi için sadece aritmetiksel veya mantıksal bir işlemi, önceden tanımlanan bir programa göre sonuçlandırma fonksiyonuna sahip olması yeterli görülmemelidir. Böyle bir yapının bilgisayar olarak nitelendirilebilmesi için; önceden tanımlanan (verilen) program emir(ler)ine tabi tutulacak verileri alabileceği (bu verilerin girilebileceği/ gönderilebileceği/aktarılabileceği) bir *veri giriş birimi*³ (**girdi birimi**) ve program emir(ler)i uygulanarak ortaya çıkan sonucun işlerlik kazanabilmesi (görüntülenebilmesi/kullanılabilmesi/başka bir birime aktarılabilmesi) için bir *veri çıkış birimi*⁴ (**çıkıktı birimi**) ihtiva etmesi kaçınılmaz olacaktır. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda *bilgisayar* şu şekilde tanımlanabilir: “*Sahip olduğu veri giriş birim(ler)inden almış olduğu veri kümelerinin oluşturduğu çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş ya da tanımlanmış program(lar)a göre sonuçlandırıp bu sonucu*

² Bu türden cihazlara misal olarak *çakar lambaları* vermek mümkündür. Bu cihazlar, (dışarıdan) farklı verilerle beslenmeden, entegre devrede tanımlanmış basit bir emir dizgesine göre çalışmaktadır.

³ Burada *girdi birimi* ile kastedilen, klavye, fare, dokunmatik ekran gibi *veri giriş elemanları* olmayıp bu elemanlar kullanılarak veri girişi yapılabilmesine olanak sağlayan *donanımsal bağlantı arayüzleridir*. Bu bağlamda, günümüzde pek rastlanmayan PS/2 bağlantı arayüzü (PS/2 girişi), USB bağlantı arayüzü (USB girişi), ağ bağlantı arayüzü (Ağ girişi) veri giriş birimi olarak nitelendirilebilir.

⁴ Burada *çıkıktı birimi* ile kastedilen, bilgisayar ekranı (monitor) ya da yazıcı gibi *veri çıkıktı elemanları* olmayıp bilgisayar tarafından üretilen verilerin (program sonuçlarının) kullanılmasına/görüntülenmesine/başka bir birime aktarılmasına olanak sağlayan *donanımsal bağlantı arayüzleridir*. Bu bağlamda, VGA bağlantı arayüzü (VGA çıkıktı), HDMI bağlantı arayüzü (HDMI çıkıktı), USB bağlantı arayüzü (USB çıkıktı) veya ağ bağlantı arayüzü (Ağ çıkıktı) veri çıkıktı birimi olarak nitelendirilebilir. Dikkat edilirse, USB ve ağ gibi bazı bağlantı arayüzleri, hem veri giriş birimi hem de veri çıkıktı birimi olarak fonksiyon üstlenmektedir.

(gerektiğinde) sahip olduğu veri çıkış birimlerine aktarma özelliklerine sahip elektronik araç, elektronik beyin⁵. Yukarıdaki tanım çerçevesinde, bir bulaşık veya çamaşır makinesinin beyni⁵, bir otomobilin elektronik kontrol ünitesi⁶ (**Electronic Control Unit: ECU**) bilgisayar olarak nitelendirilebileceği gibi, sunucular, kişisel bilgisayarlar, cep telefonları da birer bilgisayar olarak nitelendirilebilecektir.

1.1. Bilgisayarın Zorunlu Bileşenleri

Yukarıdaki (genişletilmiş) bilgisayar tanımı dikkate alınarak, bir bilgisayarın zorunlu unsurlarının neler olduğu sorusuna cevap verirken, görecelilikten bir nebze de olsa sıyrılmak mümkün olabilecektir. Söz konusu tanım dikkate alındığında bilgisayar olarak nitelendirilebilecek elektronik bir mekanizmanın şu unsurlara sahip olması gerekeceği açıktır: Veri girişine imkân tanıyan **girdi birimi**, girilen verilerin işlenebilmesi ve bir sonuç üretilebilmesi için gerekli temel unsur olan **işlemci**, hem girilen verilerin hem bunları işleme tabi tutan program(lar)a ait verilerin ve program emir(ler)inin ürettiği sonuç(lar)ı içeren verilerin – geçici ya da kalıcı – olarak tutulmalarına/saklanmasına izin veren bir **bellek**, üretilen sonuç(lar)a ait verilerin **gerektiğinde** görüntülenmesine/kullanılmasına/başka bir birime aktarılmasına imkân tanıyan **çıkış birimi**, verileri sonuç üretmek üzere işleyen **program(lar)** yani **yazılım(lar)**. Burada sayılan donanım bileşenlerinin (girdi birimi, işlemci, bellek, çıktı birimi) hepsi tek bir **entegre devre** üzerinde bir araya getirilmiş olabileceği gibi bunlardan bağımsız bir elektronik devre elemanı (**anakart**) üzerinde bir araya getirilmesi de ihtimal dâhilindedir. Elbette tüm elektronik cihazlar gibi, bilgisayarların da bir **güç besleme ünitesine** sahip olması gerekeceği açıktır.

1.2. Bilgisayarın Yardımcı Bileşenleri

Teknik olarak, yukarıda (1.1.) verilen unsurlar, bir cihazın bilgisayar olarak nitelendirilmesi için *fikrimizce* yeterlidir. Buna mukabil, söz konusu unsurlar bir araya gelse de, bir bilgisayarın, üstlendiği fonksiyon(ları) yerine getirmesinin anlam ifade edebilmesi *veri giriş elemanları* ile *veri çıkış*

⁵ Kullanıcının düğme, dokunmatik ekran panelinden yapmış olduğu seçimleri (veri kümesini) daha önce belleğe yüklenmiş program(lar)a göre işleyerek, ürettiği sonucu veri çıkış kanallarından ilgili birimlere (motor, deterjan besleme ünitesi...) aktaran elektronik cihaz.

⁶ Sürücünün, gaz pedalına uyguladığı kuvvet, seçili vites, mevcut hız gibi verileri, daha önce belleğe yüklenmiş program(lar)a göre işleyip ürettiği sonuçları, veri çıkış kanallarından ilgili birimlere (yakıt besleme ünitesi, ABS sensörleri...) aktaran elektronik cihaz.

elemanlarının bulunmasına bağlı olacaktır. Bu bağlamda, şimdi belirtilecek unsurları, bilgisayarın yardımcı bileşenleri olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Şu halde, mesela, **kişisel bilgisayarlar (personal computer; PC)** için, klavye, fare, dokunmatik ekran, touchpad gibi veri girişi yapmaya olanak sağlayan elemanlar ile monitör, yazıcı gibi veri çıkış elemanları onun (kişisel bilgisayarın) yardımcı bileşenleridir. Bunun gibi bir **sunucu (server)** için bağlı olduğu **ağ (network; intranet veya world wide web; www)** onun yardımcı bileşenidir.

1.3. Zorunlu Unsur – Yardımcı Unsur Ayrımının Bütünleyici Parça – Eklenti Ayrımıyla Örtüşmezliği

Konunun hukuki boyutuna girmeden önce, yukarıda yapılan *zorunlu bileşen – yardımcı bileşen* ayrımının, ileride (2.1.1.) değinilecek olan (kişisel) bilgisayarın *bütünleyici parçaları ve eklentileri* ayrımıyla örtüşmeyeceğini şimdiden ifade etmekte yarar vardır. Bu örtüşmezliğin temel sebebi, - hukuki açıdan – bir şeyin bütünleyici parça veya eklenti olarak nitelendirilmesi için kabul edilen kriterlerin oldukça farklı olmasıdır. Şimdiden belirtilmesine yarar olan bir başka husus da, - hukuki açıdan – bir bilgisayarın bütünleyici parçalarının ve eklentilerinin neler olduğu sorusuna cevap ararken *göreceliliği*⁷ azaltmak üzere, bilgisayar kavramının somutlaştırılması gerektirir. Çünkü bir otomobilin *elektronik kontrol ünitesi* ile kişisel bir bilgisayarın, üstlendikleri fonksiyonları aynı unsurlara sahip olarak ifa ettikleri söylenemez. Bu doğrultuda devam eden başlıklarda, bilgisayar tabiri ile kastedilenin **kişisel bilgisayar** (personal computer; PC) olacağını ve bütünleyici parça – eklenti ayrımında bu bilgisayar türünün esas alınacağını vurgulamak gerekir.

2. Eşya Hukuku Açısından Kişisel Bilgisayar

Kişisel bilgisayarın tanımını yapabilmek için, bu bilgisayar türünden hangi fonksiyonları üstlenmesi gerekeceğine yönelik – en temel düzlemde – bir cevap bulabilmek önem arz etmektedir. Günümüzdeki birçok elektronik cihazın birbirine benzer fonksiyonlar üstlenebileceği olgusu karşısında, bunların hemen hepsini kişisel bir bilgisayar olarak nitelendirmek mümkündür. Gerçekten bugün, yaygın olarak kullanılan cep telefonlarının sahip olduğu donanım kapasiteleri, işletim sistemlerindeki gelişmişlik ve kullanıcı arayüzlerinin ulaştığı düzey, masaüstü bilgisayarda yapılan birçok işlemin bunlarla da yapılabilmesine imkân tanımaktadır. Bu durum ise,

⁷ Bkz. Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, 2009, s. 49-50; Rona Serozan, Eşya Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014, s. 220.

kişisel bilgisayar olarak nitelendirilebilecek cihazları sınırlandıran bir tanım yapılabilmesini *kanımızca* zorlaştırmaktadır. Buna rağmen, oldukça kapsayıcı ve soyut bir tanım olarak şu cümleyi kurmak mümkün olabilir: *Kişisel bilgisayar, bilgi çağının gerektirdiği temel enformasyon ihtiyaçlarını karşılamak üzere – herhangi bir operatöre ihtiyaç duyulmaksızın – kullanılabilen bilgisayar türüdür.* Bu şekilde yapılan tanımda, bir cihazın kişisel bilgisayar olarak nitelendirilebilmesi için şu üç unsurun ön plana çıkacağı açıktır: İlk olarak, söz konusu cihaz bir bilgisayar olacak, ikinci olarak kullanımı için üçüncü bir kişiye (operatöre) ihtiyaç duyulmayacak, yani doğrudan kullanılması mümkün olabilecek, son olarak ise bu bilgisayar bilgi çağının temel enformasyon ihtiyaçlarını karşılama fonksiyon(lar)ını üstlenecek. Bu son unsur, oldukça göreceli ve soyuttur. Bilgi çağının temel enformasyon ihtiyaçlarının neler olabileceğine yönelik herkesin kabul edebileceği bir değerlendirmede bulunabilmek *kanımızca* oldukça güçtür. Bununla birlikte, dünya çapındaki ağa erişmek (günlük tabiriyle internete girebilmek) bu ihtiyaçlar arasında (günümüz için) belki de en önemli kalemi oluşturmaktadır. Konuyu daha somut bir düzleme taşıyabilmek amacıyla devam eden açıklamalarda kişisel bilgisayar ile kastedilenin masaüstü bilgisayarlar olduğunu belirtmekte şimdiden yarar vardır.

Ekonomik değere sahip *taşınır* bir malvarlığı unsuru olan *kişisel bilgisayar*, (anakart, işlemci, rastgele erişilebilir bellek...gibi) birçok *donanım bileşenin* bir araya getirilmesiyle meydana gelmekte ve ayrıca *temel giriş/çıkış sistemi* (Basic Input/Output System; BIOS) ve *işletim sistemi* olarak adlandırılan iki yazılım bileşenine sahip olmakla özgülediği amaca hizmet edebilecek bir yapıya kavuşmaktadır. Kişisel bilgisayarı oluşturan tüm bu bileşenler arasındaki ilişkinin – hukuki açıdan – irdelenmesi, haczin konusu olarak bunların nasıl ele alınacağı noktasında daha isabetli yaklaşımların ortaya konmasına katkı sunacaktır. Tam bu noktada, *şey, mal* veya *eşya* kavramlarının birbiri yerine kullanıldığını⁸ görebilmekle birlikte, her üç kavramın – terminolojik açıdan – birbirinden farklı olduğu dikkate alındığında, bilgisayarın hangi terim kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirlemek yararlı olacaktır: Yukarıda ifade edildiği üzere, bir bilgisayar (ve bu arada kişisel bilgisayar), hem donanım diye adlandırılan *maddi malların* hem de yazılım diye adlandırılan *gayri maddi malların* bir araya getirilerek aynı amaç(lar)a özgülenmesiyle üstlendiği fonksiyonları ifade edebilecek bir

⁸ Bkz. Abdulhamid Onuş, 'Eklenti Kavramı ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçlar' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2018), s. 10.

konuma gelmektedir. Yazılım üzerindeki hakların farklı bir statüye sahip olacağı (3.3.1.) dikkate alındığında, kişisel bilgisayarın eşya statüsüne sahip olacağı noktasında tereddüt edilmesine yol açmayacak boyutu, onun, donanımı (diğer deyişle cismani boyutu) olacaktır.

2.1. Bir Eşya Topluluğu Olarak Kişisel Bilgisayar Donanımı

Bilindiği üzere eşyalar “yapı ve kullanılış şekline göre” çeşitli türlere ayrılmaktadır: Buna göre, bünyeleri, yapıları bakımından bir cinsten, yani tek bir maddeden, tek bir parçadan ibaret olan eşyalara *yalın eşya*, birden fazla yalın eşyanın az çok birbirinden ayıramayacak şekilde bir araya gelmesi veya getirilmesiyle meydana gelen eşyaya ise *eşya topluluğu* denmekte; eşya topluluğunu meydana getiren yalın eşyalar arasındaki ekonomik bağıllık, yani sağladıkları pratik ve ekonomik yarar gevşek olduğu takdirde, bu eşyalardan her biri ekonomik ve hukuki özerkliklerini korumakta; diğer deyişle, bu yalın eşyalardan her biri az çok bağı bağına bağımsız bir eşya olma niteliğini devam ettirmektedir. Bu şekilde, sürekli bir ekonomik amaç için bir araya getirilmiş olmakla birlikte, kullanılışları bakımından birbirine eşdeğer olan eşya toplulukları, *eşya birliği* olarak isimlendirilmektedir. *Eşya birliğindeki eşyalar*, kendi hukuki varlıklarını, bağımsız eşya olma niteliklerini korumakta oldukları için, eşya birliği bir bütün olarak aynı haklara konu olamamaktadır⁹.

Bazı durumlarda, eşya topluluğunu meydana getiren eşyalar arasındaki birleşme, eşyanın tahsis edildiği ekonomik amaç (yani eşyanın kullanılışı) bakımından çok sıkı olabilmekte ve bu sıkı bağlantı sebebiyle, söz konusu topluluğu meydana getiren eşyalardan sadece birinin bile yokluğu, diğerlerinin kendilerinden beklenen kullanılış şeklini (ekonomik fonksiyonunu) yerine getirmesine engel olabilmektedir¹⁰. Burada önemli olan nokta; hukuk düzeninin de bu gibi birlikteliklerde, *eşya birliğinin aksine*, bir araya gelen yalın ve bağımsız eşyaları bir bütün olarak kabul etmesi; diğer deyişle, eşya topluluğunu meydana getiren çeşitli yalın eşyaların gerek ekonomik bakımdan, gerek hukuki bakımdan bağımsız birer eşya olma niteliğini kaybederek, bunların birleşmesinden *yeni bir eşyanın* ortaya çıkması olup birleşen yalın eşyaların oluşturduğu yeni eşya, iş ilişkilerinde *asıl şey*, *asıl eşya*, *asli eşya* şeklinde,

⁹ Bkz. Akıntürk, s. 45 vd; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 11-12; Serozan, s. 75; (eşya topluluğu terimiyle) Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2016, s. 53.

¹⁰ Akıntürk, s. 46-47; Serozan, s. 222; Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2017, s. 261.

Medeni Kanun'da ise *asıl şey* olarak nitelendirilmesidir¹¹. Kişisel bilgisayar *donanımını*, bu türden bir eşya topluluğu olarak nitelendirmek mümkündür. Gerçekten, kişisel bilgisayarı oluşturan *temel* (zorunlu) “donanım bileşenleri”, ayrı ayrı bağımsız birer eşya ve ayrı ayrı hukuki işlemlere konu olabilmekle birlikte, bir bilgisayarı meydana getirmek üzere bir araya getirildiklerinde, maddi, fiziki ve ekonomik olarak sıkı bir bağlılığa bürünüp adeta oluşturdukları yeni eşyanın (bilgisayarın) içinde erimekte ve bu yeni eşyanın (bilgisayarın) kısımları (parçaları, cüz'leri) olarak nitelendirilmektedir¹². Bu yeni *bileşik* (*asli*) *şeye* birleşmek (takılmak) suretiyle hukuken ve kullanılışları bakımından bağımsız eşya olma niteliğini kaybetmiş olan eşyalar, *artık, bağımlı eşya* adını almakta ve bu birliktelik boyunca – **kural olarak** – tabi oldukları asli şeyin (bilgisayarın) kaderini paylaşmaktadır. Bunun için de asıl eşyadan ayrı olarak aynı haklara konu olamamaktadır¹³.

Asli şeye bağlı olan – bağımlı eşyalar – bu birliktelik boyunca artık, asıl eşya ile aralarındaki bağlılığın derecesine göre *tamamlayıcı parça veya eklenti* olarak nitelendirilmektedir¹⁴. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), bütünleyici parçayı (mütemmim cüz'ü), yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parça (TMK m. 684/2) olarak tanımlamaktadır. Eklenti (teferruat) ise, aynı Kanun'da, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır mal (TMK m. 686/2) olarak tanımlanmıştır. Öğretide gerek bütünleyici parçanın gerek eklentinin, *eşya* olması gerektiği, diğer deyişle *hakların* bütünleyici parça veya eklenti olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁵. Maddî bir niteliği olmayan, gayri maddî mallar olarak da adlandırılan, fikir ve sanat eserleri ile teknolojik buluşlar Türk medenî hukuku açısından eşya olarak nitelendirilmediğinden¹⁶ 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı

¹¹ Akıntürk, s. 47.

¹² Bkz. Akıntürk, s. 47.

¹³ Akıntürk, s. 47.

¹⁴ Akıntürk, s. 47.

¹⁵ Bütünleyici parça için bkz. Sirmen, s. 259; Serozan, s. 221; Eren, s. 57; Akıntürk, s. 51. Eklenti için bkz. Onuş, s. 36-37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 296; Eren, s. 74.

¹⁶ Gökhan Şahan, ‘Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi’ (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2015), s. 23; Özge Erbek, ‘Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukuki

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) eser türleri arasında sayılmış *bilgisayar programların* (yazılımlar) da eşya olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır¹⁷. Şu halde yazılımların, kişisel bir bilgisayarın (veya daha özelde, bu yazılımlara ilişkin verileri ihtiva eden bellek ünitesinin, mesela sabit diskin) bütünleyici parçası yahut eklentisi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda, kişisel bilgisayarın bütünleyici parçalarını ve eklentilerini (onun) donanım unsurlarına hasrederek ele almak (2.1.1) ve yazılımları (özellikle BIOS ve işletim sistemini) ayrı bir başlık altında değerlendirmek (2.2.) isabetli olacaktır.

2.1.1. Kişisel Bilgisayarın Bütünleyici Parçaları ve Eklentileri

Yazılımların – Türk hukukuna göre – eşya olarak kabul edilmemesi ve bu nedenle bütünleyici parça ya da eklenti olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığından hareket ederek, bütünleyici parça – eklenti ayrımının bilgisayarın donanım unsurlarına hasredilerek ele alınması gerekecektir. Bu noktada da, *görecelik* devreye girecek ve bilgisayarı (asli şey) oluşturan hangi bağımlı eşyaların bütünleyici parça ya da eklenti olarak nitelendirileceğinde, bilgisayarın özgülendiği amaç, hukuki bir ifadeyle “*ekonomik fonksiyon*” dikkate alınacaktır. Çünkü, bilgisayar tanımı içerisinde değerlendirilebilecek cihazların günlük hayatta ve iş ilişkilerinde üstlendikleri fonksiyonlar birbirinden farklı olabilir bu farklılık onların donanım unsurlarına da yansımaktadır. Mesela bir otomobilin elektronik kontrol ünitesinin donanım unsurları ile bir cep telefonunun donanım unsurları aynı değildir. Bu gerçek karşısında, konu – sadece kişisel bilgisayarların donanım unsurları – açısından ele alınacaktır. Fakat (daha önce belirtildiği üzere) bu noktada bile bir göreceliğin mevcut olması, diğer deyişle kişisel bilgisayar kavramı içinde değerlendirilebilecek elektronik cihazların oldukça çeşitli olabilmesi (cep telefonları, dizüstü bilgisayarlar, tabletler...) sebebiyle, konunun somut bir örnek üzerinden ele alınması yararlı olacaktır. Bu doğrultuda, çalışmada devam eden tüm başlıklar açısından – masaüstü bilgisayarlar – esas alınacaktır. Bu somutlaştırma doğrultusunda – günümüzün temel enformasyon ihtiyaçları da dikkate alınarak – kişisel bir bilgisayarın (masaüstü bilgisayarın), herhangi bir bilgisayarı meydana getirmek için gerekli olan *girdi birimi, işlemci, bellek, çıktı birimi, anakart, güç besleme ünitesi* unsurlarının yanı sıra, bu unsurlardan oluşan bütünü dış etkenlerden korumaya yönelik

Niteliği”, 2009, 11(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 41; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 7-8; Sirmen, s. 5; Eren, s. 53.

¹⁷ Yazılımları eşya olarak kabul eden ve etmeyen görüşler için ayrıca bkz. Şahan, s. 14-24.

bir **muhafazaya** (*bilgisayar kasası*) sahip olması gerekeceği söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, günümüz kişisel bilgisayarlarının donanım mimarileri dikkate alındığında, yukarıda sayılan temel unsurlar da belirli ölçüde özel bir görünüm arz edecektir. Gerçekten kişisel bilgisayarlarda temel bellek üniteleri, *rastgele erişilebilir bellek* ve *sabit disk* adı verilen iki ayrı yapıya sahip olacaktır. Bunun yanı sıra, günümüzde neredeyse tüm bilgisayarlarda bir *girdi/çıkı* birimi olarak ağ bağlantı arayüzünün (donanımının) bulunduğu da yadsınamaz. Bunun gibi, ses verilerinin iletişimini sağlamak üzere gerekli bir donanımsal bağlantı arayüzüne (ses kartına) de günümüzde neredeyse tüm kişisel bilgisayarlar sahiptir. İşte bu sayılan donanım unsurlarının hemen hepsi bir cihazın kişisel bilgisayar olarak nitelendirilmesi için temel unsurlar olup hukuki anlamda onun bütünleyici parçaları (mütemmim cüz'ü)dür. *Fikrimizce* sayılan tüm bu unsurlar açısından, bunların – hukuki anlamda – eklenti olarak nitelendirileceğini ileri sürmek mümkün olmamalıdır. Buna mukabil, - kişisel bilgisayarlar açısından – tartışmaya açılacak mesele, bir çıktı elemanı olarak bilgisayar ekranı (monitor) ve bir girdi elemanı olarak klavyenin, bütünleyici parça mı yoksa eklenti mi sayılması gerektiğidir. Bu noktada *isabetli* bir değerlendirme yapabilmek için bağımlı eşyanın asıl eşyanın bütünleyici parçası sayılmasına yönelik getirilen kriterlerden biri olan *iç ilişki* (yani asıl eşya ile bütünleyici parçalar arasındaki ekonomik ilişki) kriterine dikkat çekmekte yarar vardır. Bu kritere göre, bir eşyanın bütünleyici parça olabilmesi için, ekonomik bakımdan asıl eşya ile o surette birleşmiş olması gerekir ki, ***asıl eşya kendisinden beklenen ekonomik fonksiyonu yani kendisinden yararlanılmayı ve kullanılmayı*** ancak bu parçanın kendisiyle bulunması halinde yerine getirebilsin¹⁸. Kişisel bir bilgisayarın, veri girişi yapmak üzere bir klavye ve işlem sonuçlarını gösteren ekran olmadan kullanılamayacağı, yani - kişisel bir bilgisayar olarak – kendisinden beklenen fonksiyonları ifa edemeyeceği açıktır. Bu bağlamda hem klavyeyi hem de monitörü – kişisel bilgisayarın kullanılması (ondan yararlanılması) noktasında üstlendikleri fonksiyon itibarıyla bir otomobilin direksiyonuna¹⁹ benzetmek yanlış olmayacaktır. Şu halde kişisel bilgisayarlar açısından bu iki eleman (bileşen) de bütünleyici parça sayılmalıdır. Buna mukabil, yine bir girdi elemanı olan fare (mouse) ile bir çıktı elemanı olan yazıcı (printer) ise eklenti olarak nitelendirilmelidir.

¹⁸ Akıntürk, s. 52; Sirmen, s. 261; Eren, s. 57.

¹⁹ Bkz. Akıntürk, s. 52.

2.1.2. Bütünleyici Parçalardaki Noksanlığın Bilgisayarın Asli Şey Niteliğine Etkisi

Bütünleyici parça, asıl şey üzerinde o kadar önemli bir fonksiyon üstlenmektedir ki, bileşik eşyayı oluşturmak için zorunlu olan bütünleyici parçalardan birinin eşya bütünlüğünde bulunmaması, o eşyanın belirli bir eşya olma niteliğinin kaybolmasına yol açacak²⁰ ve dolayısıyla kalan şeyler arasında bir asıl şey – bütünleyici parça ilişkisi kalmayacaktır. Çünkü, kalan şeylerin bir arada olması, meydana gelen bütünün hukuki açıdan iş ilişkilerinde anlamlı bir ekonomik değere sahip olmasını sağlayamayacaktır. Pratik açıdan düşünüldüğünde, elbette bu durum, birçok eşya açısından bütünleyici parçalardan birinin mevcut olmaması halinde kalan şeylerin bağımsız bir eşya olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü, birçok ihtimalde eksik kalan bütünleyici parçaya rağmen, birbirine *raptolunan* şeyler – başka bir isimle/vasfla – eşya topluluğu (bileşik mal) olarak ekonomik bir değer taşımaya devam edecektir. Vakıa, bilgisayarlar açısından bu durum şu açıdan önem arz edecektir: Bir eşya topluluğu, kişisel bilgisayar olarak nitelendirilmek için gerekli zorunlu unsurlardan birini ihtiva etmese (mesela monitöre ya da klavyeye sahip olmasa) ve fakat bilgisayar olarak nitelendirmek için gerekli asgari unsurlara sahip olsa, bu bütünü (bileşik eşyayı) meydana getiren unsurlar arasında hala asıl şey – bütünleyici parça ilişkisi bulunmaya devam edecektir. Bu durumda bileşik eşya (bağımsız eşya), kişisel bilgisayar şeklinde değil, bilgisayar şeklinde isimlendirilecektir.

Yukarıdaki paragraftaki ayrıntıya dikkat çektikten sonra, özetle, bir – kişisel – bilgisayarın bütünleyici parçaları, **güç besleme ünitesi** (güç kaynağı), **merkezi işlemci ünitesi** (central processing unit; CPU), **anakart**, **yazı**, **ses ve görüntü verileri için temel girdi/çıkıtı birimleri** (USB, PS2, ethernet bağlantı arayüzü, ekran kartı, ses kartı...; bunlar genellikle anakartla tümleşiktir), **rastgele erişilebilir bellek** (random access memory; RAM), **sabit disk**, **bilgisayar kasası**, **monitör** ve **klavyedir**. Buna mukabil, **fare**, **yazıcı**, **tarayıcı**, **kamera** gibi unsurların eklenti olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.2. Kişisel Bilgisayarlarda Yazılımlar (Özellikle BIOS ve İşletim Sistemi)

Daha önce de ifade edildiği üzere, Türk hukukunda bilgisayar programları (yazılımlar) eşya olarak kabul edilmemekte ve bunlar FSEK'te

²⁰ Akıntürk, s. 51.

yer alan hak sahipliğine ilişkin düzenlemelere tabi olmaktadır. Bu durum, bir bilgisayar üzerinde aynı hak sahipliğini tespit ederken konuya iki farklı boyuttan yaklaşılması gerektiğini ortaya koyacaktır. Bu doğrultuda, bilgisayar donanımına sahip olan bir kimse, o bilgisayarda yüklü yazılımlara da *sahiptir* denilemeyecektir. Gerçekten bilgisayarda yüklü yazılımlarda sahip olunan haklar, bu yazılımlar üzerindeki mali hak sahibi (ya da bunları kullanma yetkisine sahip olanlar) tarafından tanınmış olan ruhsatlar (lisanslar) çerçevesinde ele alınabilecek bir konudur. Bu bakış açısı, yani bilgisayar yazılımlarını, bunlara ait verileri barındıran veri taşıyıcısının ya da kişisel bilgisayarın bütünleyici parçası ya da eklentisi olarak kabul etmemek, işin doğasına da uygun bir yaklaşımdır. Zira, günümüzde yazılım mimarilerinin çok çeşitli olması ve bir yazılımın çalıştırılabilmesi için gerekli verilerin fiziki olarak bambaşka yerlerde bulunan veri taşıyıcılarından bir araya getirilebilmesi, söz konusu entelektüel değerlerin (yazılımların) bütünleyici parça ya da eklenti olarak nitelendirilemeyeceğinin önemli göstergeleri arasındadır. Bununla birlikte teknik olarak konuya bakıldığında, kişisel bilgisayarda yüklü yazılımlar açısından da *zorunlu bileşen* ve *yardımcı bileşen* ayrımının yapılabilmesi mümkündür. Şöyle ki, günümüzdeki tüm kişisel bilgisayar iki yazılım unsuruna zorunlu bir şekilde sahiptir: *Temel Giriş/Çıkış Sistemi (Basic Input/Output System; BIOS)* ve *işletim sistemi (operating system)*. BIOS’u açılış esnasında bilgisayar donanımını test eden, işletim sistemini başlatan ve donanım unsurları arasında bilgi alışverişine destek olan bir yazılım unsuru²¹ olarak tanımlamak mümkündür. İşletim sistemi ise, bilgisayarın merkezi işlem birimi ile diğer birimleri arasındaki ilişkileri düzenleyen, programlanan işlemlerin yapılmasını temin eden ve bunları kontrol eden program topluluğu²² şeklinde tanımlanabilir. Her iki yazılımın da FSEK’teki “bilgisayar programı” kapsamında değerlendirileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte BIOS bilgisayar donanımına *gömülü* bir yazılım olup ait olduğu donanımın – ki bu anakarttır – ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle o donanıma (özelde anakart, genelde ise bu anakartın bütünleyici parça olarak yer aldığı kişisel bilgisayar) sahip olan bu yazılımı *kullanma*

²¹ John C. Rigdon, Dictionary of Computer and Internet Terms (Vol. 1), Charterville (GA/USA) 2016 < http://www.damanhour.edu.eg/pdf/738/dictionaries/Dictionary_of_Computer_and_Internet_Terms_Words.pdf> Erişim Tarihi 10 Aralık 2020.

²² Şener Dalyan, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 34-35. Ayrıca bkz. Adem Yelmen, “Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, 2020, 22(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 996; Emine Sena Yazıcı, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Korunması, Oniki Levha, 2019, s. 39.

hakkına da doğrudan sahip olmaktadır²³. Bu özelliği sebebiyle, aşağıda (3.3. vd.) kişisel bilgisayarlarda yazılım kullanım lisansının haczi başlığı altında BIOS'la ilgili bir değerlendirme yapılmasına gerek duyulmamıştır²⁴. İşletim sistemleri – genellikle – bu şekilde donanıma gömülü olmayıp bunların bir bilgisayarda yüklü olması, doğrudan kullanım lisansının da *mevcut olduğu* (bu lisansa sahip olduğu) anlamını taşımamaktadır. Her iki yazılım unsuru dışında, bir kişisel bilgisayarda başkaca yazılımlar da bulunabilir. Bunlar ise, bilgisayarın üstlendiği fonksiyonu yerine getirmesini kolaylaştıran yahut ondan beklenen faydayı artıran *yardımcı bileşen* konumundadır.

3. Kişisel Bilgisayarın Donanımı ve Yazılımının Hacizde Gösterdiği Özellikler

Hukuki açıdan ekonomik değere sahip bir *mal* olan kişisel bilgisayar, maddi nitelikteki donanım unsurlarının yanı sıra gayri maddi nitelikteki yazılım unsurlarından oluştuğu için, bu malvarlığı unsurunun haczini birçok açıdan ele almak faydalı olacaktır. İlk olarak, bilgisayar yapısı itibariyle bir *eşya topluluğu* olduğu için, onu meydana getiren bütünleyici parça ve eklentilerin haciz işlemi gösterdiği özelliklere değinmek önemli olacaktır. İkinci olarak, bilgisayarın önemli bir unsuru olan yazılımlar – özellikle işletim sistemleri – üzerindeki kullanım lisansının haczin kapsamına nasıl dâhil olabileceği de, yazılımların (Türk hukukunda) fikri eser olarak kabul edilmesi ve yazılım lisans sözleşmeleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Son olarak bir bütün olarak bilgisayarın (donanımının ve yazılımının) hangi durumlarda haczi caiz olmayan mal niteliğine bürünebileceği meselesinin de değerlendirilmesinde yarar vardır. Fakat tüm bunlara değinmeden önce, haczin hukuki niteliği ve borçlunun tasarruf yetkisine getirdiği kısıtlamalar hakkında kısa bir bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

3.1. Haczin Hukuki Niteliği ve Borçlunun Tasarruf Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar

Haciz, icra takibine konu oluşturmuş, icra kabiliyetini taşıyan belli bir para alacağının tahsilini sağlamak üzere, bu yolda talepte bulunan alacaklı yararına söz konusu alacağı karşılayacak tutar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra memurunun beyanıyla *hukuken* el konulması²⁵ şeklinde tanımlanan bir *icra*

²³ Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayıncılık, 1999, s. 253.

²⁴ Fakat bkz. Yazıcı, s. 38.

²⁵ İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010. s. 359.

takip işlemi olup (hukuken) el koymanın *fıilen* ve/veya kayden gerçekleşmesi mümkündür²⁶. Türk hukukunda haciz, alacaklıya aynı hak bahşetmemekte, alacaklı, hacizle, kendi muvafakati ve icra dairesinin izni olmadan, borçlunun mahcuz mallarda tasarruf etmesini önlemektedir²⁷. Gerçekten haciz, her ne kadar bazı açılardan rehin müessesesine benzese de, haciz alacaklısı hiçbir zaman rehin ya da rehin hakkına benzer bir aynı hakka kavuşmamaktadır²⁸. Bununla birlikte, haczin borçlunun mahcuz mallar üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamasının bir sonucu olarak, borçlu, takip konusu alacağın, hacizli mal üzerinden elde edilmesine engel olacak tasarruflarda bulunma imkânını hukuken kaybetmekte ve böyle tasarruflar, alacaklıya karşı, hacze konu olacak oranında hükümsüz kalmaktadır²⁹. Haczin, borçlunun tasarruf yetkisine getirmiş olduğu bu değişiklik, onun (borçlu açısından) en önemli hukuki sonuçlarından biridir³⁰. Bununla birlikte, bu etkiyi tasarruf yetkisinin tamamen ortadan kaldırılması şeklinde yorumlamamak gerekir. Gerçekten, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) haczin hukuki sonuçlarından biri olarak borçlunun tasarruf yetkisine yönelik getirmiş olduğu tahdit, bu yetkinin *alacaklılar lehine* kısıtlanmasından ibarettir. Kısıtlamanın bu şekilde olmasının bir sonucu olarak, borçlu, *alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni*³¹ ile hacizli mal üzerinde tasarruf etme yetkisini korumakla (İİK m. 83/1) birlikte, söz konusu mal üzerinde üçüncü kişilerin iyiniyet hükümlerine göre aynı hak kazanması (İİK m. 83/3) yine mümkün olmaktadır³². Buna mukabil, borçlunun hacizli mal üzerinde alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni olmadan tasarrufta bulunması cezai yaptırıma tabi tutulduğu

²⁶ Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, 2015, s. 131.

²⁷ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 131; Postacıoğlu/Altay, s. 361; Mercan Yüksel-Orhun, "Haczin Tasarruf Yetkisine Etkisi", 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 2092.

²⁸ Yüksel-Orhun, s. 2086; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 131. Haciz ve rehin haklarının karşılaştırılması için ayrıca bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 396 vd.

²⁹ Postacıoğlu/Altay, s. 360; Yüksel-Orhun, s. 2092; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 159-160; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku (Cilt: 1), 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 519-520; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2018 s. 244; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayıncılık, 2016, s. 215.

³⁰ Yüksel-Orhun, s. 2093.

³¹ Sadece alacaklının muvafakati veya sadece icra müdürünün izninin yeterli olduğu ihtimallere misal için bkz. Yüksel-Orhun, s. 2095.

³² Bkz. Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 160; Postacıoğlu/Altay, s. 396; Muşul, s. 540..

(İİK m. 86/1) gibi iyiniyet hükümlerine aykırı olarak bu mal üzerinde üçüncü kişilerin kazandığı haklar da alacaklının haklarını ihlal ettiği nispette batıldır³³ (İİK m. 86/3). Öğretide, İİK m. 86'da geçen "tasarruf" kelimesinin, sadece haczedilen malın bir başkasına devri ya da üçüncü kişiler yararına hak tesisi şeklinde değil; haczedilen malın harcanması, tahrip edilmesi gibi tasarrufları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği dile getirilmiştir³⁴.

Öğretide, gerçekleştirilen bir haciz işleminin geçerli olduğunu söyleyebilmek için şu şartların mevcut olması gerektiği dile getirilmiştir³⁵: (1) Haczin konulduğuna ilişkin icra müdürünün irade beyanının belirli bir şekilde somutlaşarak, dış dünyaya yansması; (2) haczin belirliliği ilkesinin bir gereği olarak hacze konu oluşturan taşınır malların gereği gibi açıklanması; (3) haczi gerçekleştiren icra dairesinin yer itibarıyla yetkili olması ve taşınır mallar açısından icra dairesinin bunları hakimiyet alanına dâhil edebilme imkânına sahip olması; (4) Haczin mevcut bir mala veya hakka ya da halen mevcut bir hukuki sebebe dayanılarak ileride gerçekleşecek bir hakka ilişkin bulunması.

3.2. Bir Eşya Topluluğu Olarak Kişisel Bilgisayarın Haczinin Gösterdiği Özellikler

Yukarıda (2.1.1.) kişisel bilgisayarın, bütünleyici parça veya eklenti niteliğindeki çok sayıda unsurdan meydana gelen bağımsız bir eşya olduğu belirtilmişti. Kişisel bilgisayarın bu niteliği, donanım unsurlarının haczi açısından bazı hususların özellikle dile getirilmesini *kanımızca* gerekli kılmaktadır: İlk olarak, asıl eşyanın bütünleyici parçaları ile birlikte haczedilmesinin³⁶ bir sonucu olarak, (somut olayda mevcut olduğu ölçüde) güç besleme ünitesi, merkezi işlemci ünitesi, anakart, yazı, ses ve görüntü gibi veri transferi için temel girdi/çıkıtı birimleri, rastgele erişilebilir bellek üniteleri (RAM), **sabit disk** (fakat bkz. 3.4.3.), bilgisayar kasası, monitör ve klavye –

³³ "...Haciz uygulanmasından sonra, borçlunun haczedilen mal ve haklar üzerindeki tasarruflarının, alacaklıların haklarını ihlal ettiği ölçüde hukuki sonuç doğurmaması şu anlama gelir: Borçlunun haczedilen mal ve hak üzerinde yapmış olduğu tasarruf işleminden elde ettiği bedeli, alacaklıların tatmini için kullanması gerekir. Borçlu bu yönde davranmadığı takdirde, üçüncü şahıs lehine tasarruf işlemine konu olan hacizli mal ya da hak, tasarruf işleminde bulunan borçlunun borcu için satılarak paraya çevrilecek ve alacaklıların alacağı ödenecektir..." (Yüksel-Orhun, s. 2096).

³⁴ Bkz. Yüksel-Orhun, s. 2095. Karş. Postacıoğlu/Altay, s. 394-395.

³⁵ Bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 365-371.

³⁶ Akıntürk, s. 60; Serozan, s. 224; Eren, s. 68; Postacıoğlu/Altay, s. 371; Muşul, s. 574; Kuru, 2016, s. 245.

kişisel bilgisayarın haczine – dâhil olacaktır. Bu noktada vurgulanması gereken husus şudur: Daha önce (2.1.2.) ifade edildiği üzere, teorik açıdan her ne kadar bütünüleyici parçalardan birinin mevcut olmaması halinde, geriye kalan eşya topluluğu *asıl eşya* niteliğini kaybetmekte ise de, bunu geriye kalan eşyaların ekonomik anlamda bir bütün teşkil edip etmeyeceğine göre değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda, hacze konu edilecek bilgisayar donanımında monitör ya da klavye gibi unsurların mevcut olmaması bu donanımın – bir bütün olarak – haczedilmesine mani olmayacaktır. Diğer deyişle, böyle bir ihtimalde söz konusu bilgisayar parçalarının ayrı ayrı haczi gerekmeyecektir. Bütünüleyici parçalar, hacizden sonra asıl eşyanın bütünüleyici parçası olmaları niteliğini kaybetmeler dahi, üzerlerindeki haciz (iyiniyet hükümleri saklı kalmak üzere) devam edeceğinden³⁷, mahcuz bilgisayarın borçlu elinde bırakılması ihtimalinde, borçlunun bu bilgisayarın parçalar üzerinde tasarruflarda bulunması (mesela satması), haciz koyduran alacaklının haklarını zedelediği ölçüde hükümsüz olacaktır (İİK m. 86/3).

Asıl eşya üzerinde uygulanan haciz onun eklentisini de kapsayacaktır³⁸. Diğer deyişle, asıl şeyin haczi halinde *ondan (asıl şeyden) hariç tutulmayan eklentileri* de gerçekleştirilen bu haciz işlemine (kendiliğinden) dâhil olacaktır³⁹. Bununla birlikte öğretilerde, eklentinin malın değerinde bir eksiklik getirmeden ayrılabilir türden olmasına göre, bağımsız bir rehne konu oluşturabileceği dikkate alınarak, eklentilerin asıl şeyden ayrı olarak haczedilebilmesi gerektiği dile getirilmiştir⁴⁰. Bu görüş, kişisel bilgisayarlar için önemlidir. Çünkü, kişisel bilgisayarlara eklenti olarak takılabilecek donanım unsurları oldukça çeşitlidir. Kişisel bilgisayarın kullanım amacına bağlı olarak ona takılan, grafik tablet, kamera, kulaklık, ekonomik olarak bilgisayardan daha fazla değere sahip olabilmektedir. Her ne kadar, bir eşyanın eklenti olarak nitelendirilmesi noktasında onun, asıl şeyden daha değerli olması dikkate alınmayacaksa⁴¹ da, haciz açısından, bunların bilgisayardan ayrı olarak haczedilmesine cevaz vermek, - bazı ihtimallerde – alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesine uygun sonuçların oluşmasına katkı sağlayabilecektir. Eklenti noktasında dile getirilmesi gereken bir başka husus da, asıl şeye eklenti olarak tahsis edilen şeyin İİK m. 82 anlamında haczi kabil olmayan bir

³⁷ Bkz. Akıntürk, s. 60.

³⁸ Akıntürk, s. 80.

³⁹ Muşul, s.578.

⁴⁰ Bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 371; Onuş, s. 169; Serozan, s.229.

⁴¹ Bkz. Onuş, s. 94.

şey olması halinde, bunun hacze dâhil edilip edilemeyeceği noktasındadır. Öğretide, böyle bir ihtimalde, taşımira eklenti niteliği veren malikin, bunun haczedilemeyeceğini ileri süremeyeceği dile getirilmiştir⁴².

3.3. Yazılım Üzerindeki Kullanım Lisansının Hacizde Gösterdiği Özellikler

Yazılım (Software), bir bilgisayarın üstlendiği fonksiyonları yerine getirebilmesi için *olmazsa olmaz* bileşenlerdir. Tabiri caizse, yazılım olmadığı müddetçe bir bilgisayar, atıl bir eşyadan başka bir şey değildir. Şu da bir gerçektir ki, bilgisayar donanımı teknolojilerinde ne kadar gelişme yaşanırsa yaşansın, bu gelişmenin bir anlam ifade edebilmesi, ancak, söz konusu gelişmeyi yansıtabilecek yazılımların meydana getirilmesiyle mümkün olmaktadır. Aslında, yazılımın, *bilgisayara bir işlemi yaptırmak için yazılan komutlar dizisi*⁴³ şeklindeki oldukça basit ve kısa tanımı dahi, onun önemini göstermektedir. Gerçekten, bilgisayara bir işlem yaptırmak ancak yazılımlarla mümkün olabilmektedir. Bilgisayar olarak nitelendirilen cihazın türü ne olursa olsun durum böyledir. Yazılımlar, öyle kendine has özelliklere sahip *değerlerdir* ki, maddi bir malın/ürünün çoğaltılmasından farklı olarak, bir kez üretildiklerinde (geliştirildiklerinde) *çoğaltılmaları* – kendilerini oluşturan verilerin – kopyalanması şeklinde ifade edilebilecek basit bir işlemle gerçekleşmektedir. Bunun gibi, yazılımların piyasaya arzı da, maddi bir malın/ürünün arzı gibi kapsamlı bir tedarik zincirini zorunlu kılmamaktadır. Bugün için, sistem yazılımları da dâhil olmak üzere birçok yazılımın internet üzerinden indirilmek suretiyle temin edilebilmesi bunun açık bir göstergesidir. Yazılımın bu gibi özellikleri ve niteliği itibarıyla *gayri maddi* bir mal olması, yazılım üzerinde sahip olunan hakların neden eşya hukuku değil de, özel düzenlemelerle korunduğunu bir nebze de olsa ortaya koymaktadır. Gerçekten, çağımızın *en önemli entelektüel değerlerinden biri olan yazılımlar* üzerinde sahip olunan haklar, birçok ülkede özel düzenlemelerle korunmaktadır⁴⁴. Türkiye’de de yazılım üzerindeki haklar FSEK hükümlerine tabi olmakta, yani fikri mülkiyet hükümlerine göre korunmaktadır. FSEK’te “bilgisayar programı” terimiyle yazılım “*bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları*”

⁴² Bkz. Akıntürk, s. 80 ve aynı sayfa dn. 159.

⁴³ Bu ve diğer tanımlar için bkz. Yelmen, s. 994 vd.

⁴⁴ Bu noktada bkz. Dalyan, s. 44 vd.

(FSEK m. 1/B, f.1(g)) şeklinde tanımlanarak *fikri eserler* arasında sayılmıştır (FSEK m. 2, f.1(1)).

Her yazılım, hem geliştirilme sürecinde hem de meydana getirilip çoğaltılma aşamalarında ve çalıştırılma esnasında bir veri taşıyıcısına ihtiyaç duyacaktır. Bu veri taşıyıcısı delikli kart, floppy disk, CD-ROM, BluRay, flash bellek, sabit disk gibi çok çeşitli olabilir. Fakat yazılımın *eşya niteliğindeki* bir veri taşıyıcısı üzerinde bulunması (gerekliliği), onun üzerindeki hakların, doğrudan, bu veri taşıyıcısı üzerindeki haklarla paralel değerlendirilmesi gerektiği sonucunu doğurmamaktadır⁴⁵. Gerçekten yazılımın bir veri taşıyıcısı üzerinde bulunması - nitelikleri birbirinden farklı – iki ayrı hak sahipliği gündeme getirecektir: **1.** Veri taşıyıcısının maddi varlığı üzerinde eşya hukuku anlamındaki mülkiyet hakkı. **2.** Veri taşıyıcısında bulunan *gayri maddi mal* niteliğindeki yazılım üzerindeki fikri mülkiyet (eser sahipliği) hakkı⁴⁶. Bu nüansın doğal bir sonucu olarak, mesela, veri taşıyıcısının zilyedi bunun (veri taşıyıcısının) maliki sayılırken, TMK m. 985’te düzenlenen bu karine, veri taşıyıcısında bulunan yazılım (mesela işletim sistemi) üzerindeki hak sahipliğini belirlemede cari olmayacaktır. Veri taşıyıcısında bulunan yazılımdaki *sahiplik* FSEK hükümlerine göre *eser sahibi* sayılan kişi(ler) ait olacaktır. Diğer fikir eserlerinde olduğu gibi, yazılımlarda da, FSEK, eser sahibine bazı maddi ve manevi haklar vermektedir⁴⁷ (FSEK m. 13 vd). Pek tabidir ki yazılımlarda *mali*⁴⁸ (FSEK m. 10/4) hakları kullananlar genellikle yazılım üreten firmalardır⁴⁹.

⁴⁵ Yazılımların bir veri taşıyıcısından (mesela CD-ROM’dan) başka bir veri taşıyıcısına (mesela sabit diske) aktarımındaki kolaylık da, onun, üzerinde bulunduğu veri taşıyıcısından ayrı bir varlık olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Ayrıca bkz. Ahu Eker-Erkekoğlu, ‘Yazılım Lisans Sözleşmeleri’ (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi 2019), s. 14; Nuri Erişgin, “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, 2003, 52(4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 61-62; Dalyan, s. 217-218.

⁴⁶ Eker-Erkekoğlu, s. 15; Yelmen, s. 999.

⁴⁷ Bu haklar için bkz. Şuayip İçli, ‘Fikri Mülkiyet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması’ (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2019), s. 44 vd.; Yazıcı, s. 84 vd; Dalyan, s. 115 vd.

⁴⁸ Evrim Atasoy, “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbiri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları”, 2013, 2, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, s. 46.

⁴⁹ Bkz. İçli, s. 39-40; Yazıcı, s. 80; Dalyan, s. 107-109 (ayrıca karşı. s. 109 dn. 138’de yer alan Ankara Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 10.03.2005, 2005/134 K. sayılı Kararı).

Fikir ve sanat eserlerinde lisans sözleşmelerinden doğan hakların haczi aslında iki boyutlu bir meseledir. Bunun ilk boyutunu, lisans veren konumundaki eser sahibinin (ya da eser sahipliğinden kaynaklanan mali hakları kullanma yetkisine sahip bulunanların) üçüncü kişilere vermiş oldukları lisanslar (ruhsatlar) sebebiyle doğan alacakların haczi olup ele aldığımız çalışma konusunu ilgilendirmemektedir⁵⁰. Burada inceleme konusu yapılacak olan, net bir şekilde ifade edilecek olursa, **kişisel bilgisayarın haczi halinde bu bilgisayarın hafızasında (sabit diskinde) yüklü olan yazılımların, kullanıcı (borçlu) ile lisans veren arasında mevcut olan lisans sözleşmesinden doğan kullanım hakkının haczidir.**

3.3.1. Yazılım Lisans Sözleşmelerinden Doğan Kullanım Hakkının Niteliği

Yazılım üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine sahip olan *yazılım üreticileri*, genellikle, üçüncü kişilere (tüketicilere/son kullanıcılara) yazılım üzerindeki mali hakların *kullanım yetkisini* devretmek suretiyle iktisadi kazanç elde etmektedir⁵¹. FSEK m. 48/2’de “ruhsat” olarak ifade edilen bu imkân, öğreti ve uygulamada *lisans sözleşmesi* olarak ifade edilmektedir⁵². Lisans sözleşmesini, *lisans verenin fikri veya sınai bir haktan ya da diğer maddi olmayan bir maldan belirli veya belirli olmayan bir süre için yararlanmayı, bedelsiz veya ödeyeceği bir bedel karşılığında lisans alana devretmeyi üstlendiği sözleşme*⁵³ olarak tanımlamak mümkündür. Lisans

⁵⁰ Konunun bu boyutu ile ilgili olarak bkz. Sümer Altay, “5846 Sayılı FSEK Bağlamında Mali hakların Hazine ve İflas Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi”, 1998, 56(1-4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 215 vd.; Nur Bolayır, “Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi”, 2014, 16(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2541 vd.; Nurbanu Erzurumlu, “Türk Hukukunda Fikri Mülkiyete Konu Malların Cebri İcrası”, 2017, 1, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 177 vd.; Nağihan Tüysüz, ‘(5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre) Fikri Hakların Haczi ve Paraya Çevrilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2017), s. 147-150 ve özellikle: “...bir bilgisayar programı üzerinde lisans hakkı verilmişse, lisans alanın borcu için kullanımına verilmiş bilgisayar programı haczedilebilir. Buna karşılık lisans veren eser sahibinin borcu için haciz yapılırsa bu durumda lisans ücreti üzerinde haciz gerçekleştirilir...” (Tüysüz, s. 147-148).

⁵¹ Bkz. Eker-Erkekoğlu, s. 37; Dalyan, s. 202-203.

⁵² Bkz. Yelmen, s. 1000; Dalyan, s. 203.

⁵³ Yelmen, s. 1000 ve orada dn. 26’de belirtilen eserler. “...Yazılım lisans sözleşmesi, bir bilgisayar yazılımının kullanımının belli bir ücret karşılığında başka bir tarafa (kullanıcıya) devredildiği, devreden kullanıcılara ivaz karşılığında bir elektronik bilgi işlem sistemi yazılımının imalini, bakımını ya da devrini üstlenmesinin yanı sıra yazılımın kullanılmasına yönelik yararlı ve gerekli bilgileri/belgeleri vermekle yükümlü olduğu, konusunu bir

sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem mi yoksa tasarruf işlemi mi olduğu öğretide tartışmalıdır⁵⁴. Söz konusu yazılım lisans sözleşmeleri olduğunda, lisans sözleşmelerinin *borçlandırıcı işlem olduğu yönündeki görüşe* ağırlık verilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz⁵⁵. Zira, lisans sözleşmeleriyle eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisinin lisans alana devredilmesi, lisans verenin aktifini azaltma sonucunu doğurmamakta (biraz sonra açıklanacağı üzere) mali hakkın (kendisinin) lisans verenin uhdesinde kalmaya devam etmektedir. Bunun yanı sıra, lisans sözleşmelerinin borçlandırıcı bir işlem olarak nitelendirilmesi, bu sözleşmenin taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi meydana getirdiği gerçeğine daha uyumludur⁵⁶. Tüm bunların ötesinde, bu borçlandırıcı işlemin akabinde mutlaka bir tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi de gerekmeyecektir⁵⁷. Günümüzde birçok yazılımın çevrimiçi olarak kullanıma sunulması, diğer deyişle kullanım lisansının on-line üyelik şeklinde verilmesi, bu durumu kanımızca desteklemektedir.

Diğer fikri eserlerde olduğu gibi yazılım üzerinde de *işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve umuma iletim hakkı* şeklinde sıralanabilecek⁵⁸ mali hakların (kendisinin) devri ile kullanım hakkının devri (lisans verilmesi) arasındaki fark şudur⁵⁹: Mali bir hakkın devredilmesi halinde, bu hak, eser sahibinin (veya mirasçılarının) malvarlığından çıkarak, hakkı devralan kişinin malvarlığına girecektir. Bu nedenle mali hakkı devralan kişi, devir işleminde düzenlenen şartlar çerçevesinde tıpkı eser sahibi gibi bu haktan yararlanma yetkisini elde edecek olup üçüncü kişilerin ve hatta hakkı devraldığı kişilerin bu haktan yararlanmasını yasaklayabilecektir. Buna mukabil, mali hakkı kullanma yetkisinin verilmesi (lisans verilmesi) ihtimalinde, sadece mali hakkın kullanım yetkisi lisans alana geçmekte olup mali hakkın kendisi, lisans verenin malvarlığında kalmaya devam etmektedir. Vurgulamak gerekir ki, fikri bir hakkın kullanım yetkisinin devrini amaçlayan

“yazılım”ın oluşturduğu bir sözleşme olarak tanımlanabilir...” (Eker-Erkekoğlu, s. 37-38).

⁵⁴ Bkz. Tekinalp, s. 211; Eker-Erkekoğlu, s. 33 ve (aynı sayfada dn. 145); Dalyan, s. 204; Erbek, s. 55 vd.

⁵⁵ Karş. Dalyan, s. 204.

⁵⁶ Bkz. Erbek, s. 54-59.

⁵⁷ Erbek, s. 57-59. Ayrıca bkz. Erişgin, s. 61.

⁵⁸ Bkz. Yazıcı, s. 90 vd.; Dalyan, s. 121.

⁵⁹ Bkz. H. Kübra Ercoskun-Şenol, “Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”, 2013, 3(1), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 49 vd.; Eker-Erkekoğlu, s. 33-34; Erbek, s. 27-37; Tekinalp, s. 206.

diğer lisans sözleşmelerinden farklı olarak, yazılım lisans sözleşmelerinde ön plana çıkan, “yazılımdan” devralanın (lisans alanın) yararlanmasını sağlamaktır⁶⁰. Bu kullanım hakkının (ruhsatın) şumulünü, çeşitli kıstaslar kullanarak ayrıma tabi tutmak mümkündür. En temelde, FSEK m. 56/1’deki ayrıma göre, verilen lisans (ruhsat), mali hak sahibinin başkalarına da aynı lisansı vermesini engellemiyorsa – ki, uygulamada genellikle bu şekildedir – *basit lisans* (basit ruhsat); mali hak sahibinin başkalarına da aynı lisansı vermesini engelliyorsa *tam lisans* (tam ruhsat) şeklinde nitelendirilir⁶¹. FSEK m. 56/2 uyarınca Kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat, basit ruhsat sayılacağından, tam ruhsat (lisans) verilen hallerde, bu durumun sözleşmede açıkça belirtilmiş olması önem arz edecektir. Belirtmek gerekir ki, tam lisans verilen hallerde dahi, bu durum, mali hakkın devri anlamı taşımamaktadır. Tam lisans verilmesi halinde, tam lisans sahibi, sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca yazılım üzerindeki mali yetkileri kendisi kullanır ve mali hak sahibi (yazılım sahibi) aynı yazılım için bir başka kişiye lisans veremez⁶². Bu ayrımın yanı sıra, yazılım lisans sözleşmelerini, bir yazılımın geliştirilmesinde benimsenen iş modelini esas alarak da çeşitli ayrımlara tabi tutmak mümkündür. *Geleneksel (kapalı kaynak kodlu) yazılım lisans sözleşmeleri (traditional software license agreements)* ve *GNU-GPL (GNU General Public License)*, *ASL (Apache Software License)*, *MPL (Mozilla Public License)* gibi *özgür ve açık kaynak kodlu yazılım sözleşmeleri (Free and Open Source License Agreements; FOSS Licenses)* bu kıstasa göre yapılan ayrımda yer alan lisans türlerine örnek olarak gösterilebilir⁶³.

Mali hakların kullanım yetkisinin kullanıcıya verilmesine yönelik lisans sözleşmesi yapılmasıyla, yazılımın kullanıcı ve/veya çalıştığı platformlar, yazılı üretici tarafından bir nevi onaylanmış olur ve gerektiğinde sağlanan lisans kullanımları yazılım üreticisi tarafından denetlenebilir hale gelir⁶⁴. Bu denetimi sağlamak üzere, yazılımın hukuka (ve özellikle taraflar arasındaki lisans sözleşmesine) aykırı olarak işletilmesini, çoğaltılmasını ya da

⁶⁰ Bkz. Eker-Erkekoğlu, s. 45; İçli, s. 54; Dalyan, s. 204; Erişgin, s. 50. Üzerinde ruhsat tanınan mali hak olarak burada *çoğaltma hakkının* ön planda olacağını söylemek mümkündür. Bkz. Arslan Kaya, Makalelerim-I, Beta Yayıncılık, 2012, s. 362 vd.

⁶¹ Bu ve öğretilde dile getirilen farklı bir nitelendirme için bkz. Dalyan, s. 205.

⁶² Bkz. Eker-Erkekoğlu, s. 34.

⁶³ Bkz. Elif Ezgi Sıvacioğlu, ‘Software License Agreements’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019), s. 118 vd.

⁶⁴ Bkz. Eker-Erkekoğlu, s. 38.

dağıtılmasını engellemek için geliştirilmiş bazı lisans yönetim politikaları bulunmaktadır. Bunlara misal olarak⁶⁵ *donanıma özel lisanslama, donanım kilitli kayar lisanslama, ağ üzerinde kayar lisanslama, kullanıcı temelli lisanslama, bölgesel lisanslama, yetenek kısıtlayıcı lisanslama, özellik seviyeli lisanslama* verilebilir. Çalışma konusu açısından bu lisans yönetim politikaları ayrı bir öneme sahiptir. Zira bu politikalar, yazılım üreticilerine gerektiğinde (mesela yazılım onaylanan donanımdan başka bir donanıma aktarıldığında) verilen lisansı (çevrimiçi denetim sonucunda) iptal etme imkânı tanımaktadır. Ancak, bir yazılım kullanım lisansını haciz sonrasında gerçekleştirilen cebri açık arttırma neticesinde üçüncü kişinin elde etmesi sonrasında, yazılımın üçüncü kişiye ait başka bir donanıma yüklenmesi söz konusu olabilecektir. Bu gibi ihtimallerde, lisans veren konumundaki yazılım üreticisinin (haciz işlemiyle ilgili olarak) bilgilendirilip üçüncü kişinin yazılımı “lisanslı” bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli teknik işlemleri yapması sağlanabilir (bkz. 3.3.2.2.).

3.3.2. Yazılım Kullanım Lisansının Devredilebilirliği ve Yazılım Kullanım Lisansının Hacize Uygulanacak Hükümler

Yazılım lisans sözleşmeleriyle, lisans alana, sadece yazılım kullanma hakkı tanınmış olması ve bu nedenle **lisans alanın yazılımın maliki (ya da mali bir hakkı devralan) statüsünde olmaması**, kişisel bir bilgisayarın (donanımın) haczedilmiş olması ihtimalinde, bu bilgisayarda yüklü yazılım(lar) ın da doğrudan bu hacze dâhil olacağı sonucunu doğurmayacaktır. Böyle bir sonucun doğmamasının en temel sebebi, yazılım lisans sözleşmesinden doğan kullanım hakkının devrinin “taşınırlarda mülkiyetin devrinden” farklı hükümlere tabi olması ve özellikle lisans veren ile lisans alan arasındaki sözleşmede yer alan devri kısıtlamaya yönelik düzenlemelerdir. Bunun yanı sıra, yazılım üreticileri tarafından benimsenen lisans yönetim politikaları da, yazılım kullanım lisansının cebri arttırma neticesinde edinilmiş olması ihtimalinde dahi, bu yazılımın lisanslı bir şekilde kullanılmasını engelleyebilecek bir etkiye sahip olabilecektir. Bu olumsuz etkiyi bertaraf etmek üzere, yazılım kullanım lisansının haczinde hangi hükümlerin uygulanması gerekeceği önem kazanmaktadır. Aşağıdaki alt başlıklarda bu sorunlar ele alınacaktır.

⁶⁵ Bkz. Eker-Erkekoğlu, s. 40 vd.

3.3.2.1. Lisans Sözleşmesinden Doğan Kullanım Hakkının Devredilebilirliği Sorunu

Yazılım lisans sözleşmesi uyarınca lisans alanın sahip olduğu kullanım hakkının *maddi hukuka göre* devredilebilir nitelikte olup olmaması, bu hakkın haczinin mümkün olup olmadığını tespit edebilmek için, öncelikli olarak cevaplanması gereken bir konudur. Zira, maddi hukuka göre devri *yasaklanan* malvarlığı değerlerinin haczi de mümkün değildir⁶⁶. Lisans hakkının (ruhsatın) devriyle ilgili FSEK m. 49/1 uyarınca, eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatı iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların **yazılı muvafakatiyle**⁶⁷ bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilecektir. Öğretide, bu düzenlemede basit lisanslar ile münhasır lisanslar arasında bir ayırım yapılmadığı için her iki türden lisans hakkının da devredilebileceği ifade edilmiştir⁶⁸. Fakat düzenlemede kullanılan lafzın, lisans hakkının devrinin mümkün olup olmadığı noktasında tereddüt oluşturduğu açıktır⁶⁹. Lisans hakkının devredilebilmesi için evvela bu hususta lisans alana verilmiş yazılı bir izne ihtiyaç duyulmasının yanı sıra, FSEK m. 54/1 düzenlemesinin, mali hakkın yanı sıra mali hakkı kullanma lisansını devre yetkili olmayan kişilerden iktisap eden kişileri – iyiniyetli olsa dahi – korumadığını belirtmekte yarar vardır.

Vurgulamak gerekir ki, uygulamada birçok lisans sözleşmesinde – belirli şartlar altında – lisans alana, sahip olduğu yazılım kullanım lisansını belirli koşullar çerçevesinde üçüncü kişilere devredebilme imkânı sunulmakla⁷⁰

⁶⁶ Yavuz Özkan, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmelerinin Sağladığı Lisans Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, 2017, 8(32), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 372; Baki Kuru, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, 1962, 19(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 279; Kuru, 2016, s. 245; Muşul, s. 633; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 269; Postacioğlu/Altay, s. 411.

⁶⁷ “...FSEK’un 52. maddesine göre, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Yine, aynı yasanın 49. maddesine göre de eser sahibinden aslen iktisap edilen bir mali hakkın veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatının başkasına devrinin yazılı olması gerekmektedir. Bu husus sözleşmenin geçerliliği için sıhhat şartıdır..” Yargıtay 11. HD, 21.07.2006, 177/8148 (Dalyan, s. 207 dn. 189).

⁶⁸ Bkz. Şirin Aydıncık, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2005), s. 59; Özkan, s. 371.

⁶⁹ Bkz. Özkan, s. 374.

⁷⁰ İşletim sistemleri açısından misal olarak bkz. “Microsoft Windows 10 için Microsoft Yazılımı Lisans Koşulları (Windows İşletim Sistemi) Sözleşmesi m. 4” <https://www.microsoft.com/en-us/Useterms/Retail/Windows/10/Useterms_Retail_Windows_10_Turkish.htm> Erişim Tarihi 22 Kasım 2020.

birlikte, hem bu iznin hem de daha öncesinde lisans sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili önemli bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten hem lisans sözleşmesinin (FSEK m. 52) hem de ruhsatın devrine (FSEK m. 49/1) ilişkin işlemlerin yazılı olarak yapılması gerekmesine rağmen, günümüzde lisans sözleşmesinin akdedilmesinde genellikle çevrimiçi yöntemler olarak nitelendirilebilecek *browse-wrap* ve *click-wrap* yöntemleri kullanılmaktadır⁷¹. Bu yöntemlerin ise ne ıslak imza ne de güvenli elektronik imzayı içermemesi durumunda, yazılılık şartını sağlamakta yeterli olmayacağı açıktır⁷². Şu halde, - bu yaygın uygulamanın – hukukun uygulanması aşamasında hakkaniyete aykırı sonuçlar üretmemesini önleyen faktörlerin başında dürüstlük ilkesi ve bunun bir uzantısı olan çelişkili davranma yasağının geleceğini söylemek yanlış olmayacaktır⁷³. Yazılım lisans sözleşmelerinde yazılımın (sadece) kullanılmasına izin verilmesi için gerekli şartların oluşturulmasının sözleşmenin ana konusunu oluşturması, bu bağlamda lisans devrini kısıtlayan ve zorlaştıran düzenlemelere temel dayanak noktası teşkil eden, eser sahibinin eserle ilgili manevi bağının ruhsat verilmesi ihtimalinde de korunması ihtiyacının⁷⁴, yazılım kullanım lisanslarında bu kadar belirgin olmaması (daha açık bir ifadeyle lisans yönetim politikaları sayesinde bu noktada bir riskin çok fazla olmaması) karşısında, yazılım kullanım lisanslarının devrinde FSEK m. 49'dan ayrılan düzenlemelere yer verilmesi ve uygulamada benimsenen çevrimiçi yöntemlerin geçerli kabul edilmesi noktasındaki tereddütleri ortadan kaldıracak düzenlemelere yer verilmesi isabetli olacaktır.

Yazılım kullanım lisansının devredilebilir (ve dolayısıyla haczedilebilir) nitelikte olup olmadığı hususunda gündeme getirilmesi gereken bir başka konu daha mevcuttur. Öğretide, bir hakkın devrinin mümkün olmasının onun mutlaka haczinin de mümkün olabileceği yönünde bir değerlendirme yapılmasına imkân tanımayacağı ifade edilirken şu açıklamalara yer verilmektedir⁷⁵ : “... *Eğer hakkın yapısı ve özü bu hakkın paraya çevrilmesine elverişli değilse, bunun bu nedenle haczinin mümkün görülmemesi gerekir. Bu fikri en iyi şekilde açıklayacak örnek, kiracının kiralanmış mal üzerindeki hakkıdır. Kiracı kira sözleşmesini, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa devredildiği halde, kira*

⁷¹ Browse-wrap ve click-wrap yöntemleri ile ilgili sırasıyla bkz. Sivacıoğlu, s. 113, 112.

⁷² Bkz. Dalyan, s. 216; Sivacıoğlu, s. 88.

⁷³ Bkz. Dalyan, s. 220; Sivacıoğlu, s. 89; Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 123.

⁷⁴ Bkz. Aydınçık, s. 60; Özkan, s. 374.

⁷⁵ Postacıoğlu/Altay, s. 413.

sözleşmesinden doğan hakların haczine cevaz verilmemektedir...Keza bir hizmet sözleşmesinde işçinin yüklendiği edim ya da vekâlet sözleşmesinde vekilin üstlendiği hizmetin haczi mümkün olan hususlardan değildir...Buna karşılık iki taraflı bir sözleşme uyarınca belirli bir şeyin teslimi ve mülkiyetin geçirilmesini istemek alacağının –söz konusu alacağın sahibine düşen edim yerine getirilmiş olsun olmasın- haczi mümkündür. Elverir ki aradaki sözleşmesel ilişkide bu alacağın sahibi yerine bir başkasının geçirilmesine engel bir durum bulunmasın...”. Hiç şüphe etmemek gerekir ki, yazılım kullanım lisansları burada misal verilen türden haklar değildir. Zira bu lisansların sahip olduğu ekonomik değerler ile haczedilmesi (ve devamında cebren satışı) sonrasında üçüncü kişiler tarafından edinilmeye ve kullanılmaya elverişli olması, bu noktada bir tereddüde yer bırakmayacaktır.

Buraya kadar, - **bir ara sonuç** – olarak şu değerlendirmelerde bulunmak mümkündür: İlk olarak FSEK m. 49/1 karşısında, yazılım kullanım lisansını doğrudan (mali hakları kullanma yetkisine sahip konumdaki) yazılım üreticisinden edinen bir kişi (lisans alan) bunu üçüncü bir kişiye devrederken, yazılım üreticisinin yazılı iznine ihtiyaç duyacaktır. Uygulamada bu izne ilişkin düzenlemeler, - belli şartlar çerçevesinde – lisans sözleşmesinde yer alabilmektedir. Belli şartlar taşısa da, lisans sözleşmesinde yer alan bu düzenlemelerin FSEK m. 49/1’i bertaraf eden bir etkiye sahip olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte uygulamada lisans sözleşmelerinin yapılmasında genellikle benimsenen browse-wrap ve click-wrap şeklindeki yöntemlerin, Kanun’un aradığı yazılı şekil şartını sağlamak noktasında yetersiz kalacağı göz önüne alındığında, bu yöntemlerle akdedilen sözleşmeleri geçerli kabul edebilmek için dürüstlük ilkesinin etkilerine başvurmak gerekecektir. Açıkçası, yazılım kullanım lisansının devredilebilirliği ile ilgili net bir sonuca varabilmek için tüm bu söylenenler yeterli olmayacaktır. Bu hususta, yazılım üreticilerinin benimsediği lisans yönetim politikalarının yazılım kullanım lisansının devredilebilirliğine etkisi ile tükenme ilkesinin de gündeme getirilmesinde yarar vardır.

3.3.2.1.1. Lisans Yönetim Politikalarının Lisans Sözleşmesinden Doğan Kullanım Hakkının Devredilebilirliğine Etkisi

Lisans sözleşmesinden doğan kullanım hakkının devredilebilirliği sorununa ilişkin ele alınması gereken hususlardan biri, lisans yönetim politikalarının lisans sözleşmelerinden doğan kullanım hakkının devredilebilirliğine

nasıl bir etki gösterdiği. Daha önce⁷⁶ de ifade edildiği üzere, yazılım üreticileri, yazılım üzerindeki kullanım hakkını üçüncü kişilere tanıırken, bazı lisans yönetim politikaları benimsemektedir. İzledikleri bu politikalarla, hem kendi çıkarlarına en uygun olan şartların oluşmasına zemin hazırlamakta hem de ürettikleri yazılımların haksız bir şekilde kullanılmasına (teknik yöntemlerle) engel olmaya çalışmaktadırlar. Yazılımların kullanılmasına yönelik lisans verilirken bu şekilde farklı uygulamaların benimsenebilmesi, *fikrimizce*, bunları diğer fikir eserlerine ilişkin verilen ruhsatlardan da ayıran yönlerden biridir. Zira teknik bir boyutu olan bu politikalarla yazılım kullanımının lisanslı olup olmadığı yazılım üreticisi firma tarafından (tek taraflı olarak) **teknik yöntemlerle** denetlenebilmektedir.

Daha önce *donanım özel lisanslama, donanım kilitli kayar lisanslama, ağ üzerinde kayar lisanslama, kullanıcı temelli lisanslama, bölgesel lisanslama, yetenek kısıtlayıcı lisanslama ve özellik seviyeli lisanslama* olarak sıralanan bu politikalar, bu çalışma açısından, önem arz edenler “donanım özel lisanslama” ile “kullanıcı temelli lisanslama”dır. Donanım özel lisanslamada, yazılım, sadece belirli bir bilgisayara ya da yüklendiği donanım lisanslanmakta olup bu lisanslama şeklinde yazılım, bilgisayarın ağ kartı, sabit disk, işlemci gibi temel donanım kaynaklarına kilitlenmekte ve bunun sonucu olarak yazılım, sadece kilitlendiği o donanımda çalışmaktadır⁷⁷. İşletim sistemleri örneğinde, donanım özel lisanslama, özellikle, bilgisayar üreticileri ile yazılım üreticileri arasında yapılan anlaşmalar doğrultusunda, üretilen bilgisayarların işletim sistemi yüklü olarak piyasaya sürülmesini temin etmek amacıyla yapılmaktadır. Son kullanıcı bilgisayarı satın aldığı anda, yüklü işletim sisteminin ilk kurulumunu yaparken yazılım kullanım koşullarını kabul etmekte ve böylelikle lisans sözleşmesinin tarafı olmaktadır⁷⁸. Bu lisans yönetim politikası benimsenerek son kullanıcıyla yapılan lisans

⁷⁶ Yuk. dn. 65 cv.

⁷⁷ Eker-Erkekoğlu, s. 40; Nigâr Tiftik/Özlem Özdal, “Yazılımda Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması”, YKGS2008: Yazılım Kalitesi ve Yazılım Geliştirme Araçları 2008, 9-10 Ekim 2008, İstanbul, <https://softwaresuccess.org/papers/ykgs2008%20Cd/pdfBildiriler/22ykgs2008_24.pdf> Erişim Tarihi 26 Kasım 2020.

⁷⁸ Bu bağlamda, son kullanıcı ile yazılım üreticisi firma ve/veya bilgisayar üreticisi/yazılım yükleyicisi arasındaki lisans sözleşmesi ile bilgisayar üreticisi ile yazılım üreticisi arasında yapılan ticari sözleşmeyi birbirinden ayırmak gerekir. Bu ikinci (ticari) sözleşmeler kapsamında yazılım üreticisi tarafından bilgisayar üreticisine verilen lisanslarda çoğaltma hakkı, işleme hakkı, yayma hakkı gibi mali hakların kullanım yetkisinin verilmesi daha belirgin olacaktır. Buna mukabil ilk belirtilen lisans sözleşmesi kapsamında sağlanan kullanım hakkı, doğrudan yazılım kullanılması/yazılımdan yararlanmasına yönelik olacaktır.

sözleşmelerinde, sözleşmeden doğan yazılım kullanım hakkının devrinin, yazılımın lisanslandığı donanımın devriyle mümkün olacağına yönelik düzenlemelere rastlamak mümkündür. Mesela *Microsoft Yazılım Lisans Koşulları (Windows İşletim Sistemi; güncelleme Aralık 2016)* “Devir” başlıklı 4 üncü maddesinin (a) paragrafında, cihaza önceden yüklenmiş yazılımlar için devrin nasıl yapılabileceği şu şekilde düzenlenmiştir: “**Yazılımı bir cihaza önceden yüklenmiş olarak alırsanız (ve aynı zamanda, bir cihaz üzerine önceden yüklenmiş yazılımdan yükseltmiş olmanız durumunda), yazılımı kullanma lisansını doğrudan başka bir kullanıcıya ancak lisanslı cihazla birlikte devredebilirsiniz. Bu devir, yazılımı ve cihazla birlikte verilmişse, ürün anahtarını içeren orijinal Windows etiketini içermelidir. İzin verilen bir devir işleminden önce, diğer taraf, yazılımın devri ve kullanımı için bu anlaşmanın geçerli olduğunu kabul etmelidir**”.

Kullanıcı temelli lisanslamada, yazılım belirli bir kullanıcıya lisanslanmaktadır⁷⁹. İşletim sistemleri özelinde, - *bir bilgisayar donanımından bağımsız şekilde* - doğrudan yazılım üreticisinden ya da yetkilendirilmiş yazılım sağlayıcısından edinilen yazılımlar açısından verilen yazılım kullanım lisanslarını bu kapsamda değerlendirmenin mümkün olacağı *kanısındayız*. Bu lisans yönetim politikası benimsenerek son kullanıcıyla yapılan lisans sözleşmelerinde, yazılım üzerindeki kullanım hakkının devrinin nasıl mümkün olacağına örnek olarak bir önceki paragrafta adı geçen Yazılım Lisans Koşullarının 4 üncü maddesinin (b) paragrafında yer alan şu düzenlemeyi vermek mümkündür: “**Tek başına yazılım. Yazılımı tek başına bir yazılım olarak alırsanız (ve aynı zamanda, tek başına bir yazılım olarak alınmış yazılımdan yükseltmiş olmanız durumunda), yazılımı, size ait olan başka bir cihaza devredebilirsiniz. Eğer, (i) yazılımın ilk lisanslı kullanıcıysanız ve (ii) yeni kullanıcı, bu anlaşmanın şartlarını kabul etmişse, yazılımı başkasına ait bir cihaza devredebilirsiniz. Yazılımı devretmek üzere almanıza izin verdiğimiz yedek kopyayı veya yazılımın geldiği medyayı kullanabilirsiniz. Yazılımı yeni bir cihaza her devrettiğinizde, önceki cihazdan kaldırmalısınız. Yazılımı, lisansı cihazlar arasında paylaşmak amacıyla devredemezsiniz**”.

Yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, yazılım lisans sözleşmelerinde yazılım kullanım lisansının lisans alan tarafından üçüncü bir kişiye

⁷⁹ Eker-Erkekoğlu, s. 41; Tiftik/Özdal, “Yazılımda Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması”, YKGS2008: Yazılım Kalitesi ve Yazılım Geliştirme Araçları 2008, 9-10 Ekim 2008, İstanbul, <https://softwaresuccess.org/papers/ykgs2008%20Cd/pdfBildiriler/22ykgs2008_24.pdf> Erişim Tarihi 26 Kasım 2020.

devredilmesinin belirli koşullara tabi tutulması halinde, bu koşullara aykırı olarak yapılan bir devir işleminin geçerli olup olmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Genel bir tabirle – ikinci el yazılım satışının mümkün olup olmadığı – şeklinde de ifade edilebilecek bu durum, uygulamada sıkça karşılaşılabilecek bir sorudur. Vurgulamak gerekir ki, hukuk uygulaması ileride (3.3.2.1.2.) ele alınacak olan *tükenme* ilkesi çerçevesinde çözüm bulmaya çalışmaktadır. Bu ilkeye işlerlik kazandırmadan, sadece FSEK m. 49/1 ve lisans yönetim politikasının yansıtıldığı devri kısıtlayıcı lisans sözleşmesi düzenlemeleri ekseninde bir çözüm arayışına gidildiğinde, lisans sözleşmesinin taraflar arasındaki *nisbiliği* göz önünde bulundurularak, lisans veren yazılım üreticisi firmanın, yazılım lisansını – lisans sözleşmesinde yer alan koşullara aykırı bir şekilde – lisans alandan edinen üçüncü kişiye karşı, sözleşme hükümlerine dayanarak bir talepte bulunamayacağı, daha somut bir ifadeyle, bu üçüncü kişinin, yazılımı lisanslı olarak kullanmasına engel olamayacağı düşünülebilir. Bu düşünceyi taşıyan bir yaklaşım söz konusu sözleşme koşullarının lisans alan açısından haksız şart niteliğinde olduğundan hareketle, genel işlem koşulları üzerine temellendirilebileceği⁸⁰ gibi sözleşmesel ilişkiden doğan nispi hakkın doğurduğu taleplerin, lisans veren tarafından aynı etki doğuracak şekilde (lisans alandan yazılım kullanan lisansını edinen) üçüncü kişiye dermeyan olunamayacağı⁸¹ üzerine de inşa edilebilir. Fakat bu son gerekçe fikrimizce soruna etkin bir çözüm getirmemektedir. Zira, yazılım üreticisi firma, üçüncü kişiye yazılımı lisanslı kullandırma (ve bunun için lisans yönetim politikalarının etkilerini bertaraf edecek teknik değişiklikleri yapma) yükümlülüğünden kaçınmak üzere, talebini, bir menfi tespit davası şeklinde ileri sürebilecektir. Buradaki menfi tespit davasının konusunu ise, lisans alan ile üçüncü kişi arasındaki devir işleminin geçersizliği oluşturacaktır. Her ne kadar bu sözleşmenin tarafı olmasa da, yazılım üreticisi firmanın böyle bir davayı açmak noktasında hukuki yararının bulunduğundan şüphe etmemek gerekir -ki, tespit davası açabilmek için mutlaka menfi tespiti istenen hukuki ilişkinin tarafı olmak gibi bir şart da mevcut değildir. Tüm bu açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, *devredilebilirlik* soruna yönelik etkili bir çözüm bulmak için fikri mülkiyet hukukundaki mali haklardan biri olan *yayma hakkının tükenmesine* yani *tükenme ilkesine* başvurmak gerekmektedir.

⁸⁰ Bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, “Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu”, 2013, 7(1-2), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 569 vd.

⁸¹ Bkz. Dalyan, s. 218-219; Yıldırım, s. 577-578. Karş. Tekinalp, s. 207.

3.3.2.1.2. Lisans Sözleşmesinden Doğan Kullanım Hakkının Devrinde Tükenme İlkesine Etkinlik Kazandırılması

Eser sahibi ile kamu arasındaki dengeyi, hakkaniyetli bir şekilde tesis etmeye yönelik tükenme ilkesi, FSEK m. 23'te ifade bulunmaktadır. Bu düzenlemenin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.*” Vurgulamak gerekir ki, yazılım lisans sözleşmesinde yazılım kullanım hakkının üçüncü kişilere devrilmesini kısıtlayıcı düzenlemelerin etkisini (üçüncü kişi lehine) bertaraf etmek hatta lisans sözleşmesinde bu yönde verilmiş *bir izin olmadan dahi* (FSEK m. 49/1'e rağmen) kullanım lisansının devrine yönelik yapılan işlemleri *geçerli kabul edebilmek* noktasında, en kuvvetli dayanak noktası *tükenme ilkesidir*. Bu ilkeye etkinlik kazandırılması, uygulamadaki tabirle – ikinci el piyasasında yazılım lisanslarının satışına – hukuken cevaz verilmesi sonucu doğurabilmektedir. Nitekim öğretilde, bu şekilde yapılan kullanım lisansının devri işlemlerinin geçerli olacağı yönelik görüşlerin dayanak noktalarından birini tükenme ilkesi teşkil ettiğini⁸² ve konuyla ilgili yargı kararlarında *tükenme ilkesinden* hareket eden gerekçelerin mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Fakat yazılımlar üzerindeki *yayma hakkının* kullanılması noktasında, yazılımların doğasından kaynaklanan bazı hususlar, tükenme ilkesinin etkinlik kazanıp kazanmayacağı noktasında tereddüt yaşamaya sebep olabilmektedir.

Tükenme ilkesinin hangi ihtimalde cari olacağına ilişkin olarak yazılım üzerindeki *yayma hakkı* açısından önemli bir ayırım, yazılımların CD veya Flash Bellek'e kaydedilmek suretiyle yayma hakkının kullanılması ile internet üzerinden yayılması noktasındadır. İlk ihtimalde, tükenme ilkesinin cari olacağı kabul edilirken⁸³, ikinci ihtimalde ise, yayma hakkının tükenip tükenmediği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, internet üzerinden yayılan yazılımlar için tükenme

⁸² Mesela bkz. Yıldırım, s. 572 vd.; Dalyan, s. 192-193.

⁸³ Bkz. İçli, s. 59; Dalyan, s. 190 dn. 135.

ilkesinin cari olmayacağını ileri sürerken, öğretide ağırlıklı görüş, bu ihtimalin yayma hakkının değil, FSEK m. 25’de düzenlenen umuma iletim hakkının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir⁸⁴. Bu noktada, *Oracle International Corp* ile *UsedSoft GmbH* arasındaki konuyla ilgili bir uyuşmazlıkta *Avrupa Adalet Divanı’nın (AAD)*’nın 3 Temmuz 2012 tarihli kararının⁸⁵ gerekçesinde yapmış olduğu nitelendirmeler önem taşımaktadır: Tükenme hakkının işlerlik kazanması açısından *yazılımın bir veri taşıyıcısında ilk satışının gerçekleşmesi* ile *internet üzerinden sunumu* arasında bir fark görmeyen Mahkeme, her iki ihtimalde de program kopyasının uygun ekonomik değerini elde etme imkânı sağlandığına vurgu yaparak, bu işlemlerin bütünsel değerlendirmesinden, bilgisayar programının *kopyasının* mülkiyetinin devredildiği sonucunun çıktığını ifade etmektedir. Mahkeme bu nitelendirmesinden yola çıkarak, programın internette indirilmesi ve bu şekilde bir **(süresiz)** lisans alınmasını FSEK’teki bilgisayar programlarına ilişkin hükümlerin temel dayanağı olan⁸⁶ *Avrupa Birliği (2009/24/EC) Bilgisayar Programları Yönergesi*’nin⁸⁷ **(BPY)** 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre “ilk satış” olarak yorumlamıştır. Bu noktada, tükenme ilkesinin anlamına da atfı yapan AAD, aksi halde, süresiz şekilde programdan yararlanma hakkı tanıyan fikri hak sahibinin, internet üzerinden yapılan indirmelerde bunların tekrar satışından bir bedel almak gibi bir imkâna sahip olabileceğine ve bu şekilde tükenme ilkesinin konusuz kalarak fikri hakkın korunmasının ötesine giden bir anlam kazanacağına işaret etmiştir⁸⁸. Belirtmek gerekir ki, Türk yargısında da ikinci el satışını yasaklayan düzenlemeleri geçerli kabul etmeyen kararlara rastlamak mümkündür⁸⁹. AAD kararına konu davada olduğu gibi, Türk yargısında da tarafların karşılıklı iddialarını “tükenme ilkesinin cari olacağı” ile “yazılımın satılmadığı, sadece lisans verildiği ve bu sebeple tükenme ilkesinin cari

⁸⁴ Mustafa Aksu, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi”, 2015, 1(1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, s. 4.

⁸⁵ Kararın değerlendirmesi için bkz. Aksu, s. 12 vd.; Suluk/Karasu/Nal, s. 15 vd.

⁸⁶ Aksu, s. 8.

⁸⁷ EU Directive 2009/24/EC <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2020.

⁸⁸ Aksu, s. 12-13.

⁸⁹ Mesela bkz. İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 27/6/2014 tarihli ve 96/117 sayılı Kararı (Aksu, s. 8 dn. 50) ve bu kararın onanmasına ilişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.6.2015, 17376/8772 sayılı Karar.

olmayacağı” hukuki sebeplerine dayandırdıklarını görmek mümkündür⁹⁰. Türk uygulaması da, ikinci el satışlarını geçerli kabul ederken, tükenme ilkesi (FSEK m. 23/2) karşısında, taraflar arasındaki lisans sözleşmesinde yer alan yazılım devrini kısıtlayan (ikinci el satışı yasaklayan) düzenlemelerin geçerli olmayacağını gerekçe göstermektedir⁹¹. Tükenme ilkesinin uygulanması noktasında tereddütleri ortadan kaldırmak üzere, FSEK’te yazılım üzerindeki yayma hakkının tükenmesine ilişkin ayrı düzenlemelere gidilmesi isabetli olacaktır⁹².

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, daha önce dile getirilen ara sonucu (3.3.2.1. son paragraf) şu şekilde güncellemek gerekecektir: Mali hak sahibi ya da mali hakları kullanma yetkisine sahip yazılım üreticisi firma ile lisans alan arasındaki lisans sözleşmesinde, yazılım kullanım lisansının üçüncü kişilere devrine yönelik bir düzenleme olsun ya da olmasın, yazılım, lisans veren konumundaki yazılım üreticisi tarafından internet üzerinden ya da bir veri taşıyıcısı üzerinde satışa sunulduğunda, bu, FSEK m. 23/2 anlamında “ilk satış” olarak yorumlanacak ve yazılımın çoğaltılmış nüshasını edinen kişi, bunu (sadece çoğaltılmış nüshayı) üçüncü kişilere devredebilecektir. Diğer deyişle, bu ilk satışla, yayma hakkı tükenmiş olacaktır. Dolayısıyla, artık devredilebilir nitelikteki lisans hakkının da haczi kabil bir malvarlığı unsuru olarak nitelendirilmesinde tereddüt yaşanmayacaktır. Devredilebilirlik noktasında böyle bir değerlendirmeyi kolaylıkla yapabilmeye ön ayak olan bir başka önemli etken, sadece (ilk) satış değil, mülkiyetin devrini konu alan bağış ve trampa işlemlerinin de tükenme ilkesine işlerlik kazandırmaya elverişli olmasıdır⁹³. Bunun yanı sıra, yazılımın internet üzerinden lisans sağlamak yoluyla piyasaya arzının da (AAD kararında olduğu gibi) ilk satış olarak

⁹⁰ Mesela bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.6.2015 tarihli ve 17376/8772 sayılı Kararı ve aynı dairenin bu kararla bağlantılı 13.11.2018 tarihli ve 691/7009 sayılı kararı ile 16.6.2016 tarihli ve 10625/6707 sayılı kararı.

⁹¹ “...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, bilgisayar programının ikinci el satışını yasaklayan OEM lisans sözleşmesi 16. maddesinin, 5846 sayılı FSEK’nin 23/2 maddesindeki emredici hüküm karşısında geçerli olmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.6.2015 tarihli ve 17376/8772 sayılı Kararı (İÇLİ, s. 60).

⁹² Ayrıca bkz. Yıldırım, s. 574.

⁹³ Bkz. Abdullah Çelik, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali, İhlalin Sonuçları’ (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2010), s. 185; Dalyan, s. 190.

yorumlanması⁹⁴, tükenme ilkesinin etki alanını oldukça genişletmektedir. Vakıa, tükenme ilkesinin etki alanı o kadar genişlemiştir ki, FSEK m. 49/1'deki kısıtlamanın ne anlam ifade edeceği sorgulanır hale gelmektedir.

3.3.2.2. Yazılım Lisans Sözleşmelerinden Doğan Kullanım Hakkının Hacinde Uygulanacak Hükümler

Bir kişisel bilgisayar haczedildiğinde, bu bilgisayarda yüklü yazılımlar açısından aynı zamanda *lisans alan* konumunda olan borçlunun sahip olduğu *yazılım kullanma hakkı (lisansı)* eşya niteliğinde olmadığından, hangi hükümlere göre haczedileceği tartışmaya açık bir meseledir. Bu hususta öğretide dile getirilen görüşlerden biri, bu haczin İİK m. 85/1'e göre gerçekleştirilebileceği yönündedir⁹⁵. Bu görüşe dayanak noktası teşkil etmek üzere, bir yazılım üzerinde lisans hakkı tanınmasının, bunun, tükenme ilkesinin cari kılınması açısından satış olarak yorumlanabileceği yönündeki AAD'nin yukarıda değinilen kararındaki nitelendirmesinden yararlanılabileceğinin yanı sıra İİK m. 85/1'in borçlunun sadece taşınır ve taşınmaz malları değil, alacak ve haklarını da kapsayan *“Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklarının ana, faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur.”* şeklindeki lafzından yararlanılabileceği düşünülebilir. Fakat *fikrimizce*, bu noktada İİK m. 94'e – **kıyasen** – işlerlik kazandırılması daha isabetli olacaktır. İleri sürdüğümüz görüşün neden bu yönde olduğunu gerekçelendirebilmek için öncelikle, İİK m. 94/1 düzenlemesine işaret etmekte yarar vardır: *“Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse icra dairesi, yerleşim yerleri bilinen ilgili üçüncü şahıslara keyfiyeti ihbar eder”⁹⁶. Bu suretle borçlunun muayyen bir taşınmazdaki tasfiye sonundaki hissesi haczedilmiş olursa icra memuru haciz şerhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına tebligat yapar. Anonim şirketlerde paylar için pay senedi veya pay ilmühaberi çıkarılmamışsa, borçlunun şirketteki payı icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir. Bu haczin şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır. Haciz, icra dairesi tarafından*

⁹⁴ Karş. Dalyan, s. 190.

⁹⁵ Bkz. Özkan, s. 380.

⁹⁶ Kendisine haczin bildirileceği ilgili üçüncü şahıs, üzerinde intifa hakkının kurulduğu malın kuru (çıplak) mülkiyet hakkını haiz olan kimsedir. Bkz. Muşul, s. 564; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 253; Kuru, 2016, s. 220.

tescil edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir. Bu durumda haczedilen payların devri, alacaklının haklarını ihlâl ettiği oranda batıldır. Haczedilen payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tâbidir. Diğer taşınırlarda icra dairesi başkasına devre mâni tedbirleri alır.” Fikri bir eser üzerindeki mali hakka sahip olmakla o hak üzerinde sadece kullanma yetkisine sahip olmak birbirinden farklı kavramlardır⁹⁷. Lisans veren ile lisans alan arasında ilişkinin süreklilik arz eden bir mahiyetinin olması karşısında, bu borç ilişkisinde taraflardan birinin (herhangi bir sebeple) yer değiştirecek olması halinde, diğer tarafı bu durumdan (ihtimalden) haberdar etmenin önemi yadsınamaz. Her ne kadar İİK m. 94/1’deki sayımın tahdidi olduğu ileri sürülse⁹⁸ de, *fikrimizce*, buradaki sayım tahdidi kabul edilmemeli ve lisans sözleşmesinden doğan kullanım hakkı da bu kapsamda değerlendirilebilmelidir. Böylelikle borçlu konumdaki lisans alanın, yazılımı kullanma hakkı haczedildiğinde, uygulanan haciz işleminin icra dairesi tarafından (İİK m. 94/1’de geçen *keyfiyetin üçüncü kişilere ihbarı anlamında*) lisans verene bildirilmesi, daha sonra kullanım hakkının (cebri icrada satışı sonucunda) el değiştirmesi halinde, kullanım hakkını elde eden kişinin menfaatlerinin gözetilmesine ön ayak olabilecektir. Diğer deyişle, bu uygulamayla, yazılım kullanım hakkını cebri icra satışı sonucunda edinen üçüncü kişinin, bu hakkını kullanabilmesi için, lisans veren yazılım üreticisinin yazılım lisansı yönetim politikasının dışına çıkararak gerekli teknik işlemleri yapması sağlanabilir. Hem bu açıdan, hem de özünde -mali bir hak üzerinde kullanım tanınmasının hak devri teşkil etmemesi - yani taşınır olarak nitelendirilmemeye yakın olmaması açısından, yazılım lisans sözleşmesinden doğan yazılım kullanım hakkının haczinde, İİK m. 85/1 yerine İİK m. 94/1’in uygulanmasının daha isabetli olacağı kanısındayız. Hangi görüş kabul edilirse edilsin (yani hangi hüküm uygulanırsa uygulansın) lisans hakkının haczedilmesi halinde buna ilişkin bir haciz tutanağı düzenlenip lisans hakkının değerinin belirtilmesi gerekeceğinden kuşku duymamak gerekir. Bu değerlerin tespitinde icra müdürünün bilirkişiden yararlanması isabetli olacaktır. Şu da bir gerçektir ki, İcra ve İflas Kanunu’nda bu nitelikteki ekonomik değerlerin nasıl haczedileceği hususunda açık düzenlemelere⁹⁹ gidilmesi gereklidir.

⁹⁷ Bkz. Erbek, s. 41 vd.

⁹⁸ Bkz. Özkan, s. 379.

⁹⁹ “...*Fikir ve sanat eserlerinin haczi konusu FESK. ’nun 61. ve 62. maddelerinde düzenlenmiş olup temel kıstas eserin “alenileşmiş olması”dır. FESK. ’nun 61. maddesinde bir eserin “haczinin mümkün olmadığı durumlar, 62. maddesinde ise haczin mümkün olduğu durumlar düzenlenmiştir. Ne varki, bu düzenlemelerde “Lisans hakkının” haczine ilişkin açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, anılan maddeler ve İİK 82. maddesinin genel hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Lisans hakkının haczini engelleyen bir durumun söz konusu*

3.4. Kişisel Bilgisayarın Haczinin Caiz Olmayacağı İhtimaller

Günümüzde bilgisayarların, günlük hayatın vazgeçilmesi güç bir unsuru olduğu göz önünde bulundurulduğunda, haczi caiz bir malvarlığı olup olmadığı da yukarıda yapıldığı gibi bilgisayar donanımı ve yazılımlar açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bu doğrultuda aşağıda kişisel bilgisayarların temel ihtiyaç olmaması sebebiyle haczedilemezliği ile mesleki ihtiyaç olması sebebiyle haczedilemezliği gündeme getirilecektir. Tüm bunların dışında, bilgisayar sabit diskinin mutlak şekilde, yani temel ya da mesleki ihtiyaç olsun ya da olmasın, her ihtimalde (bilgisayar haczedildiğinde) haciz kapsamı dışında bırakılması gerektiğine yönelik bazı düşüncelerimiz dile getirilecektir.

3.4.1. Kişisel Bilgisayarın Temel İhtiyaç Olması Sebebiyle Haczedilemezliği

Bir icra takibinde, borçlunun ekonomik değere sahip tüm malvarlığı unsurlarının haczedilebileceğini söylemek mümkün değildir. Nitekim Kanun'da borçlunun bazı mal ve hakları – tamamen – haciz uygulaması dışında tutulmuş, diğer deyişle haczi caiz olmayan bir statüye kavuşturulmuştur. Bunlar genel olarak İİK m. 82'de düzenlenmiştir. Kişisel bilgisayarlar açısından bu noktada İİK m. 82/1, b. 3 önem arz etmektedir. Bu düzenlemeye göre, *para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri haczedilemeyecektir.* Bu düzenlemede yer alan “borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşyalara” örnek olarak, 80li yılların başında kaleme alınan bir eserde¹⁰⁰, elbise ve çamaşır konulmasına

olmadığı Lisans hakkının da hasılat kirası hükümleri çerçevesinde kiracının (Lisans alanın) borcundan dolayı haczi mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Lisans hakkını paraya çevrilmesinde ise yine İİK 94 ve 121 maddelerinde açık hüküm bulunmamakla birlikte (satışın yapılması ve satış usulu icra mahkemesinden sorularak) (FSEK. 'nun 62. I/3. Maddesi kıyasana uygulanmaklı eser sahibinin korunmaya layık menfaatlerinin ihlal edimemesi şartı buradada aranılmak suretiyle mahkemece kararlaştırılmalıdır. Öte yandan markaların korunması hakkındaki 556 sayılı KHK. 'nin 21. maddesi 12. fıkrasında “Lisans sicile kayıt edilmediği sürece, iyiniyetli 3. kişilere karşı ileri sürülemeyeceği” hükmü yer almaktadır. Davacı tarafından ileri sürülen lisans sözleşmelerinin Türk Patent Enstitüsü sicil kaydına tescil edildiği iddia ve ispat olmadığından, davalı alacaklıyı bağlamayacağı kısacası onun yönünden hüküm ifade etmeyeceği de ortadadır. Tüm bu maddi ve hukuku olgular dikkate alınmaksızın davacı 3. kişinin davasının reddi gerekirken aksi düşüncelerle kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” Yargıtay 21. HD 20.02.2007, 24529/2357 (Özkan, s. 375 dn. 30).

¹⁰⁰ Postacıoğlu/Altay, s. 429.

yarayacak dolap, ev halkının gereksinimine yanıt verecek sayıda olmak üzere bir oda saati, kanepeler ve sandalyeler, yemek odası için bir masa, kalabalık ailelerde bir dikiş makinesi, (elektrikli olmayan) süpürge verilmektedir. Buna mukabil, aynı eserde, çamaşır makinesinin, radyo ve pikabın pek lüzumlu ev eşyasından sayılmayacağı ve bu surette haczedilebileceği ifade edilmiştir. Daha önce kaleme alınmış bir başka çalışmada, haczedilemeyecek ev eşyaları ile ilgili neredeyse aynı örnekler verilmekle birlikte, borçlu ve aile efradının (özellikle çocukların) fikri gelişimi için gerekli görülen hallerde, eski bir radyonun haczedilmemesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰¹. Yakın dönemde kaleme alınan eserlerde ise, bu bent kapsamında verilen örnekler arasında buzdolabı, radyo ve (değeri fazla olmayan) televizyon gibi eşyalar da sayılmaktadır¹⁰². Fikrimizce bu noktada bir değerlendirme yapılırken hayat şartlarındaki değişimlerin yanı sıra, haczin caiz olmamasının temel haklar ve hukuk devleti, sosyal devlet gibi kavramlarla olan ilişkisini¹⁰³ de göz önünde bulundurmak gerekir. Tüm bunların dışında haczi caiz kılınmayacak malın alternatifinin ne ölçüde mümkün olduğu da dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede değerlendirme yapılacak olursa, - bugün için - ev eşyası olarak kişisel bilgisayarın haczinin caiz olmayacağını kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz. Zira, kişisel bilgisayarlar üstlendikleri fonksiyonlarla günlük hayattaki birçok işlemin gerçekleştirilebilmesi için zorunlu bir eşya statüsündedir. Diğer deyişle, kişisel bilgisayarların üstlendiği birçok fonksiyon açısından bir alternatifi de mevcut değildir.

Kişisel bilgisayarlar geçmişte, tüketiciler için lüks bir eşya statüsündeyken, günümüzde, birçok işlemin yapılabilmesi için vazgeçilmesi oldukça güç bir öneme sahiptir. Bu bağlamda kişisel bilgisayarların, artık, bir aile için zorunlu eşya olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Pandemi döneminde, birçok hizmetin internet ortamı üzerinden uzaktan erişimle sağlanmaya başlaması, bu bağlamda, eğitim öğretim faaliyetlerinin büyük ölçüde internet üzerinden yürütülmesi, bilgisayarın günlük hayat için ne kadar önemli olduğunu gözler önüne sermektedir. Şu halde, haciz uygulaması açısından bilgisayarı, İİK m. 82/1, b.3 kapsamında “borçlu ve aynı çatı altında yaşayan ailesi için lüzumlu eşya” olarak kabul etmek noktasında tereddüt gösterilmemesi gerekir. Bununla birlikte, borçlunun birden fazla bilgisayarı varsa, bunlardan biri haczedilip diğer bırakılabilir.

¹⁰¹ Bkz. Kuru, 1962, s. 291.

¹⁰² Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 271.

¹⁰³ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 139.

Bilgisayar (donanımı) bir eşya olarak İİK m. 82/1, b. 3 uyarınca haciz kapsamı dışında bırakılırken, bu bilgisayarda yüklü yazılımlara ilişkin kullanım lisanslarının akibetinin ne olacağı noktasında şu şekilde bir ayrıma gidilebilir: **İşletim sistemi yazılım kullanım lisansları açısından**, ister bunların devri için bilgisayarın devri gereksin ister gerekmesin (yani müstakil olarak devri mümkün olsun), kişisel bilgisayarın kullanılabilmesi, ondan istifade edilebilmesi için – olmazsa olmaz – unsurlar olduğu için, bu lisansların da haciz kapsamı dışında bırakılması gerektiği düşünülebilir. **Fakat bu noktada şöyle bir yaklaşım da ileri sürülebilir:** Günümüzde birçok yazılım için olduğu gibi, işletim sistemleri için de ücretsiz (açık kaynak) alternatifler vardır. Alacaklının alacağına kavuşması açısından, işletim sistemi kullanım lisansının haciz sonrasında satışından elde edilecek gelirin önemi dikkate alındığında, bilgisayar donanımını haciz kapsamı dışında bırakıp yazılım kullanım lisansının hacze konu edilmesi, menfaat dengesine uygun olacaktır. *Fikrimizce* böyle bir yaklaşım da dikkate alınmaya değerdir. **Ofis yazılımları kullanım lisansları açısından** da bu (ikinci) yaklaşım benimsenebilir. Bunun dışında kalan yazılımların kullanım lisansları açısından ise, eğer bunlar, borçlunun yaşamı için esaslı bir öneme sahip değilse, mesela bir oyun lisansı ise, hacze konu edilmelidir.

3.4.2. Kişisel Bilgisayarın Mesleki İhtiyaç Olması Sebebiyle Haczedilemezliği

İİK m. 82/1, b. 2 gereğince ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya haczi caiz olmayan mal statüsündedir. Burada kazancın sermaye ağırlıklı mı yoksa bedeni çalışma ağırlıklı mı olduğu yönündeki ayrımın nasıl yapılacağı önem kazanmaktadır¹⁰⁴. Bu bağlamda, meslek ve sanat ile kastedilenin, borçlunun kişisel yeteneğine, kendi işgücüne ve kendi bilgi dağarcığına dayanarak yürüttüğü faaliyet olduğunu¹⁰⁵ vurgulamakta yarar vardır. Mesleğin (ya da sanatın) ayırıcı özelliğinin, bunu yapan kişinin belli bir hazırlık döneminden sonra elde ettiği özel yetenekte toplanmasına karşılık, bir girişimi belirleyen hususun, bunda yardımcı el emeğine gerek duyulması¹⁰⁶ olduğunu belirtmek mümkündür. Bu düzenleme yapılırken göz önüne alınan ilke, borçlunun sadece malvarlığı ile sorumlu olduğu, buna mukabil gelecek

¹⁰⁴ Bu hususta bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 429 Vd.

¹⁰⁵ Postacıoğlu/Altay, s. 430.

¹⁰⁶ Bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 432.

için korunması gereken iş gücü ile sorumlu olmadığıdır. Ancak zamanımızda araç, gereç yardımı olmaksızın icra edilebilecek bir meslek hemen hemen kalmadığından, İİK m. 82/1, b. 4'te “*sanat ve mesleki için lüzumlu olan alat ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtalarının*” haczedilemeyeceği hükme bağlanmıştır¹⁰⁷.

Bir eşya, normal şartlarda haczedilebilir nitelikte iken bir meslek ya da sanatın icrasına özgülendiği ihtimalde İİK m. 82/1, b. 2 kapsamına girerek haczedilemez niteliğe bürünebilir. Mesela, bir antika dükkanındaki daktilo haczedilebilir iken, aynı daktilo arzuhalcinin olduğu ihtimalde haczedilemez niteliğe bürünecektir. Öğretide, İİK m. 82/1, b. 2 (ve b. 4) kapsamında değerlendirilecek durumlara misal olarak, avukatın bürosundaki bilgisayarı ve kitapları; Pazar yerlerini takip eden seyyar satıcının beygiri, ayakkabı tamircisinin dükkanındaki dikiş makinesi ve terzinin dikiş makinesi, kuaförün döner koltuğu, manikür-pedikür-spa koltuğu¹⁰⁸ verilmektedir. Buna mukabil, sermaye unsurunun borçlunun kişisel çalışma ve faaliyetlerine oranla üstün olduğu ihtimallerde teşebbüsün söz konusu olduğu ve bu nedenle borçlunun bu teşebbüsü için kullandığı araçların haczedilebileceği dile getirilmiştir; bunlara misal olarak, kahvecinin kahvedeki eşyası, otel eşyası, fabrikatörün fabrikası, zahirecinin baskülü, sinemacının sinema makineleri, taksi veya dolmuş şoförünün otomobili, nakliyecinin kamyonu veya otobüsü, müteahhittin otomobili, büyük çiftçinin traktörü, oto tamirhanesinde kullanılan aletler, peynir imalathanesindeki makineler¹⁰⁹ verilmektedir.

Bilgisayarın bir meslek ya da sanatın icrasına özgülendiği birçok durum vardır. Bu bağlamda, bir avukatın bilgisayarı, bir bilgisayar programcısının ya da mühendisinin, grafik tasarımcının, inşaat mühendisinin ya da mimarın, makine mühendisinin, tekstil mühendisinin, elektrik elektronik mühendisinin bilgisayar donanımı – kıymeti ne olursa olsun¹¹⁰ – haczedilmemelidir.

¹⁰⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 273.

¹⁰⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 273.

¹⁰⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 273.

¹¹⁰ “...*Dairemizce oluşturulan son içtihatlar doğrultusunda haczedilemeyecek malların kapsamını tayin edebilmek için sanat sözcüğüyle eş anlamda kullanılmış olan meslek kavramının teşebbüsten ayıracak kısıtların açıklanması gerekir. Zirâ borçlu bir meslek sahibi sayıldığı takdirde bu mesleğiyle ilgili alet-edavat ve kitapları gibi mallar haczedilemeyecek aksine bir teşebbüs sahibi sayıldığı zaman teşebbüsün malları sermaye ağırlıklı olup haczedilebilecektir. Şikayet konusu incelenirken Mercüce gözönünde bulundurulması gereken husus borçlunun yaptığı işte sermaye ile emeğin karşılıklı oranları tespiti çalışılır ve emeğin de-*

Yazılımlar açısından ise, vurgulamak gerekir ki, yukarıda (3.4.1. son paragraf) ileri sürülen (ikinci) yaklaşım burada benimsenez. Yani, bu kişilerin bilgisayarlarındaki işletim sistemi ve **mesleğin ya da sanatın icrası için kullandıkları yazılımlara ilişkin lisanslar haczedilemez**. Bunun sebebi, sadece donanımın değil, bu türden yazılımlara ait lisansların da İİK m. 82/1, b. 2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Bu bağlamda, mesela, bir bilgisayar programcısının yazılım geliştirme araçlarına ilişkin lisansları, bir inşaat mühendisinin ya da mimarın ya da makine mühendisinin CAD/CAM vb. tasarım/çizim yazılımlarına ilişkin lisansları, bir tekstil mühendisinin tekstil tasarım programı lisansı **ücretsiz alternatifini bulsun ya da bulunmasını haczedilemez**. Zira bu yazılımların kullanımını öğrenmek önemli bir zaman ve emek istemektedir. Belirli bir yazılımı kullanmayı öğrenen/bilen bir meslek ya da sanat erbabından, bunun alternatifi olan başka bir yazılımı kullanmayı öğrenmesini beklemek mümkün değildir. Aksi yönde düşünmek, taraflar arasındaki menfaat dengesinin zedelenmesine yol açacaktır.

3.4.3. Sabit Diskin Her İhtimalde Haczi Caiz Olmayan Mal Kabul Edilmesi Gerekliliği

Sabit disk bir bilgisayarın bütünleyici parçası olması sebebiyle, bilgisayarın (donanımının) haczine dâhil olacaktır. Buna mukabil, sabit diskin – her ihtimalde – yani, bilgisayarın haczinin caiz olduğu ihtimalde de haciz kapsamı dışında bırakılması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun birçok sebebi vardır: İlk olarak, sabit disk içinde birçok kişisel veri barındırmaktadır. Bu verilerin somut olayda ayrıştırılması, mesela borçludan kişisel verilerini sabit diskten silmesini beklemek kolay olmayacaktır. Bunun dışında, sabit disk, sadece kişisel veri değil, birçok önemli ticari veya entelektüel bilgi de ihtiva edebilir. Mesela henüz alenileşmemiş bir eser, ticari sır niteliğindeki dokümanlar haczedilen bilgisayarda yer alan sabit diskte bulunabilir. Burada yöntem olarak, sabit diskteki bütün verilerin silinmesi de *fikrimizce* benimsenebilir bir yöntem değildir. Zira sabit diskteki tüm veriler silinse dahi, veri kurtarma araçları ile bunların yeniden getirilmesi mümkündür. Bu

ğerin sermayenin değerinden fazla olduğu görülürse bir mesleğin varlığına aksi takdirde bir teşebbüsün söz konusu olduğuna hükmedilir (HGK. 2.12.1972 tarih 72-572-974 sayılı karar). Bu kurallar ışığında somut olayın incelenmesinde bilgisayar ve eklentileri (beyin, klavye, printer) borçlunun mesleğini devam ettirmesi zorunlu alelilerden olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca hemen belirtelim ki, kıymeti fazla olsa dahi mesleki eşyanın haczedilemeyeceğine karar verilerek borçluda bırakılması zorunludur. Bir başka anlatımla İ.İ.K. 'nun 82/12 maddesine benzer bir kıyaslama bu gibi halde uygulanmaz...' Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 20.10.2003, 16696/20386 (Postacıoğlu/Altay, s. 436-437 dn. 70).

ise, (belirtilen yöntemde) kötüniyetli teşebbüslere karşı borçlunun yeterince korunmaması anlamına gelmektedir. Nitekim, bazı firmalar, atıl hale gelmiş bilgisayarları kullanımdan çıkarıp ihale ile satışa çıkarırken sabit disklerini uhdelerinde tutabilmektedir. Şu halde, sabit diskin borçlunun elinde bırakılarak – hacze konu edilmemesinde – borçlunun korunmaya değer önemli menfaatlerinin olacağı açıktır.

Sabit diskin haciz kapsamı dışında tutularak, borçlu elinde bırakılması şu şekilde bir sorunun sorulmasına sebep olabilecektir: Sabit diskte yüklü olan yazılımlara ait kullanım lisanslarının haczedilmiş olması ihtimalinde bunların akıbeti ne olacaktır? *Fikrimizce*, çalışma boyunca dile getirilen açıklamalar çerçevesinde bu sorunun çözümü mümkündür. Şöyle ki, böyle bir ihtimalde, haczedilen yazılım kullanım lisanslarını cebri arttırma neticesinde elde eden üçüncü kişinin, yazılım dosyalarını (imajını) edinmek ve bunu bilgisayara takacağı yeni sabit diske yüklemek noktasında lisans veren konumundaki yazılım üretici firmaya başvurabilecek, yazılım üreticisi firma da İİK m. 94/1 kapsamında kendisine haciz işlemi esnasında yapılan bildirim uyarınca, bunları sağlamaktan kaçınamayacaktır. Böylelikle, yazılım lisansını cebri arttırmadan edinen kişinin yazılımı *lisanslı* olarak kullanması için gereken teknik işlemler gerçekleştirilmiş olacaktır.

SONUÇ

Bilgisayarların, basit bir mekanik cihaz gibi sadece maddeden ibaret bir eşya olarak nitelendirilmesine izin vermeyen “donanım” ve “yazılım” unsurlarından meydana gelen yapısı, onun, hukuki açıdan iki farklı boyuttan ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bilgisayarların cismani yanını meydana getiren donanım parçalarının birbirleri arasındaki ilişki eşya hukukundaki asıl eşya ile bütünleyici parça ve eklenti kavramları çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu bağlamda bilgisayar bir eşya topluluğu, daha somut ifadeyle bir bileşik eşyadır. Bilgisayarların – gerçek anlamda – bir fonksiyon ifa edebilmesi ise, ancak ve ancak, yazılımlarla mümkün olabilmektedir. Cismani bir nesne olarak nitelendirilmekten oldukça uzak olan yazılımlar, entelektüel birer değer olarak eşya hukukunun değil, fikri mülkiyet hukukunun konusuna girmekte ve *eser* olarak nitelendirilmektedir. Bir bütün olarak bilgisayarın bu *iki boyutlu* yapısı, üzerinde tasarruf işlemleri gerçekleştirileceği durumlarda ayrıca öneme sahiptir. Gerçekten, bilgisayarın (donanımının) devredilmesi, bu bilgisayarda yüklü yazılım üzerinde sahip olunan hakların da doğrudan devredilmiş olacağı sonucunu (her zaman için) doğurmamaktadır. Böyle bir sonucun doğmamasının en temel sebebi, bilgisayarda yüklü yazılım üzerindeki

hakların, - uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere – lisans sözleşmesinden doğan bir *yazılım kullanım hakkı* niteliğinde olması ve bu lisansın (ruhsatın) devrinin de eşya hukukundaki taşınır mülkiyetinin devrinden farklı hükümlere tabi olmasıdır. Bu farklılık, bilgisayar üzerinde haciz işlemi uygulandığında da kendini göstermektedir. Zira taşınır bir mal olarak bilgisayar *donanımının* haczinin, o bilgisayarda yüklü olan yazılımlar üzerinde sahip olunan lisans hakkının da haczedildiği sonucunu *doğrudan* doğurmayacaktır.

Bilgisayar kavramının kendisi gibi bilgisayarı meydana getiren unsurların da değişkenliği sebebiyle bu unsurlar arasında asıl eşya ve bütünleyici parça ya da eklenti ilişkisini kurarken ortaya çıkacak göreceliliği bertaraf etmek üzere, konuyu kişisel bilgisayarlara (daha somut şekilde masaüstü bilgisayarlara) indirgeyerek ele alan bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Kişisel bilgisayar donanımı, eşya hukuku açısından bir eşya topluluğu, bileşik eşyadır. Kanaatimizce, güç besleme ünitesi (güç kaynağı), merkezi işlemci ünitesi (central processing unit; CPU), anakart, yazı, ses ve görüntü verileri için temel girdi/çıkıtı birimleri (USB, PS2, ethernet bağlantı arayüzü, ekran kartı, ses kartı...; bunlar genellikle anakartla tümleşiktir), rastgele erişilebilir bellek (random access memory; RAM), sabit disk, bilgisayar kasası, monitör ve klavye kişisel bilgisayarın *bütünleyici parçaları* olarak kabul edilmelidir. Buna mukabil, *fare, yazıcı, tarayıcı, kamera* gibi unsurların eklenti olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Kişisel bilgisayar donanımını oluşturan parçalar arasında asıl eşya – bütünleyici parça (veya eklenti) ilişkisi kurmak mümkün olmakla birlikte, bu bilgisayarın veri taşıyıcısında (sabit diskinde) yüklü yazılımlar ile bilgisayar (asıl şey) arasında böyle bir ilişki kurmak mümkün değildir. Bunun temel sebebi, bütünleyici parça yahut eklenti olarak nitelendirilebilecek şeyin *maddi bir varlığının* bulunmasının gerekirken, yazılımların gayri maddi mal olmalarıdır. Şu halde, bilgisayar üzerindeki yüklü yazılımlar üzerindeki hak sahipliği eşya hukukuna göre değil, fikri mülkiyet hukukuna göre tespit edilmeli ve bu tespitte yazılım üzerindeki hak sahipliğinin hangi hukuki işlemle kazanıldığı kıstas alınmalıdır. Uygulamada söz konusu işlem, genellikle, FSEK’te ruhsat verilmesi (m. 48/2) olarak adlandırılan *lisans verilmesi* şeklinde gerçekleştirilmektedir. Gerçekten fikri mülkiyet hukuku anlamında bir eser olan yazılımlar üzerinde mali hak sahibi olanlar (veya mali hakları kullanma yetkisine sahip olan yazılım üreticileri), genellikle, bu eserler üzerindeki mali hakları devretmek yoluyla değil, bunlar üzerinde lisans vermek, yani sadece kullanma hakkı tanımak suretiyle iktisadi kazanç elde

etmektedir. Şu halde, kişisel bilgisayarın donanımı üzerinde gerçekleştirilen bir tasarruf işleminin *doğrudan* bu bilgisayarda yüklü yazılımı da kapsayacağı söylenemez. Bilgisayarda yüklü yazılım üzerindeki kullanma hakkının devri, mali hak sahibinden veya bu hakkı kullanma yetkisine sahip kimseden yazılım kullanma lisansı alanın, bu lisansı üçüncü kişiye devretme kabiliyetine göre belirlenecek olup burada işlerlik kazanacak temel düzenleme ise FSEK m. 49/1 olacaktır. Bu düzenleme gereğince, yazılım lisans sözleşmesinden doğan yazılım kullanma hakkına sahip olan lisans alan, sahip olduğu bu lisansı üçüncü bir kişiye devrederken lisans veren konumundaki yazılım üreticisinin yazılı iznine ihtiyaç duyacaktır. Her ne kadar, uygulamada yazılım lisans sözleşmelerinde bu türden düzenlemelere (izinlere) belirli koşullar altında yer verilebildiği görülmekte ise de, bu sözleşmelerin çoğunlukla *click – wrap* şeklinde yapılması ve bu usulün FSEK m. 49/1 ve m. 52/1 anlamında yazılılık koşulunu sağlamayacağı düşünebilirse de, dürüstlük ilkesi ve bunun bir uzantısı olan çelişkili davranma yasağı gereğince belirtilen şekilde yapılan sözleşmelerin geçerli kabul edileceği açıktır. Bununla birlikte, söz konusu uygulamanın yaygınlığı göz önünde bulundurularak FSEK’te gerekli değişikliklerin yapılması isabetli olacaktır.

FSEK m. 49/1 yazılım üzerinde sahip olunan lisans hakkının (lisans alan tarafından) üçüncü bir kişiye devredilmesine önemli kısıtlamalar getirmiş olsa da, yayma hakkının tükenmesine ilişkin FSEK m. 23/2 düzenlemesi ve yazılım kullanım lisanslarının piyasaya arzını ilk satış kapsamında değerlendiren yargı kararlarıyla, uygulamada – ikinci el yazılım lisansı satışı – olarak anılan işlemler hukuki bir dayanağa kavuşabilmektedir. Tükenme ilkesine işlerlik kazandıracak hukuki işlem olarak FSEK m. 23/2’de sadece *satış* ifade edilmiş olsa da, trampa ve bağış şeklinde mülkiyetin devrini doğuran diğer işlemler de bu babda değerlendirilmektedir. Söz konusu yargısal yorumun –yazılım kullanım lisansları açısından- FSEK’e yansıtılması isabetli olacaktır.

Kişisel bilgisayar üzerinde haciz işleminin nasıl cereyan edeceğini açıklığa kavuştururken, onu meydana getiren donanım unsurları ve yazılım unsurları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu noktada ilk olarak, kişisel bilgisayar donanımının haczinin *doğrudan* bu donanımın içinde bir bütünleyici parça teşkil eden sabit diskte yüklü yazılımlar üzerindeki kullanım hakkının da haczedildiği sonucunu doğurmayacağını vurgulamakta yarar vardır. Bilgisayar donanımı açısından ise, haciz işlemi noktasında gündeme gelecek olan şey, bütünleyici parça ve eklenti niteliğindeki donanım bileşenlerinin ne ölçüde hacze dâhil olacağıdır. Bütünleyici parçalar asıl şeyden ayrı

haczedilemeyeceğine göre, (somut olayda mevcut olduğu ölçüde) güç besleme ünitesi, merkezi işlemci ünitesi, anakart, yazı, ses ve görüntü gibi veri transferi için temel girdi/çıkıktı birimleri, rastgele erişilebilir bellek üniteleri (RAM), *sabit disk*, bilgisayar kasası, monitör ve klavye –kişisel bilgisayarın haczine– dâhil olacaktır. Her ne kadar biraz önce sabit disk de bu bağlamda hacze dâhil unsurlar arasında sayılmış ise de, sabit disk içinde mevcut olan birçok verinin niteliği dikkate alındığında, bu donanım unsurunun –her ihtimalde- borçlu elinde bırakılması, daha açık bir ifadeyle haciz kapsamı dışında kalması (yani haczedilemez mal olarak kabul edilmesi) son derece önemlidir. Ayrıca ifade etmekte yarar vardır ki, teorik açıdan her ne kadar bütünlüğü parçalardan birinin mevcut olmaması halinde, geriye kalan eşya topluluğu asıl eşya niteliğini kaybetmekte ise de, bunu geriye kalan eşyaların ekonomik anlamda bir bütün teşkil edip etmeyeceğine göre değerlendirmek gerekecektir. Bu bağlamda, hacze konu edilecek bilgisayar donanımında monitör ya da klavye gibi unsurların mevcut olmaması bu donanımın – bir bütün olarak – haczedilmesine mani olmayacaktır. Diğer deyişle, böyle bir ihtimalde söz konusu bilgisayar parçalarının ayrı ayrı haczi gerekmeyecektir. Asıl şey üzerinde uygulanan hacze, ondan hariç tutulmayan eklentiler de (kendiliğinden) dâhil olacağından, kişisel bilgisayarın kullanım amacına bağlı olarak ona takılan fare, kamera, grafik tablet, kulaklık gibi donanımlar da bilgisayar (donanımı) ile birlikte haczedilmiş sayılacaktır. Buna mukabil, bütünlüğü parçalardan farklı olarak eklentilerin asıl şeyden ayrı olarak haczedilmesi, hem bunların müstakil olarak hacze konu edilebilmelerine hem de bilgisayar donanımı haczedildiğinde ondan ayrı tutulmalarına imkân sağlayacaktır. Son olarak, bilgisayar donanımının haczi, taşınırın haczine ilişkin hükümlere göre olacaktır.

Yazılım lisans sözleşmesi uyarınca yazılım üzerinde sahip olunan lisansın haczinin mümkün olup olmadığını tespit ederken ilk olarak, bunun maddi hukuka göre devredilebilir nitelikte olduğunu tespit etmek gerekecektir. Zira, maddi hukuka göre devredilmeyen bir malın (veya hakkın) haczi caiz olmamaktadır. FSEK m. 49/1 (ve ayrıca m. 54/1) bu noktada önemli ölçüde tereddüde yol açmaktadır. Yazılım lisans sözleşmelerinde genellikle – belirli koşullar altında – yazılım kullanım lisansının, lisans alan tarafından üçüncü kişilere devredilebileceğine yönelik düzenlemelere yer verilse de, FSEK m. 49/1’in sınırlayıcı etkisini aşmak noktasında en etkili mekanizma FSEK m. 23/2’te yer alan tükenme ilkesine başvurmadır. Her ne kadar, bu ilke, bir eserin aslının ya da çoğaltılmış nüshalarının (sadece) ilk *satışında* etkinlik kazanabilir gibi görünse de, AAD kararında ve Türk yargısında, yazılım

lisansının verilmesinin (piyasaya arzının) da ilk satış olarak yorumlandığını görmek mümkündür. Şu halde, yazılım lisans sözleşmelerinden doğan yazılım kullanım lisansının, borçlunun bir para borcundan dolayı hacze konu edilebilmesi mümkündür. Yazılım lisansı üzerinde haciz işleminin hangi düzenlemelere göre gerçekleştirileceği noktasında tereddüt yaşanabilirse de, cebri artırma sonucu yazılım kullanım lisansını edinecek üçüncü kişinin, yazılım üreticisinin benimsemiş olduğu lisans yönetim politikalarının teknik sınırlandırmalarından bağışık bir şekilde yazılımı kullanabilmesi için, yazılım üzerinde uygulanan haczin (haciz aşamasında) yazılım üreticisine (lisans verene) bildirilmesinin önemi dikkate alınarak, İİK m. 94'ün kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Kişisel bilgisayarın haczi noktasında gündeme getirilmesi gereken bir başka mevzu, onun (hem donanım unsurları hem yazılım unsurları açısından) hangi durumlarda haczedilemez mal niteliğine bürüneceğidir. Kişisel bilgisayar, İİK m. 82/1, b.3 kapsamında “borçlu ve aynı çatı altında yaşayan ailesi için lüzumlu eşya” olarak kabul etmek noktasında tereddüt gösterilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, borçlunun birden fazla bilgisayarı varsa, bunlardan biri haczedilip diğer bırakılabilir. Bilgisayar (donanımı) bir eşya olarak İİK m. 82/1, b. 3 uyarınca haciz kapsamı dışında bırakılırken, bu bilgisayarda yüklü yazılımlara ilişkin kullanım lisanslarının akıbetinin ne olacağı noktasında şu şekilde bir ayrıma gidilebilir: İşletim sistemi yazılım kullanım lisansları açısından, ister bunların devri için bilgisayarın devri gereksin ister gerekmesin, kişisel bilgisayarın kullanılabilmesi, ondan istifade edilebilmesi için – olmazsa olmaz – unsurlar olduğu için, bu lisansların da haciz kapsamı dışında bırakılması gerektiği düşünülebilir. Fakat bu noktada şöyle bir yaklaşım da ileri sürülebilir: Günümüzde birçok yazılım için olduğu gibi, işletim sistemleri için de ücretsiz (açık kaynak) alternatifler vardır. Alacaklının alacağına kavuşması açısından, bir işletim sistemi kullanım lisansının haciz sonrasında satışından elde edilecek gelirin önemi dikkate alındığında, bilgisayar donanımını haciz kapsamı dışında bırakıp, yazılım kullanım lisansının hacze konu yapılabilmesinin mümkün görülmesi, menfaat dengesine uygun olacaktır. *Fikrimizce* böyle bir yaklaşım da dikkate alınmaya değerdir. Ofis yazılımları kullanım lisansları açısından da bu (ikinci) yaklaşım benimsenebilir. Bunun dışında kalan yazılımların kullanım lisansları açısından ise, eğer bunlar, borçlunun yaşamı için esaslı bir öneme sahip değilse, mesela bir oyun lisansı ise, hacze konu edilmelidir.

Kişisel bilgisayar, normal şartlarda haczedilebilir nitelikte iken bir meslek ya da sanatın icrasına özgülendiği ihtimalde İİK m. 82/1, b. 2 kapsamına

girerek haczedilemez niteliğe bürünebilir. Yazılımlar açısından ise, vurgulamak gerekir ki, yukarıda ileri sürülen (ikinci) yaklaşım burada benimsenemez. Yani, bu kişilerin bilgisayarlarındaki işletim sistemi ve mesleğin ya da sanatın icrası için kullandıkları yazılımlara ilişkin lisanslar haczedilemez. Bunun sebebi, sadece donanımın değil, bu türden yazılımlara ait lisansların da İİK m. 82/1, b. 2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Bu bağlamda, mesela, bir bilgisayar programcısının yazılım geliştirme araçlarına ilişkin lisansları, bir inşaat mühendisinin ya da mimarın ya da makine mühendisinin CAD/CAM, katı modelleme vb. tasarım/çizim yazılımlarına ilişkin lisansları, bir tekstil mühendisinin tekstil tasarım programı lisansı ücretsiz alternatifi bulsun ya da bulunmasın haczedilemez. Zira bu yazılımların kullanımını öğrenmek önemli bir zaman ve emek istemektedir. Belirli bir yazılımı kullanmayı öğrenen/bilen bir meslek ya da sanat erbabından, bunun alternatifi olan başka bir yazılımı kullanmayı öğrenmesini beklemek menfaat dengesine uygun düşmeyecektir.

Son olarak, bir kişisel bilgisayarın bütünleyici parçası olmasına rağmen, sabit diskin içinde barındırdığı verilerin sahip olabileceği öneme binaen, her ihtimalde haczi kabil olmayan mallardan sayılması, bu hususta Kanun'da düzenlemeye gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Sabit diskin bu şekilde haciz kapsamı dışında tutulması ihtimalinde, bu veri taşıyıcısında yüklü olan yazılımlar üzerindeki lisans hakkının pratikte nasıl haczedilip sonrasında üçüncü kişiler tarafından kullanılabilmesi de, haczin İİK m. 94/1 hükümlerine göre yapılması ve haciz aşamasında lisans veren yazılım üreticisi firmaya haczin bildirilmesi suretiyle çözümlenebilecek bir meseledir.

KAYNAKÇA

Akıntürk T, Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, 2009.

Aksu M, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açından Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi”, 2015, 1(1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, s. 1-28.

Altay S, “5846 Sayılı FSEK Bağlamında Mali hakların Hacine ve İflas Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi”, 1998, 56(1-4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 209-218.

Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar-Ayvaz S/Hanağası E, İcra ve İflâs Hukuku, 4.

Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2018.

Atasoy E, “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbiri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları”, 2013, 2, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, s. 29-56.

Aydıncık Ş, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2005)

Bolayır N, “Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi”, 2014, 16(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2513-2570.

Çelik A, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali, İhlalin Sonuçları’ (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2010).

Dalyan Ş, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Eker-Erkekoğlu A, ‘Yazılım Lisans Sözleşmeleri’ (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi 2019)

Erbek Ö, “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, 2009, 11(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-68.

Ercoskun-Şenol H. K, “Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”, 2013, 3(1), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 45-64.

Erişgin N, “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmelerin Hukukî Niteliği”, 2003, 52(4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 41-68.

Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2016.

Erzurumlu N, “Türk Hukukunda Fikri Mülkiyete Konu Malların Cebri İcrası”, 2017, 1, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 167-191.

EU Directive 2009/24/EC <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2020.

İçli Ş, ‘Fikri Mülkiyet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması’ (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2019)

Kaya A, Makalelerim-I, Beta Yayıncılık, 2012.

- Kuru B, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, 1962, 19(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 277-326.
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, Legal Yayıncılık, 2016.
- “Microsoft Windows 10 için Microsoft Yazılımı Lisans Koşulları (Windows İşletim Sistemi) Sözleşmesi m. 4” <https://www.microsoft.com/en-us/Useterms/Retail/Windows/10/Useterms_Retail_Windows_10_Turkish.htm> Erişim Tarihi 22 Kasım 2020.
- Muşul T, İcra ve İflâs Hukuku (Cilt: 1), 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Oğuzman M. K/Seliçi, Ö/Oktay-Özdemir, S, Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Onuş A, ‘Eklenti Kavramı ve Buna Bağlanan Hukukî Sonuçlar’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2018)
- Özkan Y, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmelerinin Sağladığı Lisans Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, 2017, 8(32), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 367-389.
- Postacıoğlu İ. E./Altay S, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Rigdon J. C., Dictionary of Computer and Internet Terms (Vol. 1), Charterville (GA/USA) 2016 < http://www.damanhour.edu.eg/pdf/738/dictionaries/Dictionary_of_Computer_and_Internet_Terms_Words.pdf> Erişim Tarihi 10 Aralık 2020
- Serozan R, Eşya Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014.
- Sıvacioğlu E. E, ‘Software License Agreements’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019)
- Sirmen L, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Suluk C/Karasu R/Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Şahan G, ‘Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi’ (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2015).
- TDK Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2020.
- Tekinalp Ü, Fikrî Mülkiyet Hukuku, Beta Yayıncılık, 1999.

- Tiftik N/Özdal Ö, “Yazılımda Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması”, YKGS2008: Yazılım Kalitesi ve Yazılım Geliştirme Araçları 2008, 9-10 Ekim 2008, İstanbul, <https://softwaresuccess.org/papers/ykgs2008%20Cd/pdfBildiriler/22ykgs2008_24.pdf> Erişim Tarihi 26 Kasım 2020.
- Tüysüz N, ‘(5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre) Fikri Hakların Haczi ve Paraya Çevrilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2017)
- Yazıcı E. S, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Korunması, Oniki Levha, 2019.
- Yelmen A, “Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, 2020, 22(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 991-1019.
- Yıldırım M. K/Deren-Yıldırım N, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, 2015.
- Yıldırım M. F, “Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu”, 2013, 7(1-2), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 563-580.
- Yüksel-Orhun M, “Haczin Tasarruf Yetkisine Etkisi”, 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 2079-2104.

BORÇLARIN NİSBİLİĞİ İLKESİ VE TÜRK MİRAS HUKUKU ANLAMINDA MİRASBIRAKANIN BORÇLARINDAN DOLAYI MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU

Mustafa ŞAHİN*

ÖZ

Türk Borçlar Hukukununun temel ilkelerinden birisi borç ilişkisi sonrası ortaya çıkan alacak ve borçların nisbiliği ilkesidir. Buna göre kural olarak alacak borç ilişkisinin kurulmasının ardından ortaya çıkan borç ve alacak, sadece hukuki işlemin taraflarını ilgilendirmektedir. Bir hukuki işlemle, işlemin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin borçtan sorumlu olması söz konusu değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 5. Maddesi, "Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikte hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel borç ilişkilerine" uygulanır şeklinde hüküm koymuştur.

Miras hukuku, özel hukukun ve medeni hukukun bir alt dalı olarak Türk Medeni Kanunu içerisinde yer almaktadır. Klasik anlayış çerçevesinde bugüne kadar "Külli Halefiyet İlkesi" uyarınca, mirasbırakanın ölümüyle birlikte açılan miras sonrası tereke, mirasçılara bir bütün halinde geçer. Mirasçılar, ölümle birlikte, mirasbırakanın aktifine sahip olduğu kadar aynı anda pasifine de sahip olmaktadır. Kanun'da malvarlığı dışında özel haller de ayrıca düzenlenerek "tereki borcu" sorumluluğu esası getirilmiştir. Buna göre mirasçılar, mirasbırakanın tüm borçlarından kanunda sayılan haller saklı kalmak kaydıyla, m. 641/I ve 681/I hükümleri çerçevesinde "müteselsilen ve şahsen" sorumludurlar.

Bu düzenlemeler bir bütün halinde düşünüldüğünde mirasçılarının, mirasbırakanın borçlarından şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulmaları hakkaniyete aykırıdır. Bu çalışma ile, mirasçılarının bu anlamda en fazla sorumluluğunun devletin sorumluluğunda olduğu gibi kendilerine kalan terekedeki aktiflerle sınırlı olması gerektiği kanaati sunulmuştur. Bu fikrin temelleri izah edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Borçların Nisbiliği, Mirasçının Sorumluluğu, Miras, Şahsen ve Müteselsilen Sorumluluk, Külli Halefiyet

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** mustafa.sahin@hbu.edu.tr

ORCID : 0000-0001-6496-0439

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933972

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/01/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/02/2021

RELATIVITY OF DEBT PRINCIPLE AND RESPONSIBILITY OF THE INHERITORS DUE TO THE DEBTS OF THE INHERITANCE IN THE TERMS OF TURKISH INHERITANCE LAW

ABSTRACT

One of the basic principles of Turkish Law of Obligations is the principle of proportionality of receivables and debts that occur after the debt relationship. Accordingly, as a rule, the debt and receivable arising after the establishment of the credit-debt relationship only concern the parties of the legal transaction. It is not possible for a third party who is not a party to the transaction to be liable for the debt with a legal transaction. The 5th article of the Turkish Civil Code has stipulated that “the general provisions of this Law and the Code of Obligations apply to all special debt relations as appropriate”.

Inheritance law is included in the Turkish Civil Code as a sub-branch of private law and civil law. Within the framework of the classical understanding, the inheritance after the inheritance, which was opened with the death of the inheritance, in accordance with the “Principle of Social Succession”, passes to the heirs as a whole. The inheritors have the active passive of the inheritance as well as the passive with the death. In the Turkish Civil Code, special cases other than assets are also regulated and the principle of “estate debt” has been introduced. Accordingly, the heirs are responsible for all debts of the inheritance “jointly and personally” within the framework of the provisions of the law, without prejudice to the cases listed in the Turkish Civil Code art. 641/I and art. 681/I.

When these regulations are considered as a whole, it is unfair to hold the heirs personally and severally responsible for the debts of the inheritance. With this study, it is suggested that the responsibility of the heirs should be limited to the assets in the estate left to them, as it is the responsibility of the state. The basics of this idea have been explained.

Keywords: *Relativity of Debt, Responsibility of the Heirs, Inheritance, Personal and Joint Liability, Total Subrogation*

I. GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu’nda üçüncü kitap olarak ve m. 495 ile m. 682 arasında “*Miras Hukuku*” düzenlenmektedir¹. Söz konusu maddeler arasında

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Dritter Teil: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Dreizehnter Titel: Die gesetzlichen Erben, Art. 457 – Art. 640,(<https://www.fedlex.admin.ch>).

miras hukukuna ait genel hükümler düzenlenmeksizin “*Yasal Mirasçılar*” bölümü ile birlikte kimlerin mirasçı sayılacağı belirtilmektedir. Bu sebeple Türk miras hukukuna hakim olan ilkeler, TMK’nın Miras Hukuku kitabı hükümleri çerçevesinde doktrinde ele alınmıştır.

Mirasbırakanın borçlarından dolayı mirasçılarının sorumluluğunun inceleneceği bu çalışmada, sınırlandırma olmaz ise miras hukuku kitabında yer alan neredeyse her başlık altında farklı şekillerde ele alınmaya uygundur. Çalışmamızda, bu konudaki temel ilkeler belirlenecek ve konuya ilişkin klasik anlayış dışındaki önerilerimiz sunulacaktır. Bu sebeple yeri geldiğince ilgili yerlere değinilecek, ana başlıkların dışına çıkılmayacaktır. Bu çalışmayı okuyan kimsenin miras hukuku bilgisi var olduğu kabul edilerek, kullanılan birçok kavram –konunun genişlememesi adına- açıklanmaksızın başlığımızla alakalı noktalarda ele alınacaktır. Nitekim mirasçılarının sorumluluğu konusuna baktığımızda, miras hukukuna girişten itibaren ilkeler, kavramlar, yasal mirasçılık ve mirasçılar, mirasçılarının hisseleri, ölüme bağlı tasarruflarla mirasbırakanın tasarrufta bulunması, mirasın geçmesi, açılması, kazanılması ve paylaşılması, mirasın kabulü, reddi, defter tutma, resmi tasfiye gibi daha birçok konuya bağlantıları dolayısıyla değinilmiştir. Her bir ana başlığın bu çalışmada detaylandırılması ve sınırlandırmaların tek tek sayılabilmesi bu sebeple mümkün olmadığından konunun esası dışında kullanılan cümleler genel ifadelerle dile getirilmiştir. Bu anlamda özellikle konunun sınırı açısından detay sayılabilecek konularda istisnalara değinilmeksizin genel ifadeler tercih edilmiş, konuya ilişkin detaylı çalışma yapacaklar için ilgili kaynaklara atıf yapmakla yetinilmiştir.

Türk miras hukukuna ait temel ilkelerden birisi “*külli Halefiyet*” ilkesidir. Bu ilke çerçevesinde ölümlerle birlikte miras açılır² (TMK m. 575/I³)⁴ ve ölen kişinin yani mirasbırakanın terekesi (tüm malvarlığı, hakları, alacakları, taşınır ve taşınmaz malları, borçları) Kanun veya iradi kaynaklı olarak belirlenmiş kişilere geçer⁵. Bu hüküm, TMK m. 599’da “*Mirasçılar, mirasbırakanın*

ch/eli/cc/24/233_245_233/de, 01.01.2021), (Fassungen: 01.01.2021).

² Ayiter Nuşin, *Miras Hukuku*, S Yayınları, s. 160.

³ ZGB, Art. 537 (Der Erbgang wird durch den Tod des Erblassers eröffnet).

⁴ Y. 2. HD, 22.032002, 2678-4148 (Ömer Uğur Gençcan, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat, Madde 531-1030, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 3491, 3492).

⁵ Kişiliğin sona ermesi bu çalışmada esas olarak “*ölüm*” hali esas alınarak değerlendirmeler yapılmıştır. Gerçek kişiliğin sona ermesine ilişkin ölüm haricindeki diğer haller olan

ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Türk – İsviçre hukuk sisteminde kabul edilen bu klasik anlayışın⁶ temelleri Roma ve Pandekt hukuku temellerine dayandırılmaktadır⁷.

Özellikle belirli mal vasiyeti şeklinde gerçekleşen ve cüz’i halefiyet ilkesi gereği sonuçlar doğuran hallerde ise tereke bir bütün olarak geçmemektedir⁸. Bu hallerde sadece belirli mal ve hakların belirli kişilere aktarılması söz konusudur. Mülkiyetin geçmesi sonucunu da doğuracak bir biçimde söz konusu mallar taşınmaz ise tescil, taşınır ise teslim ve alacak ise alacağın devri şeklinde tamamlanır⁹. Türk miras hukuku külli halefiyet ilkesini benimsemekle birlikte, mirasbırakanın ölümüyle birlikte tüm terekenin mirasçılara¹⁰, hiçbir işleme gerek olmaksızın ölümle birlikte¹¹, kendiliğinden (kanun gereği) geçeceği ilkeyi¹² tamamlayıcı bir ilke olarak belirlemektedir¹³. Mirasın taksimine kadar mirasçılar, miras ortaklığı şeklinde¹⁴, mirasın tamamı üzerinde elbirliği halinde maliktirler¹⁵. Her ne kadar mirasçılarının alacağı miras,

gaiplik, ölüm karinesi ve birlikte ölüm karinesinin miras hukukuna ilişkin sonuçlarına ilişkin detaylara –konunun esası dışında olması dolayısıyla- çalışmamızın sınırları açısından değinilmemiştir. TMK m. 584 – 588 arasında gaiplik halinde miras durumu detaylı olarak incelenmiştir. Gaiplik hakkında monografik çalışma için bkz. Hüseyin Tokat, Türk Hukukunda Gaiplik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, Gençcan Ö U, Miras Hukuku, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 746 vd.

⁶ ZGB, Art. 560: “*Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes*”.

⁷ Zahit İmre / Hasan Erman, Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık, Ölüme Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, 8. Bası, Der Yayınları, 2011, s. 9.

⁸ Escher A, (Çev. Ansay Sabri Şakir Ansay), Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1953, s. 5, Eren / Yücer Aktürk, s. 447, Gençcan, Miras, s. 712.

⁹ Kılıçoğlu, s. 790 vd.

¹⁰ Erişgin Nuri, “*Birlikte Mirasçılarının Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 122.

¹¹ Coquoz R Dr. (Çev. Güral Jale), “*Mirasın Reddinin, Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 1951, s.685, Gençcan, Miras, s. 1006.

¹² Ayiter, s. 182, Gençcan, Miras, s. 1006.

¹³ İmre, s. 10, Ayiter, s. 181.

¹⁴ Serozan R, / Engin B, İ, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, B. 6, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 561, Ayşe Nur Merve Yazıcı, Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 19.

¹⁵ Türk Medeni Kanunu m. 640 bu durumu “*miras ortaklığı*” başlığı altında “*Birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar; mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir*” şekilde

oransal olarak belirli olsa da taksime kadar her bir tereke içeriği açısından nihai durum bilinemeyecektir. Miras paylaşımının tamamlanması ile miras ortaklığı da son bulur¹⁶.

Külli halefiyet ilkesi sonucu terekenin bir bütün halinde ve hiçbir hukuki işleme gerek olmaksızın hukuki bir olay olan ölümle mirasçılara geçmiş olması mirasçılar açısından büyük kolaylıklar sunmaktadır¹⁷. Ne var ki aynı “*avantajlar*” mevcut TMK hükümleri uyarınca ölenin alacaklıları için de geçerlidir. Nitekim ölümle birlikte ölenin hakları yanında borçları da mirasçılara geçmektedir¹⁸. Bu çalışma ile tenkit edeceğimiz ve çağdaş gelişmeler ışığında artık bu ilkenin Kanun’da gerekli düzenlemeler yapılarak kaldırılması gerektiğini belirttiğimiz ilke burada kendini göstermektedir. Buna göre, “*mirasbırakanın borçlarından*” dolayı “*mirasçılarının*” sorumlu olacağı esastır. Bu sorumluluk öylesine izah edilemez bir haldedir ki ölenin aktifinin ne olduğuna bakılmaksızın mirasçılar ölenin –kural olarak- bütün borçlarını ödeme yükümlülüğü altındadır. Yine bu sorumluluk öylesine eleştiriye açık bir biçimde belirlenmiştir ki mirasçılar sadece kendilerine kalan tereke aktifleriyle sınırlı olmaksızın mirasbırakanın tüm borçlarından, kendi kişisel aktifleriyle ve –varsa- diğer mirasçılarla birlikte, miras hissesi oranında dahi olmayacak bir biçimde müteselsilen sorumludurlar. Elbette ilerde inceleyeceğimiz üzere müteselsil sorumluluğun bir gereği olarak hissesinden fazla ödemede bulunan mirasçının diğer mirasçılara rücu hakkı bulunmaktadır¹⁹. Ancak diğer mirasçılarının ödeme gücünün olmadığı varsayımında mirasçılardan birisinin bütün ekonomik hayatının sona ermesi an meselesidir.

Bahsettiğimiz durum ilginçtir ki bugüne kadar ciddi bir biçimde eleştirilmemiştir. Mirasbırakanın alacaklılarını korumak adına bu borç

kaleme almıştır. Erişgin, s. 124.

¹⁶ Özer Deniz Miray, “*Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabulucuk Bakımından Değerlendirilmesi*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 11 (1) , 2020, s.31.

¹⁷ Altaş H, Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, Ankara 2014, s. 120, Kılıçoğlu, 38.

¹⁸ Mirasbırakanın vergi borçlarından sorumluluğunun detayları monografik bir çalışma konusu olduğundan bu çalışmada değinilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Memduh Aslan, *Mirasçılarının Vergi Borçlarından Sorumluluğu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3-4, s. 128 – 144, Yazıcı, s. 119.

¹⁹ Serkan Ayan, “*Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamaşımına İlişkin Bazı Sorunlar*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S.4, 2020, s. 3-59’da monografik çalışmada “*rücu zamaşımı*” detaylı olarak incelenmiştir. Kılıçoğlu, s. 455-456, Erdogan, s. 170.

ilişkinin doğumunda hiçbir rolü olmayan mirasçı, süreç sonunda –geriye dönülemeyecek bir biçimde- borç sahibi olabilmektedir. Mevcut düzenleme ile borcun doğumunda hiçbir etkisi olmayan mirasçıların “*aktif davranışta*” bulunması beklenmektedir. Halbuki borç ilişkisinin doğmasında taraf olmayan bir kimsenin bu ilişkinin muhtemel olumsuz sonuçlarından kendisini korumaya zorlanması hakkaniyete aykırıdır. Kısaca eğer ortada mirasbırakanın bir borcu varsa ve bu borç mirasçılara geçen mirasbırakanın tereke aktifleriyle karşılanamıyorsa, bu borcun doğumunda taraf olmayan mirasçı, maalesef Kanun’un getirdiği sistemin bir sonucu olarak, esas ve usul eksiklikleri yaptığı için, mirasbırakanın tereke aktifleriyle karşılanamayan fazlaya ilişkin borcundan kişisel ve müteselsilen de sorumlu olmamalıdır²⁰. Bu yönüyle Türk – İsviçre hukuku görüldüğü üzere “*mirasçıya külfet*” getirmektedir. Bu çalışmada işte bu külfetin, usul ve esas eksiklikleri yapılmışsa borcun doğumunda taraf olmayan mirasçıların değil hukuki ilişkinin tarafı olan mirasbırakanın alacaklılara yüklenmesi gerektiği ve her ne olursa olsun süreç tamamlandığında mirasçının kendi kişisel aktifinden mirasçının alacaklılarının tatmin edilmemesi gerektiği fikri aşağıda detaylarıyla savunulmaktadır. Bu fikrin temellerini de yine hakkaniyet ve Türk borçlar hukukuna hakim temel bir ilke olan “*Borçların Nisbiligi*” ilkesi desteklemektedir.

II. BORÇLAR HUKUKU ANLAMINDA DÜZENLEMELER

A. Borçlar ve Miras Hukuku Bağı Üzerine Genel Değerlendirme

Türk Medeni Kanunu’nun 5. Maddesi “Bu Kanun ve Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır²¹.” hükmünü düzenlemektedir²². Türk Medeni Kanunu’nda miras hukuku kitabı, genel hükümler içermeksizin doğrudan miras hukuku özelini düzenlemeye başlamaktadır. Şu halde TMK ve TBK’nın genel hükümleri uygulanabilir alan bulduğu sürece miras hukukuna da uyarlanmalıdır. Elbette çalışmamızın konusu açıkça Kanun’la kaleme alınmış iken genel hükümlerin miras hukukuna uygulanabilmesi mümkün değildir²³.

²⁰ Y. 2. HD, 28.05.2003, 6392-7768, Gençcan, s. 3611.

²¹ İsviçre ve Alman Hukuku karşılaştırması için bkz. Escher, s. 7.

²² Cansel E, / Özel Ç, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 28, Erdoğan İ, / Keskin D, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, B.2, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 186 vd, Erdoğan, s. 10. Altaş, s. 366.

²³ Bu sebeple de teorik nitelikteki bu çalışmamızın sonunda kanun koyucuya, bahsettiğimiz ilke ve gerekçeler ışığında kanun değişikliği önerisinde bulunacağız.

1. Müteselsil Sorumluluk

Türk Medeni Kanunu m. 641/I açıkça “*Mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar*” hükmünü getirmiştir²⁴. TBK m. 162/I ve II gereğince, “*birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini*” bildirmez ise “*müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde*” ortaya çıkar. Bu hüküm, müteselsil borçluluğun istisna olduğunu işaret etmektedir²⁵. Müteselsil sorumluluğun kanundan doğan hallerinden birisi mirasçılarının, mirasbırakanın borçlarından dolayı sorumluluğudur²⁶. Konumuz başlığı altında borçlar hukuku anlamında bilmemiz gereken bir diğer detay ise mirasçının, mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunun şahsen ve “*müteselsilen*” olmasıdır²⁷. Müteselsil sorumluluk bilindiği üzere bir borçtan birden fazla kişilerin aynı anda borcun tamamından sorumlu olmalarıdır²⁸. Eren’de bu sorumluluk şu şekilde tanımlanır: “... *birden çok borçludan herbirinin alacaklıya karşı borcun tamamından şahsen sorumluluğu olduğu ve içlerinden yalnız birinin borcu ifa etmesiyle diğerlerinin de borçtan kurtulduğu borca, müteselsil borç denir*”²⁹. Mirasçılar da mevcut hükümler çerçevesinden mirasbırakanın alacaklılarına karşı hep birlikte ve müteselsilen sorumludurlar³⁰. Alacaklı dilerse alacağını mirasçılardan birisinden dilerse dilediği oranda mirasçılardan, alacağının tamamı tatmin edilene kadar isteyebilir. Hissesi oranından fazla alacaklıya ifada bulunan mirasçı iç ilişkide bu fazlalığı diğer mirasçılardan rücu ilişkisi çerçevesinde isteyebilir (TMK m. 682)³¹.

Mevcut mevzuatta mirasçılarının miras bırakanın borçlarından sorumluluğu her ne kadar “*müteselsil sorumluluk*” olarak düzenlenmiş olsa da önerimiz bu sorumluluğun “*müşterek (paylı) sorumluluk*” şekline dönüşmesi gerektiği

²⁴ ZGB, Art. 603: “*Für die Schulden des Erblassers werden die Erben solidarisch haftbar.*”

²⁵ Ayan, s. 4, Eren, s. 1345.

²⁶ Kılıçoğlu, s. 745, Eren, s. 1347.

²⁷ Eren, s. 1344. Bu sorumluluk türlerinin detaylarının bilindiği varsayımıyla çalışmaya devam edilecek ve konu, özü itibarıyla gerektiği kadar karşılaştırmalı olarak anlatılacaktır.

²⁸ Eren, s. 1344- 1345, Ayan, s. 5, Yazıcı, s.113.

²⁹ Oser / Schönerberger- ZK OR Vorbem. Zu Art. 143 – 150, Bucher, s. 491, Von Thur / Escher, s. 297 (Eren, s. 1342 dn. 22).

³⁰ Erdogan, s. 167, Eren, s. 1344.

³¹ Berki Ş, “*Türk Medeni Kanunu’nda Miras Hukukunun Esasları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 1, 1976, s. 133, Eren, s. 1344, Ayan, s. 11, Kılıçoğlu, s. 749 vd, Eren, s. 1353 vd.

yönündedir. Mirasbırakanın borçlarından mirasçılarının “*hisseleri oranında*” sorumlu olmaları gerekmektedir. Maalesef Türk – İsviçre hukuk sistemi, borçlar hukuku genel hükümler anlamında müteselsil sorumluluğu istisna, paylı sorumluluğu kural olarak belirlemiş olsa da³² izahı zor bir biçimde miras hukukunda, “*alacaklıyı*” koruma hedefine odaklanmıştır³³. Hükümler objektif olarak incelendiğinde, neredeyse birçok düzenleme “*mirasbırakanın alacaklılarının*” haklarını koruma veya alacaklının haklarının ihlal edilebilme ihtimali varsa mirasçıya bir külfet yükleyerek bir hak kaybı yaşanacaksa bile bu durumdan olumsuz etkilenen kişinin alacaklı değil mirasçı olması yoluna gidildiği görülecektir. Bu sonucu doğuracak hükümler, tarafımızca kabul edilemez bir düzenlemedir. Mirasbırakanın alacaklılarının ekonomik menfaatlerinin korunabilmesi adına mirasçılarının ekonomik hayatları ikinci plana atılmaktadır.

Örneğin, bir miras taksimi sürecinde mirasçılarının hepsinin mali durumu kötü sadece birisinin iyi ise mevcut düzenlemeler ışığında mirasbırakanın alacaklısının mali durumu iyi olana yönelmesi söz konusu olacaktır³⁴. Böyle bir durumda şahsen ve müteselsilen sorumlu olan mirasçının, miras ortaklığının tamamının borcunu ödemeyeceği, hissesi oranında ödemek istediği yönündeki talebi kabul edilmeyecek ve borcun tamamı tek bir mirasçı tarafından ödenecektir. Bunun sonunda da söz konusu mirasçı ciddi ekonomik tehditler altına girebilecektir. Halbuki hissesi oranında ödese bunu mali olarak karşılayabilecek alt yapısı olabilir. Herşeyden öte kendisi ahlaken de “*payına düşen borcu*” ödemeyi kabul ettiği için belki de mirası reddetmemişken diğer mirasçılarının hisselerini de ödemek zorunda kalacağı için sırf bu sebeple dahi kendisi ödemekten acz haline düşebilecektir. Bu sebeplerle mirasçının alacaklılarının, alacaklarını mirasçılardan sadece birisinden alabiliyor olmaları da kabul edilemez bir durumdur. Buna ilişkin yasal düzenlemeler hukuk sistemimize kazandırılarak çözümler üretilmelidir. Elbette bu sistemin yerleşmesi adına farklı seçenekler sunulabilir. Bu noktada karar mekanizması hakimnin somut olayları takdiri şeklinde belirlenebileceği gibi açık yasal düzenlemeler şeklinde de yapılabilir.

Mirasın geçiş hükümleri ve mirasçılarının müteselsil sorumlulukları birlikte değerlendirildiğinde tereke bir bütün halinde tüm mirasçılara geçmektedir³⁵.

³² Ayan, s. 4.

³³ Fikret Eren / İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 447.

³⁴ Berki, s. 133.

³⁵ Escher, s. 4.

Müteselsil sorumluluk gereği mirasbırakanın alacaklısının tek bir mirasçıdan alacağını talep etmesi diğer mirasçılardan terekenin tamamında hak sahibi olmalarına karşın borca katılmamaları sonucunu doğurmaktadır.

2. Şahsen (Kişisel) Sorumluluk

Bir başka borçlar hukuku bağlantısı ise mirasçılardan sorumluluğunun tüm malvarlıklarıyla “şahsen” sorumlu olmalarıdır³⁶. Buna göre mirasın taksim süreci tamamlanana kadar mirasçılar -ilerde görülecek farklı ihtimaller bir yana bırakıldığında- mirasbırakanın tüm borçlarından -kendilerine ne kadar aktif kaldığına bakılmaksızın- hem mirasbırakanın hem de kendi aktifleri ile birlikte mirasbırakanın alacaklıları tatmin edilinceye kadar aktiflerinden çıkış yapmak zorundadırlar³⁷. Halbuki önereceğimiz şekilde mirasçılardan sorumluluğu “terekenin dışı” mallarla sorumlu olmasa mirasçılardan süreç sonunda kişisel mallarından kaybedecekleri hiçbir şey olmayacağı için kendilerine kalan bir miras dolayısıyla “kaygıya” dahi düşmeleri engellenmiş olacaktır³⁸. Mevcut düzenlemeler ışığında –maalesef- alacaklıların hakları öncelikle korunduğu için süreç sonunda ilginç bir biçimde mirasçılardan tereke malları dışında kendi mallarından dahi ödeme yapma ihtimalleri/riskleri ve tehlikesi vardır³⁹. Nitekim mirasbırakanın borçları nedeniyle kimse iradesi dışında

³⁶ Türk Medeni Kanunu m. 599/I: “Mirasçılar, ... ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar”. Gençcan, Miras, s. 1008.

³⁷ Yazıcı, s.111.

³⁸ Eski Türk hukukunda, Ahkam- Şeriyeye’de, mirasçılardan, mirasbırakanın borçlarından dolayı sorumluluğunda da şahsi sorumluluk bulunmamakta idi. Bknz. İmre, s. 362. Ayrıca monografik çalışma için bknz. Alpaslan Alkış, “İslam Miras Hukuku ile Türk Medeni Kanun Miras Sisteminin Varisler Yönüyle Karşılaştırılması, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2019, s. 60-79. Hatta İslam hukukunda mirasçı ve üçüncü şahısların haklarının korunması adına dört temel sınırlama getirilmiştir: Mirasçılar dışına yapılan vasiyetin 1/3 sınırı, mirasçılara vasiyetin yasaklanması, şekil şartları ve şarinin amacına aykırı zarar verme kastıyla yapılan vasiyetlerin yasaklanması. Bknz. İbrahim Yılmaz, “İslâm Hukukunda Vasiyet Yoluyla Varisleri Mirastan Mahrum Etmeye Yönelik Tasarrufların Sınırlandırılması-The Restriction of Testator’s Legal Acts Regarding Depriving the Inheritors of Inheritance Through Last Will in Islamic Law”. Cumhuriyet İlahiyat Dergisi - Cumhuriyet Theology Journal 21, S. 3 (Aralık/December 2017), s. 1740 ve 1746.

³⁹ İmre, s. 361 ve 377. Nitekim İmre, her ne kadar sistemimizdeki bu –kanatımce- yanlış ilkeleri doğrudan eleştirmiyor olsa da işin gerçek yüzünü kendi cümleleriyle dolaylı olarak dile getirmekte ve mirası “reddetmeme”yi s. 361’de mirasçı için mirasbırakanın borçlarından “... dolayı şahsen ve kendi malvarlığı ile sorumlu olmak tehlikesiyle karşılaşabilir”, s. 377’de ise “... bir takım tehlike ve zararlara girmeleri ihtimali...” olarak adlandırmaktadır. Keza, Eren /Yücer Aktürk s. 530’da, kişisel malvarlıkları ile tereke mallarının birleşmesinin resmi tasfiye ile önleneyeceği ve bunun mirasçılar için “... bir çeşit güvenli bir yol olacağı”

borç altına sokularak mirasçılara “*sıkıntı yüklenmesi*” doğru değildir⁴⁰. Sırf bu risk sebebiyle uygulamada mirasçıların kimi zaman mirası reddettikleri görülmektedir. Halbuki mirasın taksimi sonunda ne olursa olsun mirasçılar kendi kazandığı aktiflerden hiçbir şekilde ölenin borçlarının ödenmeyeceğini bildikleri takdirde kanuna karşı başvurulana birçok hile yöntemi de bu vesileyle son bulacaktır. İlkenin kabulüyle birlikte mevcut Kanun’da yer alan mirasçı ve/veya mirasbırakanın yapabileceği kanuna karşı hileyi engellemek adına öngörülerek düzenlenmiş birçok hüküm de anlamını yitirecektir.

B. Nisbilik İlkesi Çerçevesinde Mirasçının, Mirasbırakanın Borçlarından Sorumluluğunun Değerlendirilmesi

Borçlar hukukunun temel prensiplerinden birisi taraflar arasında kurulan alacak – borç ilişkisinde ortaya çıkan alacak hakkının “*nisbi*” nitelikte bir hak olmasıdır⁴¹. Tam iki tarafa borç yükleyen hukuki işlemlerde (sözleşmelerde) taraflar aynı zamanda hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahiptir. Bu ilkeye göre borç doğuran bir hukuki işlem sonrası alacaklı, alacağını sadece hukuki ilişkiye girdiği kişiye (borçluya) karşı ileri sürebilmekte, keza kendisi de borcunu –kural olarak- sadece karşı tarafa yerine getirmekle yükümlü olup hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerden alacak ve borçların ifa edilmesi istenemez⁴². Yani mevzuattan doğan haller saklı kalmak kaydıyla kimse tarafı olmadığı bir hukuki işlem sonrası borçlu kılınamaz. Çalışma konumuz işte burada borçlar hukukunda hakim olan bu ilkenin birlikte incelenmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim, mirasçının, mirasbırakanın haklarına sahip olması yanında borçlarından da sorumlu olmasının temeli Kanun’dan doğmaktadır. Elbette hukukumuzda bir borç ilişkisinde borcun güvence altına alınabilmesi adına bir takım şahsi ve aynı teminatlar ve/veya hukuki işlemler yapılması mümkündür. Bir borç ilişkisinde, kefalet, ipotek, kıymetli evrakla teminat vs gibi farklı hukuki işlemler ile borcun güvence altına alınabilmesi mümkündür. Bu güvencelerin ölüm halinde farklı şekillere büründüğü görülür. Örneğin kefalet sözleşmesinde gerek asıl borçlunun

belirtilmektedir. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere aslında doktrinde mirasçılarının bu riski rahatlıkla farkedilmiştir.

⁴⁰ Gençcan, s. 3641.

⁴¹ Ahmet M Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış), B. 17, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 10, Eren, s. 18, Erdogan, 12, Cansel / Özel, s. 44, 45.

⁴² Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 18.

gerekse kefil olan kişinin ölümü sonrasında borç sona ermeyecektir⁴³. Keza rehnedilmiş tereke malları için de TMK m. 655 bir düzenleme getirerek, “*Paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur*” hükmüne yer vermiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, mirasbırakan, hayatında birçok hukuki ilişkiye taraf olmakta bu ilişkilerin bir kısmından hak elde etmekte bir kısmında ise borçlu olarak yer almaktadır. Ama ölümüyle birlikte bu borç ilişkileri bir anda sona ermekte fakat hak ve borçları mirasçılara geçmektedir. Lakin mirasçılar, yukarıda belirttiğimiz istisnalar yok ise bu borç ilişkisinin hiçbir şekilde tarafı olmayanlar ölüm olayının gerçekleşmesi ile bir anda mirasbırakanın bu borçlarından da sorumlu olmaktadır. Sağlığında iken dahi yaptığı hukuki işlemler sonrasında -ne kadar borç doğarsa doğsun- mirasçılar bu borçlardan sorumlu olmazken ölümle birlikte –hem de tereke sınırlarında olmaksızın- şahsen ve müteselsilen sorumlu olmaları gerektiği kabul edilmiştir. Bu çalışmanın ilerleyen aşamalarında görüleceği üzere bu ilkenin miras hukukuna uyarlanarak mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunun ancak aktiflerle sınırlı olması gerektiği önerilmiştir.

III. MİRASÇININ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Mirasçılar, külli halefiyet (*Gesamtrechtsnachfolge*) ilkesinin gereği olarak ölümle birlikte terekeyi bir bütün olarak kazanmaktadırlar⁴⁴. Mirasbırakanın hakları yanında borçları da mirasçılara yasa gereği geçmektedir⁴⁵ ve mirasçılar

⁴³ Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2012, s. 705, 706’da kefaletin ölüm sonrası hükümleri detaylı olarak incelenmiştir. Ayrıca bkz. İmre, s. 373 vd., TMK m. 629 ve m. 630 hükümleri.

⁴⁴ Kılıç Mehmet, “*Türk Hukukunda Mirasın Resmi Tasfiyesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2013, s. 763, Türk Medeni Kanunu m. 599/I: “*Mirasçılar; mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar*”, m. 599/III: “*Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar...*”. Gençcan, Miras, s. 711, Serozan / Engin, s. 80 vd.

⁴⁵ Elif Ulusu Karataş, “*Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 358,

⁴⁶ Gençcan, Miras, s. 711.

bu borçlardan da mütselsilen⁴⁶ sorumludurlar⁴⁷. Kanun'da belirlenen hallerden birisi gerçekleşmediği için veya kendisinin yapması gereken bir hukuki işlemi yapmadığı için süreç sonunda mirasbırakanın pasifleri eğer mirasbırakanın aktiflerinden fazla ise bu fazla pasifi (borcu) kendi şahsi malvarlığından vermek zorunda kalmaktadır⁴⁸. Hiçbir şekilde doğumunda etkisi olmayan bir borçtan bir kimsenin –hangi gerekçe ile olursa olsun- sorumlu tutulması kabul edilmemelidir⁴⁹.

Mirasbırakanın alacaklıları, alacaklarını korumak için gerekli tedbirleri kendileri almak zorundadır. Bu tedbirleri almadığı için alacağını temin edemeyen alacaklının alacağının mirasçının malvarlığından temin edilmesi hukuk ve hakkaniyet anlayışıyla bağdaşmamaktadır⁵⁰. Çalışmamızın teorik altyapılarını kurduğumuz tartışmalarda, bu fikrin kabul edilmesi halinde mirasbırakan ve mirasçının bilerek irade sakatlığı sonucunu doğuran hukuki işlemlere başvuracağı savunulmakta ve bunun sonucunda mirasçının malvarlığının arttığı bu sebeple de fazla çıkan borç bakiyesini de mirasçının ödemesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵¹. Halbuki bunu yapacak taraflar mevcut düzenleme ile de bunları yapmaktadır. Dolayısıyla bizim korumamız gereken taraf bu tür hukuki sakatlıklara tevessül etmeyen mirasçıların mevcut düzenlemeler sonrası zarar görmemeleri olmalıdır. Hukukumuz mevcut haliyle de önerdiğimiz şekliyle de düzenlendiğinde irade sakatlıkları sonrası ortaya çıkan hukuki işlemlerin iptalini zaten her zaman dava etme hakkı vermektedir. “*Muris muvazaası*”⁵² veya mirasbırakanın ölmeden önce

⁴⁶ Sınırsız sorumluluğun istisnaları için bkz. Berki, s. 133.

⁴⁷ Fatma Tülay Karakaş, “*Saklı Paylı Mirasçılara Yapılan Kazandırmalar Ve Artık Terekenin Paylaşılması Sorunu*” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63 Sayı: 4, 2014, 827, Gençcan, Miras, s. 714.

⁴⁸ Serozan / Engin, s. 87 vd.

⁴⁹ Halbuki Serozan / Engin bu durumu tam tersine savunmaktadır: “... *Lokmanın tatlısını tadan, onun acısına da katlanır. Her nimetin bir külfeti olur. Kucağa hak düşerken, sırta da borç yükü yüklenir... Demek ki miras salt bir ‘nimet’ değildir, aynı zamanda bir ‘külfettir’ del’*”, Serozan / Engin, s. 87, n. 79.

⁵⁰ Öylesine ki Escher mevcut durumu şu cümle ile ifade etmektedir: “... *Bununla kanun aynı zamanda, şimdiki kadarki malikin ölümünün zaruri kıldığı tereke hakkında alınacak tedbirler için mirasçının şahsında bir nevi umumi temsilci temir etmiştir*” Escher, s. 3, 4.

⁵¹ İrade ile beyan arasında bilerek ve isteyerek yaratılan uyumsuzluk için bkz. Kılıçoğlu, s. 172. Buna karşın bilmeden ve istenmeden meydana gelen uyumsuzluklar için bkz. s. 184, Cansel / Özel, s. 162 vd.

⁵² Gençcan, Miras, s. 698 vd, Cansel / Özel, s. 187 vd.

karşılıksız mal bağı⁵³ gibi haller mevcut hukuk düzenlemesinde sıklıkla görülen davalardandır⁵⁴.

B. Mirasçının Kendi Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu

Bu çalışmanın esas konusu olmamakla birlikte değinilmesi gereken bir başka konu ise mirasçılarının, kendi alacaklılarına karşı sorumluluklarıdır (TMK m. 617)⁵⁵. Ölüm olayının gerçekleşmesinin ardından mirasçılar, miras ortaklığı çerçevesinde⁵⁶ terekenin tamamı üzerinde elbirliği halinde malik konumdadırlar⁵⁷. Özellikle taksimin kesinleşmesinin ardından aktifler kalmış ise artık mirasçı, mirasbırakanın mallarının da içinde bulunduğu yeni bir malvarlığına sahiptir. Bu durumlarda özellikle mirasçının alacaklıları bu aktifleri farkettilerinde karşı derhal alacaklarını tahsil etme yoluna gitmektedir. Türk miras ve borçlar hukukunun eleştirdiğimiz bu yapısı ve mevcut ilkelerin bulunması nedeniyle ki müstakbel mirasçılar kendilerine aktif kalması halinde kalacak olan kısmın da kendisine bir fayda vermeyeceğini bildiği için farklı kanuna karşı hile yöntemlerine başvurmaktadır. Çünkü mirasçı bilmektedir ki kendisine mirasbırakandan aktif fazlası kaldığında bunu kendisi değerlendiremeyecek ve alacaklıları sahiplenecektir. Bu durumun ortaya çıkmaması adına uygulamada yüklü miktarda borcu bulunan müstakbel veya mevcut üçüncü kişilere borçlu mirasçılar, farklı kanuna karşı hile yöntemlerine başvurmaya sevkedilmektedir. Bunun sonucunda özellikle mirasçılarının mirasçılarını dahi etkileyecek seviyede ciddi hukuki aksaklıklar ortaya çıkabilmektedir.

Miras hukuku hükümleri uyarınca ölenin malvarlığındaki sadece aktifler değil pasifler de mirasçılara geçmektedir⁵⁸. Bu çalışmada sadece mirasçının, mirasbırakanın tereke aktifinden fazla tereke borçlarından sorumlu olmaması gerektiği kanaatinin yanında yine mirasçının alacaklılarının, mirasbırakanın terekesinden arta kalan fazla aktif üzerinde talepte bulunamaması gerektiği

⁵³ Gençcan, Miras, s. 707.

⁵⁴ Hukukumuzda, irade ile beyan arasında istenerek meydana getirilen uygunsuzluk halleri için ayrıca bkz. Eren, s. 390 vd, Cansel / Özel, s. 159 vd.,

⁵⁵ Genç Ali Ahmet, “*Saklı Paylı Mirasçılarının Alacaklılarının ve İflas İdaresinin Tenkis Davası Açma Hakkı (TMK m. 562)*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 28 (2) , 2020, s. 513, Kılıç, s. 797.

⁵⁶ Erişgin, s. 123.

⁵⁷ Özer Deniz, s. 27, Berki, s. 132, Gençcan, Miras, s. 714.

⁵⁸ Escher, s. 3.

fikrine de kısaca değinilecektir. Nitekim TMK m. 218 ve devamı hükümlerinde detaylı olarak değerlendirilen ve TMK'da yasal mal rejimi olarak belirlenmiş olan edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilmiş mallar ve kişisel mallar saymaca olacak şekilde madde, fıkra ve bentler halinde belirtilmiştir. TMK m. 220/1/2'de sayılan kişisel mallardan birisi de "... miras yoluyla ... karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri,"dir. Yani, evliliğin bir şekilde sona ermesi halinde miras yoluyla eşlerden birisinin elde ettiği malvarlığı değerleri üzerinde diğer eşin dahi hakkı yok iken miras yoluyla geçen fazla aktif değer üzerinde bu aktifin kazanılmasında hiçbir katkısı olmayan mirasçının alacaklılarının da –hele hele mirasçının tüm aktiflerini tüketecek bir biçimde- talepte bulunamaması gerekir⁵⁹. Nitekim Türk borçlar hukuku da sınırsız malvarlığı sorumluluğunu kabul etmemektedir⁶⁰. Eren, "... bütün malları elinden alınmış bir borçlunun, gerek mesleki faaliyette bulunması gerek insanca yaşaması mümkün değildir. İnsanca yaşayabilmek için, borçlunun bazı mallarının sorumluluk dışı kalması gerekir. Böylece borçlu kendisine bırakılan bu mallarla yeniden hayatını ve geçimini sağlama imkanlarını bulur..." demektedir⁶¹.

Mevcut düzenlemeler değerlendirildiğinde ise terekenin dağıtılmasının ardından arta kalan aktif fazlası şeklinde ise bu fazlalık mirasçının diğer malvarlığı hanesinin içerisinde yer alacak ve özellikle borçları var ise bu

⁵⁹ Ticari hayatta ciddi sıkıntılar yaşayan mirasçılara kalan mirastaki aktif fazlası üzerinde "mirasçılardan alacaklılarının" kısa vadede hak talep edememesi prensibinin kabulü halinde bu durum, farklı sebeplerle ticari hayatı sıkıntıya düşmüş mirasçılar için bir fırsat olabilecektir. Bu açıdan ilk düşünüldüğünde sanki mirasçılardan alacaklılarının hakları tamamen ellerinden alınmış gibi görünmektedir. Halbuki bu esasın miras ve borçlar hukukumuzda yerleşmesi halinde bu konuya bağlı yapılan birçok istenerek meydana getirilen irade sakatlığı hallerine son verecektir. Pasifleri, aktiflerinden çok fazla olan bir mirasçıya kalan terekedeki aktif fazlalığı üzerinde mirasçının alacaklılarının kısa vadede talepte bulunamayacak olması söz konusu mirasçılar için bir nevi mucize görevi görecektir. Bu şartlardaki bir mirasçıya kalacak bu aktif fazlalığını bir "**köz**"e benzetebiliriz. Teorileştirildiğinde bu köz'den kişilerin tekrar ticaret hayatına atılabilmeleri için ateş alıp parlamaları imkanı ortaya çıkabilecektir. Bu varsayımın gerçekleşmesi halinde elde edilecek hukuki, ailevi kazançlar, varsayımın gerçekleşmeyeceği ihtimaline göre kat kat daha üstün sonuçlar doğuracaktır. Bir an, bu ihtimalin gerçekleşmediğini düşündüğümüzde dahi mirasçının alacaklıları, mirasçı ile hukuki ilişkiye girerken mirasbırakandan mirasçıya, miras aktifi fazlalığı kalabileceğini öngörerek hukuku işlem yapmamıştır. Keza fazla kalan bu aktif üzerinde aslında –kural olarak- ne mirasçının ne de mirasçının alacaklıların bir katkısı olmuştur. Söz konusu önerinin kabul edilmesi halinde uzun vadede alacaklıların, alacaklılarının tekrar bu köz sayesinde tatmin edilebilme imkanı ortaya çıkabileceği gibi altsoy mirasçılar da en azından hukuka uygun bir biçimde haklarını uzun vadede elde edebileceklerdir.

⁶⁰ Cansel / Özel, s. 85. Kılıçoğlu, s. 31.

⁶¹ Eren, s. 89.

artık aktifin de dahil olduğu tüm malvarlığı ile alacaklılara karşı sorumlu olacak ve mirasçı alacaklılarının tatmin edilmesi gerektiğinde tüm aktiflerin kullanılmasıyla birlikte mirasbırakanın aktifleri de dolaylı olarak borcun ödenmesinde kullanılacaktır⁶².

Bu sebepledir ki yukarda eleştirdiğimiz ve yeni bir çözüm yolu önerdiğimiz sistemin hukukumuzda kabul görmemesi nedeniyle borçlu mirasçılardan, alacaklılarından “mal kaçırmak” gayesiyle mirası reddedebileceğini – maalesef- Kanunumuz öngörmektedir. Nitekim “*Mirasçılardan alacaklılarının korunması*” başlıklı TMK m. 617 “*Malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflâs idaresi, kendilerine yeterli bir güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler*” demektedir. Hatta deyim yerinde ise bu davayı açan alacaklı “ödüllendirilerek” diğer alacaklılardan önce alacağını temin etme hakkı sağlanmıştır. TMK m. 617/ II’ye göre “*Bu suretle tasfiye edilen mirastan reddeden mirasçının payına bir şey düşerse bundan, önce itiraz eden alacaklıların, daha sonra diğer alacaklıların alacakları ödenir. Arta kalan değerler ise, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilir*” diyerek “önce itiraz eden alacaklıların” haklarını üstün tutmuştur.

IV. MİRASÇININ TEREKE HAKKINDA YAPABİLECEĞİ İŞLEMLER

A. Sağlararası İşlemler

Mirasçı sıfatına sahip olmak istemeyen bir mirasçı yasal mirasçı olabileceği kimseler ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (Y. 11.2.1959 günlü ve 16/14 Sayılı Kararı)’nın belirlediği ilke çerçevesinde⁶³ resmi vasiyetname şeklinde yapacağı bir mirastan feragat sözleşmesiyle çalışmamız kapsamında değerlendirdiğimiz birçok konudan uzak şekilde ölümün diğer mirasçılar üzerinde hukuki etki göstermesini sağlayabilir⁶⁴. Nitekim TMK m.

⁶² Genç, s. 513’te, “mirasçının alacaklılarının” nasıl bir bakış açısına sahip olabileceğini dile getirmektedir: “*Mirasçının alacaklıları doğrudan olmasa bile dolaylı olarak miras- tan menfaat elde edecekler arasındadır. Mirasçının malvarlığındaki artış alacaklıların alacağını elde etme ihtimalini artıracaktır. Mirasçının bor- cunu ifa edememesi durumunda alacaklılar cebri icra vasıtasıyla alacak- larını mirasçının malvarlığından elde edeceklerdir*”.

⁶³ Mutlu Dinç / Çilem Bahadır, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar kanunu, İçtihadı Birleştirme Kararları, Bilgi Notları ve Mevzuat İşlemleri, Kavram Dizini, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 178.

⁶⁴ Yazıcı, s. 126.

528 uyarınca mirasçılık sıfatını kaybetme sonucunu doğuracak bir biçimde “*Mirasbırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir*”.

B. Ölüm Sonrası

Türk miras hukuku hükümleri incelendiğinde mirasın açılmasının ardından mirasçılardan dört temel yöntemi⁶⁵ kullanarak terekenin geleceği hakkında kendisini etkileyecek bir biçimde karar vermesi beklenmektedir⁶⁶. Bunlar, miras kabul, miras red, defter tutma ve resmi tasfiye olarak belirtilebilir. Her bir ihtimal, mirasçının, mirasbırakanın borçlarından sorumlulukta etkili olduğu için ana başlıklarla değerlendirilmeye ihtiyaç duymaktadır.

1. Mirasın Kabulü

Ölümün meydana gelmesi ile birlikte diğer üç hali tercih etmeyeceğini belirterek açık veya örtülü bir biçimde miras kabul eden kimse artık bahsettiğimiz mevzuattaki mevcut ilkeler çerçevesinde mirasa aktif ve pasifleriyle birlikte sahip olur⁶⁷. Yine yukarıda bahsettiğimiz gibi kanun koyucu öylesine “*alacaklı*” odaklı düzenleme yapmıştır ki TMK m. 610’da, “... *tereke işlerine karışan*” kimselerin mirası reddedemeyeceğini hüküm altına almıştır⁶⁸. Dikkat edilirse Kanun’un birçok yerinde mirasçılardan korumak yerine alacaklıları koruma hedefi çok net hissedilmektedir⁶⁹. Madde hükmüne göre “*Yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olur*”⁷⁰.

2. Mirasın Reddi

Türk Medeni Kanunu’nun 605 ve devamı maddelerinde⁷¹ mirasçılardan ölüm sonrası terekeye ilişkin olarak başvurabilecekleri ikinci hal olan mirasın

⁶⁵ Kılıç, s. 761 ve 763.

⁶⁶ İmre, s. 361.

⁶⁷ Açık ve örtülü kabul için bkz. Kılıçoğlu, s. 67.

⁶⁸ ZGB Art. 571’de aynı hükmü düzenlenmektedir. Ancak TMK, ZGB’den farklı olarak Ret Hakkının Düşmesi başlıklı maddeyi üç fıkra halinde düzenlemektedir.

⁶⁹ Eren / Yücer Aktürk, s. 447.

⁷⁰ Mirasın “*Mutlak Kabulü*” kavramı ve eleştirisi için bkz. Kılıç, s. 775 ve dn.51: Honsell / Vogt / Geisder, Art. 593, N. 4.

⁷¹ ZGB, Art. 566 vd.

reddi⁷², iki ihtimal çerçevesinde düzenlenmektedir⁷³. Kanun koyucu mirasın reddini atanmış ve yasal mirasçılar olacak şekilde farklı başlangıç süreleri öngörerek üç ay içinde reddolunabileceğini belirtmektedir. Buna göre “*Bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar*”⁷⁴. TMK m. 610/II hükmü, mirasçıların mirası red haklarının kullanamamaları için düşünülmüş bir hükümdür desek yeridir. Nitekim mirasçının henüz red süresi sona ermeden tereke işlemlerine karışması dahi mirası reddetmesini engellemektedir. Bu hüküm de hükmi reddeki hüküm gibi “görece” ifadeler barındırmaktadır. Hakim, bir mirasçının tereke işlemlerine karıştığına kanaat getirirse mirasçının mirası reddedemeyeceğinin düzenlenmesindeki asıl amacın mirasçıyı korumak olmadığı açıkça görülmektedir.

Hüküm incelendiğinde “*Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez*” şeklinde bir düzenlemeyle karşılaşılmaktadır. Bu hükümde “tereke işlemlerine karışan” ifadesi hariç diğerlerinin kabul edilebilir bir yönü bulunmaktadır. Ancak, Kanun’daki ifade tam da zaten bir mirasçının yapması gereken fiili yapmamaya zorlamaktadır. Kanun, mirası reddedecek mirasçının “*tereke işlerine karışmamasını*” istemektedir. Peki tereke işlerine karışmayan bir kimsenin terekenin akıbetiyle ilgili nasıl gerçekçi bilgilere ulaşması mümkün olup da ona göre mirası red veya kabul edebilecektir? Bu sebeplerle Kanun’un bu hükmünün de önerdiğimiz sistem esasında yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Mirasın reddi, mirasçılık sıfatını kazanmak istemeyen kişilere tanınmış bir hak olup⁷⁵ ret süresinin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi gerekir⁷⁶.

⁷² Serozan / Engin, s. 235 vd, Gençcan, Miras, s. 1079.

⁷³ Mirasın “*gerçek*” reddi ve “*hükmi*” reddi. Gençcan, Miras, s. 1079 vd ile 1093 vd. Bu çalışmamız kapsamında elbette mirasın reddinin bütün hükümlerini inceleyemeyeceğiz. Dolayısıyla alt başlıklarımızda çalışma konusu kapsamında önem arzeden detaylara değinilmeye çalışılmıştır.

⁷⁴ TMK m. 608, mirası ret hakkının mirasçılara geçmesini ve usulünü düzenlemektedir.

⁷⁵ Y. 2. HD, 20.09.2005, 7014-12350, Gençcan, s. 3651.

⁷⁶ Eren / Yücer Aktürk, s. 508, İnan / Ertaş / Albaş, s. 496.

Red beyanı ile birlikte reddeden mirasçı sanki hiç mirasçı olmamış kabul edilir⁷⁷. Ancak, bu sürenin önemli sebeplerin varlığı halinde sulh hakimi tarafından uzatılabilmesi veya yeni bir süre tanınması mümkündür (TMK m. 615).

Daha önce de belirttiğimiz üzere mirasın reddi üzerine alacaklıların veya iflas dairesinin reddin iptalini dava hakları bulunmaktadır. Bu kararın konumuz açısından önemli yönü ise reddin iptaline karar verilmesi halinde miras kabul edilmiş sayılmaz “*resmen tasfiye*” edilmesine karar verilir (TMK m. 617/II).

Mirasın reddinin iptalinin konumuz açısından diğer bir önemli yönü ise TMK m. 603’te belirlenen alacaklıların sıralamasında değişiklik meydana getirecek bir etkiye sahip olmasıdır. Bilindiği üzere TMK m. 603’e göre mirasın kazanılmasında sıralama: öncelikle “...’*mirasbırakanın*’ *alacaklılarının*...” hakları ardından “*vasiyet alacaklılarının*” hakları, en son olarak ise “...’*mirasçının*’ *alacaklılarının*...” hakları gelecek şekilde düzenlenmiştir⁷⁸. Halbuki TMK m. 617/III hükmü gereğince, mirasın reddinin iptalini sağlayan alacaklıların hakları, diğer alacaklıların haklarından önce ödenecektir.

Vasiyet alacaklıları hakkında mirasçılarının malvarlıklarını etkileyebilecek bir başka düzenleme ise TMK m. 604 hükmüdür. Bu hükme göre, “*Mirasçılar, vasiyet yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra mirasbırakanın daha önce bilmedikleri borçlarını öderlerse, vasiyet alacaklısından vasiyetin tenkisini isteyebilecekleri oranda verileni geri isteme hakkına sahiptirler*”. Bu geri isteme hakkı sonrası böylelikle mirasçıların aktifleri bir miktar daha olsa artmış olacaktır⁷⁹. Vasiyet alacaklısının vasiyet edileni iyiniyetli olmaksızın elinden çıkarması halinde TMK m. 2 hükmü (dürüstlük kuralı) gereği elden vasiyet konusunun tamamının iadesi ile sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur⁸⁰.

⁷⁷ Coquoz, s. 685.

⁷⁸ Vasiyet alacaklılarının haklarının bu sıralamada ikinci sırada bulunuyor olması bir başka detaylı inceleme gerektiren ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisin bu noktada da önemini bir kez daha ortaya çıkarmaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında “*tasarrufun iptali davasının sonucu beklenmeksizin*” verilen kararı bozmuştur. Y. 2. HD, 20.09.2005, 7086-12357, Gençcan, s. 3651, 3652.

⁷⁹ Eren / Yücer Aktürk, s. 452.

⁸⁰ Tuor / Piconi – BK ZGB Art. 565, N. 10, Escher-ZK ZGB Art. 565, N. 8, Breitschmid-BSK ZGB, Art. 565, N. 4, Dural / Öz, N. 1694, Serozan / Engin, N. 43, İmre/Erman, s. 353, İnan/Ertas/Albaş, s. 486 (Eren / Yücer Aktürk, s. 452 dn. 117’den naklen). Dürüstlük kuralı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Altaş, s. 259 vd, Erdoğan / Keskin, s. 154 vd, Oğuzman M. Kemal / Barlas Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar,

Ancak bu durumda acaba TMK m. 2 hükmünün mü yoksa haksız zilyede ilişkin hükümler mi uygulanmalıdır tartışabilir.

a. İradi Red

Her yasal ve atanmış mirasçının TMK m. 605/I uyarınca, mirası ret hakları bulunmaktadır⁸¹. Bu ret, iradi olabileceği gibi hükmi bir ret de olabilir⁸². Buna göre ölümle birlikte mirasçılar bir sebep göstererek veya göstermeksizin ama “*kayıtsız ve şartsız*” bir biçimde, sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanda bulunarak mirası red haklarını kullanabilirler (TMK m. 609). Kanun koyucu görüldüğü üzere burada da mirasçılara bir kayıt veya şart koyma fırsatı dahi vermemektedir.

b. Hükmi Red

Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedен aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras TMK m. 605/II hükmü uyarınca reddedilmiş sayılır⁸³. Görüldüğü üzere burada mirasçılarının bir irade açıklamasında bulunmasına veya bir hukuki işlem yapmasına gerek yoktur⁸⁴. Mirasın hükmi redde göre değerlendirilebilmesi için bir takım özellikleri taşınması gerekir bunlar, mirasbırakanın ödemedен acz belgesi bulunmalıdır. Diğerleri ise terekenin benimsenmemiş olmasının gerekliliğidir⁸⁵.

i. Ödemedен Aczin Açıkça Belli Olması Hali

Hükmi red halinde artık mirasbırakanın ödemedен aczi açık bir biçimde belli olduğu için herhangi bir sebeple mirası red iradesini açıklamamış olan mirasçılarının, ölenin tereke aktifinden fazla tereke pasifinin olması halinde, kişisel ve müteselsil olarak “*mirasçının borçlarından*” sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁸⁶. TMK m. 605/II'nin ilk kısmında bu hükme yer verilerek “*ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedен aczi açıkça belli*

Vedat Kitapçılık, B. 18, İstanbul 2012, s. 257 vd.

⁸¹ Yazıcı, s. 123.

⁸² Gençcan, s. 3641.

⁸³ Ayiter, s. 198, 199, ZGB, Art. 566/II.

⁸⁴ Aynı zamanda hükmen ret gerekçesiyle açılacak davalar herhangi bir süreye tabi değildir. Y. 2. HD, 05.07.2002, 8198-8998, ve Y. 2. HD, 05.05.2005, 4524-7346, Gençcan, s. 3648 ve 3653.

⁸⁵ Gençcan, Miras, s. 1093.

⁸⁶ Gençcan, Miras, s. 1094.

ise miras reddedilmiş sayılır” denilmektedir. Elbette hükmi red hallerinde dahi mirasçılardan mirası kabul etme hakları vardır. Ancak böyle bir durumda mirasçılardan sessiz kalması değil kabul beyanında bulunması gerekir.

Çalışmamızda savunduğumuz fikirlerin karşısında mevcut düzenlemelere göre mirasçılardan koruyan diyebileceğimiz neredeyse tek hüküm burasıdır. Böylesine önem arzeden bir hükümde dahi maalesef kanun koyucu “görece” bir kavramı “açıkça acz” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Böyle bir durum olduğu iddiasında ise hakim yorumu devreye girecektir⁸⁷. Hükmi red halinden bir mirasçının “faydalanabilmesi” için ödemedenden aczin “açıkça” belli olması gerekmektedir. Hakim her bir somut olayı değerlendirirken böylesine görece bir kavrama göre karar verecektir. Verilecek karar o kadar önemlidir ki eğer hakim aczin açıkça belli olmadığına karar verirse mirasçı, tüm terekeye hak ve borçlarıyla sahip olacaktır ve bu sahip oluş sonrasında tereke pasifleri aktiflerden çok ise süreç sonunda mirasbırakanın borçlarını kişisel malvarlığı ile ödemek durumunda kalacaktır.

ii. Ödemedenden Aczin Resmen Tespit Edilmiş Olması Hali

Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmiş ikinci hükmi red hali yine TMK m. 605/II’nin ikinci kısmında “ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedenden aczi resmen tespit edilmiş ise miras reddedilmiş sayılır” denilmektedir. Buna göre eğer ölüm tarihinde mirasbırakan hakkında “resmen tespit edilmiş” bir ödemeden acz belgesi miras reddedilmiş sayılacaktır⁸⁸.

Diğer hallerden farklı olarak ödemedenden aciz bir mirasbırakanın mirasını reddeden mirasçılar, bu red beyanlarıyla miras ilişkisinden hala kurtulamamaktadırlar. Çünkü TMK m. 618/I, aciz halindeki mirası reddetme hali için ayrıca bir sorumluluk daha belirleyerek mirasçının alacaklılarına karşı, sorumluluğu farklı bir başlıkla devam ettirmektedir. Buna göre “Ödemedenden aciz bir mirasbırakanın mirasını reddeden mirasçılar, onun alacaklılarına karşı, ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar” hükmünü getirmiştir.

⁸⁷ Nitekim Yargıtay bir kararında “... Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir” demektedir. Y. 2. HD, 23.05.2005, 5435-8060, Gençcan, s. 3645. Aynı yönde karar için bkz. Y. 2. HD, 02.05.2005, 4700-7034, Gençcan, s. 3646 ve Gençcan, Miras, s. 1094.

⁸⁸ Y. 2. HD, 12.11.2003, 14125-15438, Gençcan, s. 3656, 3657.

3. Resmi Defter Tutma

Mirasçıların Kanun gereğince terekenin resmi defteri tutulmasını talep hakkı vardır⁸⁹. Mirasçıların bir bütün olarak bu talepte bulunmaları gerekmez. Sadece birisinin defter tutma talebinde bulunması diğerlerini de bağlayacak şekilde hüküm ve sonuç doğurur (TMK m. 619/I, II)⁹⁰. Burada karıştırılmaması gereken bir nokta, Türk Medeni Kanunu'nun 590. maddesi gereğince koruma önlemleri olarak Kanun'da bentler halinde sayılan hallerin gerçekleşmesi ile birlikte sulh hakimi tereke defterinin tutulmasına karar verebilmesidir⁹¹. Bu hükümde “*çalışma konumuz*” açısından değerlendireceğimiz hüküm 3. banttir. Buna göre “*Mirasçılardan veya ilgililerden biri, ölüm tarihinden başlayarak bir ay içinde istemde bulunursa*” defter tutma işlemi usulünce yerine getirilecektir. Görüldüğü üzere ölümün üzerinden en geç bir ay içinde mirasçıların –diğer ilgililerle beraber- defter tutulmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.

Resmi defter tutulmasının konumuz açısından en önemli iki noktası usulün tamamlanmasının ardından mirasçıların beyanlarıdır. Çünkü, usulünce tutulan resmi defterlerin incelenmesi bittikten sonra mahkeme her mirasçıyı, bir ay içerisinde beyanda bulunmaya davet eder. Bu süre içerisinde diğer 3 halden farklı olarak burada mirasçının tutulan resmi defter uyarınca tekrar dilediği seçeneğe göre sürece devam edebilme imkanının sağlanmış olmasıdır. Buna göre “*Mirasçılardan her biri, tanınan süre içinde mirası reddettiğini veya resmî tasfiye istediğini ya da deftere göre veya kayıtsız şartsız kabul ettiğini beyan edebilir. Süresi içinde herhangi bir beyanda bulunmayan mirasçı, mirası tutulan deftere göre kabul etmiş sayılır*”. Görüldüğü üzere resmi defter tutma sürecinde mirasçılar ek bir süre kazanmışlarcasına sonuçlara bakarak yeniden dört seçimlik hak ortaya çıkmıştır⁹². Buna göre ya “*mirası reddedecek*” veya “*resmî tasfiyeye gidilmesini isteyecek*” veya “*deftere göre*” veya “*kayıtsız şartsız*” olarak mirası kabul ettiğini beyan edecektir. Süresi içinde beyanda bulunmamaya ise yine “*tahmin edileceği üzere*” mirasçının mirası kayıtsız şartsız kabul ettiği varsayımı yüklenmiştir. Görüleceği üzere böyle durumlar için dahi Kanun koyucu hiçbir halde “*tereke ile sınırlı olacak şekilde mirası*

⁸⁹ Resmi defter tutmaya ilişkin hükümler, mirasçılarının sorumluluğu kapsamındaki sınırlarda değerlendirilecektir.

⁹⁰ Ayiter, s. 202, ZGB, Art. 580.

⁹¹ Serozan / Engin, s. 480, Öztan, s. 383, Gençcan, Miras, s. 788.

⁹² Eren / Yücer Aktürk, s. 530,

kabul ettiği” varsayılr şeklinde bir cümle dahi kullanmamaktadır.

Bu olumlu gibi görünen yönleriyle her ne kadar resmi defter tutma ihtimali mantıklı görülse de usul ve masraf anlamında mali durumu ve imkanları iyi olmayan kişilerin bu yönteme başvurup takip etmeleri günlük hayat açısından bakıldığında imkansız gibi görülmektedir.

Eğer mirasçı resmi defter tutma sürecinin sonunda tercihini “resmi deftere göre kabul” yönünde kullanmış ise çalışmamız açısından önemli bir yükümlülük benimsenmiştir. Sorumluluğa sadece “*deftere yazılmış olan borçlar*” anlamında bir sınır getirilmiş olmakla birlikte TMK m. 628/III’e göre mirasçının “*mirasbırakanın deftere yazılmış olan borçlarından hem tereke malları, hem kendi malvarlığı ile sorumlu*” olduğunu belirtilerek “*şahsen*” sorumluluk ilkesi devam ettirilmiştir.

Kanun’da belki de mirasçı lehine getirilmiş en pozitif düzenlemenin TMK m. 629/I’de yapıldığını görmekteyiz. Nitekim bu hükme göre deftere yazılmayan borçlardan sorumluluk anlamında mirasçının kendi kişisel mallarıyla sorumlu olmayacağı ilkesi benimsendiği gibi ayrıca “*tereden kendisine geçen mallarla da sorumlu tutulama*”yacağı hükmü düzenlenmiştir. Ancak hemen takip eden fıkralarda (II ve III) söz konusu hükmün de istisnaları belirtilmiştir.

4. Resmi Tasfiye

Türk Medeni Kanunu’nun 632 ve devamı maddelerinde mirasçının son seçimlik hakkı olan resmi tasfiye başlığı düzenlenmektedir⁹³. Buna göre diğer seçimlik hakları yanında⁹⁴ her mirasçının terekenin resmi tasfiyesini isteme hakkı vardır (TMK m. 632/I)⁹⁵. Mirasın reddi halinde “*mirasçının*” alacaklılarının –şartları var ise- reddin iptali isteme haklarına benzer bir biçimde ama burada da “*mirasbırakanın*” alacaklılarının istemi ile resmi tasfiye yöntemine başvurulabilmektedir (TMK m. 633/I)⁹⁶. Resmi tasfiye sayesinde mirasçının mirasbırakanın tereke borçlarından sorumluluğunun sınırı kişisel malvarlığı ile olmamakta ve böylece hem mirasçıların hem de mirasbırakanın alacaklılarının korunduğu belirtilmektedir⁹⁷.

⁹³ ZGB, Art. 593 vd hükümleri TMK’yla neredeyse aynı hükümleri içermektedir.

⁹⁴ Kılıç, s. 761.

⁹⁵ Eren / Yücer Aktürk, s. 531, Gençcan, s. 793 vd.

⁹⁶ Yazıcı, s.125, Ayiter, s. 209.

⁹⁷ Kılıç, 764, 765, 814.

Birlikte mirasçı olunması halinde her bir mirasçının resmi tasfiye talebinde bulunabilmesi için bu mirasçılardan birinin mirası kabul etmemiş olması gerekir⁹⁸. Aksi halde resmi tasfiye süreci son bulur (TMK m. 632/II). Görüldü üzere resmi tasfiye sürecinin bir olumsuz yönü burada ortaya çıkmaktadır. Bireysel olarak her bir mirasçının resmi tasfiyeye karar vermesi imkansızdır. Mirasçılardan herhangi birisi mirası kabul ettiği an resmi tasfiye istemi dikkate alınmayacaktır.

Mirasbırakanın alacaklıları, mirasın paylaşım sürecinde bir takım kaygılar duyacak olursa TMK m. 633/I, bu kimselere de şartları dahilinde mirasın resmi tasfiyesini isteme hakkı vermiştir⁹⁹. Buna göre “*Mirasbırakanın alacaklılarını elde edemeyeceklerinden inandırıcı sebeplerle kuşku duyan alacaklıları, istedikleri hâlde alacakları ödenmediği veya kendilerine güvence verilmediği takdirde, mirasbırakanın ölümünden ya da vasiyetnamenin açılmasından başlayarak üç ay içinde, terekenin resmî tasfiyesini isteyebilirler*”¹⁰⁰. Eğer resmi tasfiye usulü, resmi defter tutma talebi sonrasındaki beyan sonucu ortaya çıkmışsa resmi tasfiye bu deftere göre yapılır (TMK m. 634/III).

Resmi tasfiye süreci de usul ve maliyet gerektiriyor olması dolayısıyla uygulamada mali ve sosyal durumu iyi olmayan kişilerce tercih edilemeyecek bir tasfiye yöntemidir. Resmi tasfiye halinin çalışmamız açısından en önemli sonucu, resmi tasfiye sonrasında mirasçıların sorumluluğunun sadece tereke malvarlığı ile olmasıdır¹⁰¹. Bu anlamıyla çalışmamızda işlenen temel ruha uygun bir hüküm olsa da mevcut düzenlemeye göre ise “*alacaklı*” açısından bakıldığında olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Resmi tasfiyede bir başka olumsuz yön olarak ise mirasçıların “*oybirliği*” şeklinde buna karar vermelerinin gerektiği gösterilebilir. Mirasçılardan birisinin mirası kabul beyanı bir anda bütün resmi tasfiye düşüncelerini boşa çıkarmaktadır.

V. DEĞERLENDİRME

Çalışmamız çerçevesinde de açıkça görüleceği üzere Türk miras hukukuna ilişkin düzenlemelerin neredeyse tamamı gerek mirasbırakanın gerekse mirasçının “*alacaklılarını*” korumaya yönelik olarak hazırlanmıştır. Halbuki bu sistem değiştirilerek aslen “*mirasçıların*” korunması gerektiği

⁹⁸ Kılıç, s. 771.

⁹⁹ Öztan, s. 393, Eren / Yücer Aktürk, s. 532.

¹⁰⁰ Kılıç, s. 785.

¹⁰¹ Eren / Yücer Aktürk, s. 530.

fikrini yerleştirmeliyiz. Günümüz dünyasında artık aile ilişki ve bağlarının daha da azaldığı inkar edilemez bir gerçektir. Her bir aile ferдинin ayrı bir dünyası oluşmakta ve her biri ayrı ekonomik hayatlar sürmektedir. Yakın geçmişte ülkemizde üniversite gençlerinin birçoğu çalışmıyor iken artık gelinen noktada fırsat bulan gençlerin online sistemler üzerinden de olsa bir takım ticari faaliyetler yapmaya çalıştıkları görülmektedir.

Bu kişilerin her biri müstakbel mirasçı veya mirasbırakan konumundadır. Ve özellikle mirasçı olmaları hallerinde bu kişilere -maalesef- Türk miras hukukunun şefkatli kolları sarılmamakta tam tersine yapacakları bir yanlış dolayısıyla ciddi ekonomik kayıplara yol açabilecek adımlar atmalarına neden olmaktadır. Bu adımlar örneğin mirasın kayıtsız şartsız kabulüyle olabileceği gibi tam tersine mirasın açıkça borca batık olduğunu düşünen kişinin yaptığı bir ret, geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Roma hukuku dönemlerine dayanan bu sistemin artık çağımızda değişime girmesi ve “mirasçıyı koruma öncelikli” olarak miras hukuku düzenlemelerine gidilmelidir. Nitekim günümüzde artık “dijital dünya” ve sosyal medya hesaplarının dahi “dijital” miras yoluyla¹⁰² geçişi tartışılmakta, konu kişilik hakları, mahremiyet (gizlilik)¹⁰³, kişisel veriler¹⁰⁴ ve miras hukuku boyutuyla değerlendirilmektedir¹⁰⁵.

Konunun özünü çözecek soru aslında şudur: iyiniyetli bir mirasçının mevcut hukuk sistemimize göre mirasbırakanın borçları dolayısıyla kendi kazanmış olduğu aktifleri kaybetme ihtimali var mıdır? Bu sorunun cevabı

¹⁰² Altındal Hasan / Arslan Yunus Enes, “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (1), 2021, s. 315, ayrıca bkz. İleri Çiğdem, “Dijital Miras, Alman Federal Mahkemesi’nin ‘Facebook’ Kararı Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32 (146), Ocak – Şubat 2020, s. 123 – 153.

¹⁰³ Dijital hesapların (somut olayda ölenin e-postalarının) mahremiyet ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi tartışması hakkında bkz. Rebecca G. Cummings, “The Case Against Access to Decedents’ E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Volume 15, Issue 2, Art. 5, 2014, s. 906. (Erişim Adresi ve Tarihi: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=mjlst>, 20.12.2020).

¹⁰⁴ Kişisel verilerin serbestçe paylaşılabilmesi için bkz. Paul M Schwartz, “Property, Privacy, and Personal Data” (2004) Vol. 117 Num. 7, Harvard Law Review s. 2074. (Erişim Adresi ve Tarihi: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hlr117&id=2085&men_tab=srchresults, 12.12. 2020).

¹⁰⁵ Süleyman Yılmaz / Vehbi Umut Erkan, “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İnÜHFD 11 (2), s. 579.

“*evet*” ise biz, “*alacaklıları*” korumak adına “*mirasçıların haklarını*” ikinci plana atıyoruz demektir. Aslında kısaca bizim bu çalışmayla ülkemiz ve dünya hukuk sistemini taşımak istediğimiz nokta ise bu soruya “*asla hayır*” şeklinde cevap verilebilmesidir. Türk ve dünya hukuk sistemleri ne zaman bu aşamaya gelir bilinmez ancak bu çalışmada farklı bakış açılarıyla tartışılmamış birçok konuya değinmeye çalıştık. Bize göre mevcut mevzuatımızın neredeyse tamamen tersi yönünde olacak şekilde iki önemli noktaya değindik. Bu iki nokta da ölüm sonrası “*alacaklıların*” bulunduğu konuyla alakalıdır. Her iki görüşte de hedefimiz mutlak bir biçimde “*mirasçılarının*” ölüm öncesindeki aktiflerine ölüm olayının gerçekleşmesinden sonra hiçbir şekilde zarar gelmemesidir. Elbette bu düşüncelerin somut olaylara uygulanabilmesi için mirasbırakanın veya mirasçının borçlarının bulunması gerekmektedir. Borç bırakmaksızın ölen bir kimsenin mirasbırakan anlamında zaten bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu halde ise ikinci savunduğumuz nokta yine önemini koruyacaktır. Bu halde, “*mirasçılarının alacaklılarının*” terekenin aktifleri üzerinde talep haklarının olmaması yönündeki görüşümüz ve konunun detaylı tartışılması önem kazanmaktadır.

VI. ÖNERİLER VE SONUÇ

Bu çalışma bize göstermiştir ki mirasçılarının sorumluluğu, temelinden değiştirilmelidir. Mirasçılara getirilen bütün külfetler “*borç doğurduğundan*” bahisler yer değiştirerek “*alacaklıların talep edecek olanlara*” yüklenmelidir. Yani bir mirasçının kendisinden talepte bulunulmadığı sürece ve hiçbir şey yapmadığında belirlenen süreler geçtikten sonra kendi aktiflerinin azalması riski hiç olmamalıdır. Mevcut mevzuatımızda bu risk mirasçılardadır. Halbuki önerilerin hayata geçirilmesiyle bu risk alacaklılara aktarılmalı ve Kanun’da belirlenen külfetler, süresi içerisinde yerine getirmeyen alacaklıya yüklenmelidir. Çünkü burada dikkat edilirse mirasçılar için bir “*borç doğmakta*” halbuki alacaklılar için borç doğmamakta dolaylı olarak “*alacağından temin edememe*” söz konusu olmaktadır. Buna göre maddeler halinde belirtmek gerekirse:

1. Mirasçılarının, Mirasbırakanın Borçlarından Sorumluluğunun Sınırı Tereke Aktifleriyle Sınırlı olmalıdır: Hiçbir şartta bu sınırı aşacak biçimde hukuki düzenleme olmamalıdır. Kişiler miras hukuku anlamında da “*hukuk güvenliğine*” sahip olmalıdır¹⁰⁶. Mevcut düzenlemede kısmen

¹⁰⁶ Escher, -günümüzde artık değişmesi gerektiğine inandığımız- “*tevarius prensibi*” olarak adlandırdığı mevcut ilkeyi “*mecburi*” hukuk olarak tanımlamaktadır. Bu fikre göre, “...

mirasçıları koruyan düzenlemelerden dahi mirasçıların faydalanabilmesi için mirasçıların aktif davranış sergilemeleri gerekmektedir. Halbuki ülkemiz şartlarında birçok kişinin ne bunları bilecek eğitim seviyesi ne de bunları takip edebilecek mali ve sosyal durumu vardır. TMK m. 501 uyarınca “*mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer*” hükmü sonrası “*ödeme güçlüğü çekmeyecek*” devletin dahi mirasçı olması durumunda sorumluluğu bu esasa göre belirlenirken herhangi bir kişinin kanundan doğan bu sorumluluğu¹⁰⁷ devletin sorumluluğundan¹⁰⁸ daha ağır olmamalıdır¹⁰⁹.

2. Mirasçıların, Mirasbırakanın Borçlarından Sorumluluğu Paylı (Müşterek) Sorumluluk (Miras Hisseleri) Oranında Olmalıdır¹¹⁰: Kanun gereği, bir bütün halinde geçen tereke sonrasında mirasçıların müteselsilen sorumlu olmaları sonucunu doğuran miras hukuku düzenlemeleri son bulmalıdır¹¹¹. Mutlak teselsülden uzaklaşarak paylı teselsül esasında sorumluluk ilkesi benimsenmelidir¹¹². “*Kendi payından çok ödemede bulunan mirasçı, nasıl olsa daha sonra diğer mirasçılardan alabilir*” anlayışı kabul

tevarüs, aktif tarafa bir mamelekin bulunması ile asla meşrut olmayıp pasifin daha çok olması halinde de mevcuttur”, Escher, s. 4.

¹⁰⁷ Yazıcı, s.27.

¹⁰⁸ İpek, s. 2484.

¹⁰⁹ Devletin Yasal Mirasçılığı hakkında monografik çalışma için bkz. Sağlam İpek, “*Devletin Yasal Mirasçılığı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), 2016, s. 2473 – 2495.

¹¹⁰ “Kısmi Borçluluk” kavramı için bkz. Kılıçoğlu, s. 740.

¹¹¹ Aslında benzer düzenleme ZGB’deki düzenlemeye benzer bir biçimde 6102 Sayılı Kanun’la hukuk sistemimize ticaret hukuku alanında girmiş iken miras hukukunda da kabul edilmemesinin engeli bulunmamaktadır. “Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidarität)” ilkesine göre, “...*alacaklı menfaatlerini koruyan mutlak teselsül sorumluluğu ile borçlunun menfaatini koruyan iç ilişkideki paya göre sorumluluk arasında kalan bir çözüm yoludur*2. Farklılaştırılmış teselsül ilkesini mutlak teselsülden ayıran temel özellik, her bir borçlunun şahsi kusuru, eyleminin netice bakımından illiyet derecesi ve hal ve şartlar gibi, sorumluluğun şahsen daha düşük miktarda takdir edilmesini gerektiren sebepleri, alacaklıya karşı savunma imkanı olarak dermeyeran etme hakkını bahşetmesi ve hakimnin dış ilişki açısından sorumluluk miktarını bu hal ve şartları gözlemek suretiyle takdir etmesidir (6102 s.K m 557/I). Başka bir deyişle hakim, somut olay koşullarına göre münferit borçlunun teselsül ilişkisi içerisinde şahsen alacaklıya karşı ne miktarda sorumlu olduğunu dış ilişki bakımından şahsi indirim sebeplerini göz önünde bulundurarak tespit edecektir”. Kürşat Göktürk / Mehmet Çelebi Can, “*Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 2 (2) , 249.

¹¹² Ticaret hukuku yönü ile söz konusu öneriye uygun ilke ve düzenlemelerin detayları için bkz. Göktürk / Can, s. 249, ayrıca bkz. (dn. 2’den naklen): Oliver Hablützel, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen, 2009, s. 53.

edilemez bir anlayıştır. Çünkü özellikle toplamda ciddi yekun tutan borçlar için kişiler kendi hisselerine düşen kısmı verdiklerinde ciddi ekonomik kayıplar yaşamayabilirler ancak mirasçılarının tamamının hissesinin bir mirasçıdan alındığı düşünüldüğünde söz konusu mirasçının ekonomik hayatı ciddi tehdit altına girecektir. Bu başlıkta da mevcut Kanunumuz görüldüğü üzere ve yine “alacaklıları” korumaktadır. Alacaklı, dilediği mirasçıya başvurup “*borcun tamamını*” tek bir kişiden isteyebilmektedir. Kanatimizce bu anlayış da zamanla artık değişmelidir.

Yukarda bahsedilen bu ilkelerin hukuk sistemlerine yerleşmeye başlamasıyla birlikte bu temel ilkeleri bozmadan, yasa koyucunun iki ana esas üzerine alacaklıların haklarını koruma/güçlendirme ihtimali olabilir. Bunlardan ilki miras ve buna bağlı olarak ortaya çıkan alacak-borç ilişkilerinin mümkün olduğunca en kısa zamanda sonlandırılması arzu ediliyorsa, “*hak düşürücü*” süreler öngörülerek alacaklılara belirli süreler içerisinde belirli işlemleri yapmaları eğer yapmazlar ise haklarının son bulacağı esası belirlenebilir. Buna göre kanunlarda yapılacak düzenlemeler ile “*öğrenme*” ve/veya “*ölüm*” tarihi esas alınmak suretiyle ikili bir hak düşürücü (örneğin 1, 3 ay veya 1 yıl olacak şekilde) süre öngörülebilir.

Yok eğer kanun koyucunun amacı “*mirasçıları mutlak korumak ama alacaklıları da korumak*” esaslı bir çözüm olacak ise¹¹³ hak düşürücü süreler değil “*zamanaşımı*” süreleri¹¹⁴ öngörülebilir¹¹⁵. Bu kanaate varılır ise tekrar ikili bir ayırım yapılarak çözüme ulaşılabilir: Ya miras hukukuna ilişkin ölüm ve öğrenme tarihi esaslı tamamen özgün ve uzun süreler belirlenerek alacaklıların haklarının bu süre sonunda zamanaşımına uğrayacağı kabul edilir ya da daha da kolaya gidilerek zaten hazır olan “*Borçlar Hukukunda*”ki borcun kaynaklarına göre farklı zamanaşımı süreleri miras hukukuna da uyarlanabilir¹¹⁶. Elbette bu durumda yeni bir başlangıç esası ortaya çıkacak ve zamanaşımın belirlenmesinde borcun kaynağına göre başlangıç ve bitiş süreleri farklı olacak bir biçimde atıfla yetinilecektir. Buna göre mirasbırakanın

¹¹³ Zamanaşımının hüküm ve sonuçları için ayrıca bknz. Kılıçoğlu, s. 894.

¹¹⁴ İsviçre hukuk sistemindeki güncel zamanaşımı revizyonları üzerine monografik çalışma için ayrıca bknz. Ganbari Muhammed Kiomers/ Kaşak Esra, “*İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24 (1), s. 93 – 126.

¹¹⁵ Zamanaşımı bilindiği üzere “borcu sona erdiren” bir sebep değildir. hakkında detaylı bilgi için ayrıca bknz. Eren, s. 1433 vd.

¹¹⁶ Zamanaşımı hakkında geniş bilgi için bknz. Kılıçoğlu, s. 481 vd, s. 866.

borcu örneğin bir sözleşmeye dayanıyorsa TBK m. 146/147 esasıyla 10 ve 5 yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olurken mirasbırakanın borcunun kaynağı bir haksız fiilden doğmuş ise 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri mirasçılardan talep noktasında aynen/uyarlanarak devam ettirilebilir.

Bu esasların belirlenmesi ile kanundaki birçok hüküm de aslında dolaylı olarak anlamını yitirir hale gelecektir. Nitekim mirasın paylaşılması sürecinde birçok hükümde (örneğin, m. 590/II, 594/I, 592/I/2,3...), mirasçılardan “*bulunamaması*”, “*bilinememesi*” gibi sebeplerin gerçekleşmesi haline binaen düzenlemeler yapılmaktadır. Halbuki dediğimiz gibi asıl korunması gereken alacaklılar olmak yerine mirasçılar olsa alacaklıların kaybolması vs gibi bir konu Kanun’da da tartışılmayacaktır.

Mirasbırakanın alacaklılarının zamanaşımı hükümlerine göre alacaklarını talep edebilecek olması da aslında bu anlamda alacaklıyı mevcut düzenlemelere göre kat kat daha fazla koruyacaktır. Bu süreçte mirasçılardan sorumlulukları da haksız zilyet veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözümlendiğinde alacaklıların ciddi anlamda zararları da olmayacaktır¹¹⁷. Böylece hem mirasçılar yıllar geçse dahi hiçbir şekilde kendilerine kalan terekeden fazla bir biçimde ödemede bulunmayacaklarından emin bir şekilde hukuki işlemlerine devam edecek hem de alacaklılar süre kaçırdıkları kaygısına düşmeksizin mirasçılardan alacaklarını alabileceklerini bilmenin rahatlığıyla hukuk sistemi –bu noktada- günümüz ve gelecekte daha adil bir zemine oturacaktır.

Bu çalışma ile sizlere sunmaya çalıştığımız özgün fikirlerimizde elbette olumlu ve olumsuz yönde eleştirilebilir yönler bulunacaktır. Gönül ister ki bu olumlu ve olumsuz eleştiriler vesilesiyle ülkemizin özgün ama gizli kalmış nice hukukçusu, günümüz ve gelecek dünya hukuk sistemlerine yön verebilir çağdaş ve ilk fikirleri ileri sürebilir hale gelerek dünya hukuk sistemlerine katkılar sağlayabilir.

KAYNAKÇA

Aeppli H, OR, Schweizerisches Obligationenrecht Mit Nebengesetzen und Verordnungen, Orell Fissli Verlag AG, Auggabe 199.

Alkış A, “İslam Miras Hukuku ile Türk Medeni Kanun Miras Sisteminin

¹¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Erdogan, s. 175 vd., Eren, s. 947 vd, Kılıçoğlu, s. 507 ve 740 vd.

- Varisler Yönüyle Karşılaştırılması”, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2019, s. 60-79.
- Altaş H, Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, Ankara 2014.
- Altındal H, Arslan Y, “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 25 (1) , 2021, s. 313-354.
- Aslan M, “Mirasçıların Vergi Borçlarından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3-4, s. 128 – 144.
- Ayan S, “Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S.4, 2020, s. 3-59.
- Ayiter N, Miras Hukuku, S Yayınları.
- Berki Ş, “Türk Medeni Kanunu’nda Miras Hukukunun Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 1, 1976, s. 125 – 138 (Erişim Adresi ve Tarihi: http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=38&sayi_id=310&makale_id=2972, 15.11.2020).
- Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo Jungo, Erbrehct, Auf. 2, Zürich 2012.
- Bucher E, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl, Bern 1988.
- Cansel E, / Özel Ç, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Coquoz R (Çev. Güral J), “Mirasın Reddinin, Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 1951, s. 685- 695.
- Cummings R G, “The Case Against Access to Decedents’ E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Volume 15, Issue 2, Art. 5, 2014, s. 897 – 947.
- Dinç M, / Bahardır Ç, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar kanunu, İçtihadı

Birleştirme Kararları, Bilgi Notları ve Mevzuat İşlemeleri, Kavram Dizini, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Dural M, / Öz T, Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C. IV, B. 17, İstanbul 2017.

Erdoğan İ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 4, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.

Erdoğan İ, / Keskin D, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, B.2, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Eren F, / Yücer Aktürk İ, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Erişgin N, “Birlikte Mirasçılarının Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 121 – 143.

Escher A, (Çev. Ansay Sabri Şakir Ansay), Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1953.

Escher, A, Zürcher Kommentar zu Art 457 – 536 und 537 – 640, Zürich 1960.

Ganbari M K / Kaşak E, “İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24 (1), s. 93 – 126.

Genç A, “Saklı Paylı Mirasçılarının Alacaklılarının ve İflas İdaresinin Tenkis Davası Açma Hakkı (TMK m. 562)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 28 (2), 2020, s. 511-542.

Gençcan Ö U, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat, Madde 531-1030, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Gençcan Ö U, Miras Hukuku, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Göktürk K / Can M Ç, “Farklılaştırılmış Teselsülün-Özellikle-Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2), s. 247-283.

Hablützel O, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich /

St. Gallen, 2009.

Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Geisder, Thomas, “Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB”, Auf. 2, Basel-Genf-München.

İleri Ç, “Dijital Miras, Alman Federal Mahkemesi’nin ‘Facebook’ Kararı üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32 (146), Ocak – Şubat 2020, s. 123 – 153.

İmre Z, / Erman H, Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık, Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, 8. Bası, Der Yayınları, 2011.

İnan A, / Ertaş Ş, / Albaş H, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, B. 9, Ankara 2015.

Karataş, E. U, “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 357 – 390.

Karakaş F T, “Saklı Paylı Mirasçılara Yapılan Kazandırmalar Ve Artık Terekenin Paylaşılması Sorunu” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63 Sayı: 4, 2014, s. 813-831.

Kılıç M, “Türk Hukukunda Mirasın Resmi Tasfiyesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2013, s. 761 – 817.

Kılıçoğlu Ahmet M, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış), B. 17, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Oğuzman M K / Barlas N, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, B. 18, İstanbul 2012.

Oser / Schönenberger, Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl, Zürich 1929.

Özer Deniz M, “Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arbulucuk Bakımından Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 11 (1) , 2020, s. 26-38.

Öztan B, Miras Hukuku, Tablolar ve Örneklerle, B. 5, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

- Sağlam İ, “Devletin Yasal Mirasçılığı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), 2016, s. 2473 – 2495.
- Schwartz P M, “Property, Privacy, and Personal Data” (2004) Vol. 117 Num. 7, Harvard Law Review s. 2056 – 2128.
- Serozan R, / Engin B, İ, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, B. 6, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Tokat H, Türk Hukukunda Gaiplik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Von Thur / Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974.
- Yavuz C, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2012.
- Yazıcı A N M, Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Yılmaz İ, “İslâm Hukukunda Vasiyet Yoluyla Varisleri Mirastan Mahrum Etmeye Yönelik Tasarrufların Sınırlandırılması”. Cumhuriyet İlahiyat Dergisi, 21, S. 3, Aralık 2017, s. 1739-1774.
- Yılmaz S / Erkan V U, “ Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 11 (2) , s. 567-586.

ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ İLE ŞARTA BAĞLI ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

Gökçe ARIKAN*

ÖZ

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamının taraflarca belirlenmesi kuralı, tarafların arabuluculuk sözleşmesinde üçüncü kişi lehine edim yükümlülüğü düzenlemelerini ya da sözleşmenin bütünüyle ya da içerdiği münferit edimler yönünden geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılabilmesini mümkün kılmaktadır. Hem üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinin hem de şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğinin incelendiği çalışmamızda, ilamlı icrada karşılaşılabilecek sorunlara çözüm önerileri sunularak; tam üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinde kendisi lehine öngörülen edimlerin ifasını talep hakkına sahip olan üçüncü kişinin, sözleşmenin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep ederek arabuluculuk sözleşmesinin icrasını gerçekleştirme imkanının olduğu ve geciktirici şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinde şart gerçekleşmedikçe icrasının da gerçekleşmeyeceği, buna karşın bozucu şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinin icrasının gerçekleşeceği sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk Sözleşmesi, Tam Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme, Eksik Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme, Şarta Bağlı Sözleşme, Arabuluculuk Sözleşmesinin İcrası

ENFORCEABILITY OF THIRD-PARTY BENEFICIARY MEDIATION CONTRACT AND THE CONTINGENT MEDIATION CONTRACT

ABSTRACT

The rule of determining the scope of the agreement reached by the parties at the end of the mediation activity enables the parties to arrange performance obligations in favor of the third-party in the mediation contract, or to conclude the contract in its entirety or in terms of included disjunctive performances, depending on the suspensive or dissolving condition. By presenting solutions to the problems that may

* Dr., Avukat, İstanbul Barosu/İSTANBUL, e-posta: gokce.arikan@gmail.com,
ORCID : 0000-0002-0883-1795.
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933977

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 22/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/04/2021

be encountered in the execution of the contract, in our study, which examines the enforceability of both third-party beneficiary mediation and the contingent mediation contracts, concludes that the third person with right to claim to fulfillment of the performance foreseen in the genuine third-party beneficiary mediation contract for her/his own benefit has the opportunity to execute the mediation contract by requesting an annotation on the enforceability of the contract, that its execution will not take place unless the suspensive condition is fulfilled in the mediation contract, and that the execution of the mediation agreement based on the dissolving condition will take place.

Keywords: *Mediation Contract, Genuine Third-Party Beneficiary Contract, Quasi Third-Party Beneficiary Contract, Contingent Contract, Execution of The Mediation Contract*

GİRİŞ

22.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹ (HUAK) ile düzenlenerek Türk hukukunda uygulanan, dava açılmadan önce ya da davanın görülmesi sırasında bir hukuki ilişkinin taraflarının mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlık hakkında arabulucuya başvurma konusunda anlaştıkları ihtiyari arabuluculuk (HUAK mad. 13/1); 01.01.2018 tarihinden itibaren işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda², 01.01.2019 tarihinden itibaren konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticari davalarda³ ve son olarak da 22.07.2020 tarihinden itibaren tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda⁴ dava açılmadan önce

¹ RG. T. 22.06.2012, S. 28331.

² 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu mad. 3/1 (RG. T. 25.10.2017, S. 30221).

³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu mad. 5/A/1 (RG. T. 14.02.2011, S. 27846); Zorunlu arabuluculuk kapsamındaki ticari davalar hakkında bkz., Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 287 vd..

⁴ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKK) mad. 73/A (RG. T. 28.11.2013, S. 28835); Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar; tüketici hakem heyetinin kararlarına yapılan itirazlar; tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından, haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve TKK'na aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hallerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması

arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edildiği söz konusu durumlarda; davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulmaması halinde davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (HUAK mad. 18/A/1-2).

Ticaret hukuku başta olmak üzere özellikle sigorta, inşaat gibi alanlarda ve yabancılik unsurunun⁵ bulunduğu ilişkilerde sıklıkla üçlü ilişkiler söz konusu olmakta ve iki kişi arasındaki hukuki ilişkinin üçüncü tarafı da etkilemesi; arabuluculuk sözleşmesine üçüncü kişi lehine edim yükümlülüğü konulabilme imkanını ve üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğini önemli hale getirmektedir. Arabuluculuk sözleşmesinin icra

amacıyla tüketici mahkemelerinde açtıkları davalar; Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, tüketiciler veya tüketici örgütleri tarafından satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için açılan davalar; tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın ayırından doğan uyuşmazlıklar dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değildir (TKK mad. 73/A/1/a-d).

⁵ Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku düzenleyen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, açıkça yabancılik unsuruna ilişkin bir tanım yapmamakla birlikte; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu mad. 2 hükmünde hangi hallerde bir uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığı düzenlenmiştir. Buna göre; “Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi”, bkz., RG. T. 05.07.2001, S. 2445.

edilebilirliğinde bir başka durum ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶ (TBK) mad. 170-176 hükümleri arasında düzenlenen geciktirici ya da bozucu şarta (koşula) bağlı arabuluculuk sözleşmelerinin icra edilebilirliğidir. Her ne kadar üçüncü kişi lehine sözleşme ve şarta (koşula) bağlı sözleşme, özellik taşıyan borç ilişkileri olarak farklı kurumlar olsa da arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğinde yaşanan sorunlar sebebiyle makalemizde birlikte ele alınmaktadır. Üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmeleri ile şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerinin icra edilebilirliğinin incelendiği çalışmamızda, ilk olarak arabuluculuk faaliyeti sonundaki sözleşmenin kapsamı, ikinci olarak şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesi yapılabilmesi imkanı, üçüncü olarak arabuluculuk sözleşmesinde taraflarca üçüncü kişi lehine edim yükümlülüğü düzenlenmesi ve son olarak da hem şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinin icrası imkanı ve uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri hem de lehine edim yükümlülüğü altına girilen üçüncü kişinin arabuluculuk sözleşmesine şerh verilmesi talebinde bulunabilme imkanı ile arabuluculuk sözleşmesinin icrası talebinde bulunabilmesi imkanı ele alınmaktadır.

I. ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUNDAKİ SÖZLEŞMENİN KAPSAMININ TARAFLARCA BELİRLENMESİ

Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, yabancılık unsuru⁷ taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden⁸ doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının

⁶ RG. T. 04.02.2011, S. 27836

⁷ Belirli bir olay veya ilişkinin yabancı bir veya birden çok hukuk nizamı ile temas halinde bulunması yabancılık unsuru taşıdığını gösterir. bkz., Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, 2017, s. 5; Yabancılık unsuru, uyuşmazlığın mahkemenin hukukundan farklı başka devletin hukuku ile bağlantısını sağlayan maddi vakıalar ya da taraf iradesinden doğar. bkz. Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2020, s. 5; Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar kavramı, kişi, yer ya da konu bakımından yabancı bir hukuk sistemi ile irtibatı olan özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkları ifade eder. bkz., Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta Yayıncılık, 2020, s. 5; Genel olarak kişilerin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu veya vardığı yer veya fiilin gerçekleştirildiği veya sonuçlarının meydana geldiği yer yabancı unsur içerebilir. bkz., Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 18.

⁸ Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler, Yargıtay kararlarında genellikle kamu düzenine dahil olmayan işler olarak kabul edilmektedir. bkz., "... İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.", İBK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012; "...Nesebin reddi ve babalık gibi konular ise, kamu düzenine ilişkin olup, bu tür davalarda sadece karşı tarafın kabulüne

çözümlemesinde uygulanabilir (HUAK mad. 1/2). Hem ihtiyari hem de zorunlu arabuluculuk müzakereleri sonunda, arzu edilen ve ideal olan, tarafların anlaşması ile arabuluculuk faaliyetinin sona ermesidir⁹. Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan bu sözleşmenin kapsamı yazılı¹⁰ olarak taraflarca belirlenir¹¹ ve taraflar ile arabulucu¹² tarafından imzalanır (HUAK mad. 18/1)¹³. Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflarca bir sözleşme düzenlenmemesi halinde¹⁴, arabulucu tarafından düzenlenen son tutanak anlaşma belgesi niteliğinde olacaktır¹⁵. Arabuluculuk faaliyeti sonundaki bu sözleşme; hem tarafların, aralarındaki mevcut ya da muhtemel uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmeyi kararlaştırdıkları sözleşmeden¹⁶

dayanılarak isteğe uygun karar verilemeyecektir.”, Yargıtay 18. HD. E. 2012/6541, K. 2012/7308 T. 18.06.2012 bkz., Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 51.

⁹ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi” in Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu, Süleyman Yılmaz (eds.), Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 651.

¹⁰ Arabuluculuk sözleşmesinin yazılı olması TBK mad. 12/2 hükmü gereğince, geçerlilik şartıdır. bkz., Ferhat Büyükkay, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, 2018, s. 105.

¹¹ Zorunlu arabuluculuk kapsamında tarafların işe iade talebi sonunda bir anlaşmaya varmaları halinde, arabuluculuk sözleşmesinin içeriğinde hangi hususların zorunlu olarak bulunma gerektiği ve söz konusu hususlara yer verilmemesi halinde anlaşmanın sağlanmamış sayılacağı 4857 sayılı İş Kanunu mad. 21/7 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir.

¹² Arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucu sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir anlamda tanığıdır. bkz., Necla Öztürk, “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış”, 2015, 31(2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 222.

¹³ Arabuluculuk sözleşmesinin, arabulucunun imzasını içermemesi durumunda, HUAK mad. 18/2 hükmüne göre icra edilebilirlik şerhi bu belge için talep edilemeyecektir. bkz., Emre Kıyak, “Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, 2015, (21), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 528; Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, 2018, s. 376; Büyükkay, s. 105.

¹⁴ Tarafların vardıkları anlaşmayı, mutlaka yazılı bir arabuluculuk sözleşmesi haline getirmek zorunlulukları olmadığı; zira sorun çözülmüşse asıl amacın gerçekleştiği, ancak varılan anlaşmanın yazılı şekilde bir sözleşme metnine dönüştürülmesinin yararlı olacağı yönünde bkz., Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 108.

¹⁵ HUAK madde gerekçesinde, arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde, faaliyetin sonunda tutulan tutanağın anlaşma belgesi niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. bkz., HUAK madde gerekçeleri, s. 14, <<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariyasamaları/Kanunlisan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021.

¹⁶ Tarafların, aralarındaki mevcut ya da muhtemel uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmeyi kararlaştırmaları bir sözleşme ile olabileceği gibi esas sözleşmeye eklenecek bir madde ile de gerçekleştirilebilir. bkz., Melis Taşpolat-Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, 2012, s. 101; Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla

hem de arabulucu ve taraflar arasındaki ücret başta olmak üzere hak ve yükümlülükleri belirleyen arabulucu sözleşmesinden (*mediator agreement*)¹⁷ farklıdır. Bu makale kapsamında arabuluculuk sözleşmesi ile kastedilen de arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların üzerinde anlaştıkları ve temeli sulhe dayanan¹⁸ sözleşmedir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılan arabuluculuk sözleşmesinin, uyuşmazlığı çözecek nitelikte bir mutabakatı içermesi, sorunu kalıcı olarak çözmesi ve tarafların bu sonuçtan emin olarak belirsiz noktaların kalmaması gerekir¹⁹. Belirli konularda tereddüt ediliyorsa da arabulucunun bu konularda tarafların görüşünü alarak açıklama ve düzeltme yapması gerekir²⁰. Zira söz konusu arabuluculuk sözleşmesine şerh verilmesi suretiyle ilam niteliğini haiz belge haline gelmesi, sözleşmenin cebri icraya uygun şekilde hazırlanmasını²¹ gerektirir ve bu durumda arabulucunun, sözleşmenin içeriğinin cebri icraya uygunluğuna dikkat etmesi önemlidir.

Bir hukuki işlemin etkisinin usul hukuku alanında ortaya çıkması halinde o işlem usulî işlem kabul edilirken²² etkisinin maddi hukuk alanında ortaya

Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, 2016, s. 128 vd.; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2013, s. 673 vd.; Öztürk, s. 219.

¹⁷ Frank Diedrich, “International/Cross-Border Mediation within the EU – Place of Mediation, Qualifications of the Mediator and the Applicable Law” in Frank Diedrich (Ed.), The Status Quo of Mediation in Europe and Overseas, 2014, s. 60.

¹⁸ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, 2006, (64), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 173; Gülgün İldır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü - Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 165; Baki Kuru, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, 2010, 6(16), Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, s. 243; Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 184; Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulacak Hukuki Çareler”, 2018, 13(138), Terazi Hukuk Dergisi, s. 34; Cengiz Topel Çelikoğlu, “6325 Sayılı HUAK’a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi” in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds.), Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 709; Melis Taşpolat-Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, 2019, (1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 345.

¹⁹ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 108.

²⁰ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 108.

²¹ Kekeç, s. 200.

²² Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Yayınevi, 2011, s. 175.

çıkması halinde maddi hukuk işlemi olarak kabul edilir²³. Hukuki işlemin etkilerini birden fazla hukuk alanında göstermesi halinde ise doğrudan etkisini ağırlıklı olarak gösterdiği hukuk alanı dikkate alınır²⁴. Arabuluculuk sözleşmesinin hangi hukuk dalına ait olduğunun tespit edilmesinde, tarafların o sözleşmeyi kurmak için açıkladıkları irade beyanları ile ortaya çıkmasını istedikleri hukuki sonucun doğrudan etkisini göstereceği hukuk alanı dikkate alınmalıdır. Bu anlamda arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların kapsamını serbestçe belirleyerek üzerinde anlaştıkları arabuluculuk sözleşmesi, her ne kadar sözleşmede anlaşılan hususlarda taraflarca dava açılmaması²⁵ (HUAK mad. 18/5) şeklinde usul hukuku²⁶ alanında etki oluştursa da hem tarafların ortaya çıkmasını istedikleri sonuç maddi hukuk alanında olduğundan hem de kuruluş ve etkileri bakımından kural olarak maddi hukuk işlemi olduğundan, maddi hukuk anlamında bir sulh sözleşmesi²⁷ olarak kabul edilmelidir²⁸. Bu

²³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, Filiz Yayınevi, 2017, s. 87-88; Mustafa Ertürk, Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınları, 2019, s. 104.

²⁴ Abdurrahim Karşı, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, Kudret Basım, 2001, s. 126; Güray Erdönmez, “Usul İşlemleri” in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds.), Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 437.

²⁵ Arabuluculuk faaliyeti sonucunda, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenlemenin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu ve aslında bir temenni hükmü dahi sayılması zor, hukuken anlamlı olmayan ve temel usul hukuku bilgisiyle dahi anlaşılamayacak bir hüküm olduğuna ilişkin bkz., Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 113-115.

²⁶ Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, 2018, 20(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 16.

²⁷ TBK’nda sulh sözleşmesini oluşturan unsurların, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinde hiçbirisinde bulunmaması sebebiyle mahkeme dışı sulh sözleşmesi, kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşmedir. bkz., Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Beta Yayınevi, 2009, s. 24; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 13.

²⁸ C. Mark Baker ve Arif Hyder Ali, “Cross-Comparison on Institutional Mediation Rules”, 2002, 57(2), Dispute Resolution Journal, s. 77; Erdoğan ve Cömert, s. 34; Çelikoğlu, s. 707; Dür, s. 365; Kıyak, s. 532; Sibel Özel, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu”, 2019, 25(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 1193; Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğinin “sulh benzeri bir sözleşme” olduğu yönünde bkz., Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 101; Sulh sözleşmesinin varlığı için, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde karşılıklı tavizlerde bulunmaları bir şart olarak aranırken; arabuluculuk sözleşmesinde her zaman iki tarafın fedakârlıkta bulunması söz konusu olamayabilir zira sadece bir tarafın fedakârlığı ile de gerçekleşebilir. bkz., Ildır, s. 167, 168.

açından arabuluculuk sonunda varılan anlaşma tüm sözleşmeler için aranan TBK genel hükümlerde yer alan geçerlilik şartları²⁹, özellikle kesin hükümsüzlük hâlleri (TBK mad. 27), aşırı yararlanma hâli (TBK mad. 28), yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade bozuklukları hâllerine ilişkin hükümler (TBK.m. 30-39) arabuluculuk sözleşmesi hakkında uygulama alanı bulacaktır³⁰.

Arabuluculuk faaliyetinde, normalde uyuşmazlığın iki tarafı varsa da ticaret hukuku başta olmak üzere özellikle denizcilik, sigorta ve inşaat hukukuna ilişkin alanlarda karmaşık ticari ilişkiler sebebiyle birden çok tarafın doğrudan ya da dolaylı olarak söz konusu ilişkiler içinde yer aldığı görülmektedir³¹. Örneğin uluslararası ölçekli inşaat projelerinde olduğu gibi yabancılık unsuru bulunan hukuki ilişkilerde, çoğu kez farklı ülkelerden şirketlerin taraf oldukları birbirinden hukuken bağımsız bulunan birçok sözleşmenin meydana getirdiği bir sözleşme ağı söz konusu olduğunda; işveren ile mimar, mühendis ve yüklenici arasında hukuken birbirinden ayrı sözleşmeler akdedilirken; yüklenici, işverenle yaptığı sözleşmeden bağımsız olarak, alt yüklenicilerle de sözleşmeler akdeder ve tüm bu sözleşmelerin hukuken birbirinden bağımsız olmasının sonucu olarak, bu sözleşmelerin herhangi birinden kaynaklanan bir uyuşmazlık farklı davaların açılmasına neden olacak dalgalanma etkisi ortaya çıkarır³². Böyle bir durumda arabuluculuk faaliyetine başvurulması halinde, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamının taraflarca belirlenmesi kuralı gereğince (HUAK mad. 18/1), tarafların arabuluculuk sözleşmesinde üçüncü kişi lehine edim yükümlülüğü öngörmeleri söz konusu olabilmektedir. Anayasa³³ mad. 48/1 ve TBK mad. 26/1 hükümlerinde

²⁹ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 81 vd.; Dür, s. 364.

³⁰ Seda Özümücü, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 346; Mustafa Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması" in Hüseyin Hatemi (Ed.), Özer Seliçi'ye Armağan, 2006, s. 463; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1263; Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 204; Dür, s. 364, 380; Çelikoğlu, s. 709; Erdoğan ve Cömert, s. 39 vd.; Onur İlhan, Arabuluculuk Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 253, 254; Kıyak, s. 529; İrade bozuklukları, anlaşma belgesinin sahte olması, anlaşmanın geçersizliği, anlaşma hükümlerinin yorumuna ihtiyaç duyulması, icra edilebilir bir anlaşma bulunmaması gibi hâllerde arabuluculuk sözleşmesinde üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılması ve bu hususların mahkemece incelenip karara bağlanması mümkündür. bkz., Akkan, s. 21 vd.

³¹ Michael F. Hoellering, "International Arbitration Agreements: A Look Behind the Scenes", 1998, 53(4), Dispute Resolution Journal, s. 64 vd.

³² Emre Esen, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta Yayıncılık, 2008, s. 2

³³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (RG. T. 20.10.1982, S. 17844).

korunan sözleşme özgürlüğü³⁴ gereğince, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleme hakkına sahip olan taraflar, üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesi akdedebilecekleri gibi geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak da arabuluculuk sözleşmesi akdedebilirler. Zira uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk faaliyetinden beklenen, tarafların anlaşarak kapsamını belirledikleri bir sözleşme ile sulh olmaları ve uyuşmazlığı sona erdirmeleridir.

II. ŞARTA BAĞLI ARABULUCUK ŞÖZLEŞMESİ

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların kapsamını serbestçe belirleyerek üzerinde anlaştıkları arabuluculuk sözleşmesi, maddi hukuk anlamında bir sulh sözleşmesi olarak kabul edildiğinden³⁵; doktrinde arabuluculuk sözleşmesinin dava açılmadan gerçekleştirilmesi halinde mahkeme dışı sulh³⁶, dava açıldıktan sonra gerçekleştirilmesi halinde de mahkeme içi sulh niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³⁷. Tarafların mahkeme dışında yapacakları sulh, kuruluş ve etkileri bakımından kural olarak maddi hukuk işlemi olduğundan ve borçlar hukukunun alanına girdiğinden Hukuk Muhakemeleri Kanunu³⁸ (HMK) mad. 313-315 hükümlerine değil³⁹; TBK genel hükümlerde yer alan hükümlere tabi olacaktır⁴⁰. Görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları sulh sözleşmesi ise HMK mad. 313-315 hükümlerindeki düzenlemelere tabidir.

Görülmekte olan bir davada hüküm kesinleşinceye kadar, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla,

³⁴ Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 11. Bası, Sayram Yayıncılık, 2019, s. 12; Oğuzman ve Öz, s. 23; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2020, s. 339.

³⁵ bkz. yuk., s. 6, dn. 27.

³⁶ İbrahim Özbay, s. 135 “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği”, 2004, 8(3-4), AÜEHFD, s. 395, 396; İldır, s. 166

³⁷ Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 406 vd.; Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 190; Çelikoğlu, s. 707.

³⁸ RG. T. 04.02.2011, S. 27836

³⁹ Murat Atalı, “Karar ve Hüküm” in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds), Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2033-2034; Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 406.

⁴⁰ Dür, s. 364; İlhan, s. 253, 254

mahkeme huzurunda yapmış oldukları sulh sözleşmesinin, şarta bağlı olarak yapılabileceğini HMK mad. 313/4 hükmü açıkça düzenlemiştir. Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir (HMK mad. 315/1). HMK 315 madde gerekçesinde, davaya son veren bir usul sözleşmesi olan mahkeme içi sulhün, mahkemece bir hüküm verilmesine gerek kalmaksızın davayı sona erdireceği; tarafların sulh sözleşmesi yapmaları durumunda, mahkemenin “esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına” ya da “sulh sebebiyle, hüküm verilmesine yer olmadığına” karar vereceği; mahkeme huzurunda gerçekleşen sulhün kesin hüküm gibi hukuki sonuçlara sahip olacağı; sulhün şarta bağlı olarak yapılmış olmasının da yargılamanın kesin hükümle sona ermiş sayılmasına engel olmayacağı, mahkeme içi sulh ile, davaya konu olan uyuşmazlığın, aynı konuda aynı sebebe dayanan yeni bir davanın görülmesine imkan vermeyecek şekilde kesin hükme benzer şekilde ortadan kaldırılmış olacağı belirtilmektedir⁴¹. Yani mahkeme huzurunda yapılan sulh davayı kendiliğinden sona erdirdiğinden mahkemenin bu sonucun ortaya çıkmasını sağlamak için ayrıca bir hüküm vermesine de gerek yoktur⁴². Bu bakımdan mahkemenin vereceği “esas

⁴¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), HMK gerekçe mad. 317, s. 93, <<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021.

⁴² Sabri Şakir Ansay, “Sulh”, 1943, 1(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 205-206; Benzer yönde, mahkeme içi sulh ile davanın mahkeme tarafından ayrıca bir hüküm verilmeksizin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bkz., Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 299, 1972, s. 139; Dava konusu uyuşmazlığın sulh ile değil de sulh sonrasında verilen mahkeme kararı neticesinde sona erdiğinin kabul edilmesi halinde, mahkemece verilen karar basit bir formalite işlemi olmayıp, davayı sona erdiren ilam olacağından zaten İİK mad. 24 vd. hükümlerine göre icrası gerçekleşecekken; İİK mad. 38 hükmü ile mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin ilam niteliğinde bir belge olduğunun ayrıca düzenlemesi neticesinde sulhün bir mahkeme kararına gerek olmaksızın davayı sona erdirdiğinin anlaşılması gerektiği yönünde bkz., Önen, s. 96; Süha Tanrıver, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, 1994, 49(1), AÜSBFD, s.345; Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Hukuku, Cilt 1-2, 2000, s. 578; Nedim Meriç, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Yetkin Yayıncılık, 2011, s. 209; Leyla Akyol-Aslan, “Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhun Kapsamına Dâhil Edilmesi (HMK md. 313/3)” in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 192; Davaya son veren taraf işlemleriyle kesin hüküm kurumunun bağdaştırmanın olanaklı olmadığı ve davanın bizatihi taraf işlemiyle sona erdiği hallerde kesin hüküm kavramından söz edilemeyeceği ve davaya son veren taraf işlemlerinin davayı doğrudan doğruya sona erdirdiği hakkında bkz., Kudret Aslan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Davaya Son Veren Taraf İşlemleri”ne İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler” in Emel Hanağası ve

hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı” davanın sulh nedeniyle konusuz kaldığını tespitten öte bir anlam taşımayacaktır⁴³. Dolayısıyla ortada bir mahkeme kararı olmadığından bu karara karşı kanun yollarına başvurulması da söz konusu olmayacaktır⁴⁴. Böylece mahkeme huzurunda yapılan sulhun şekli kesin hükme benzer sonuçlarından⁴⁵ bahsedilecek ve sulhe karşı kanun yoluna gidilemeyecektir⁴⁶.

Madde gerekçesinde kesin hükme benzer şekilde o dava konusu uyuşmazlığı ortadan kaldıracığı ve madde metninde kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı belirtilmesi önemlidir. Zira burada sulh sözleşmesinin kesin hüküm teşkil etmesinden değil kesin hükme ilişkin sonuçları doğuracağından bahsedilmektedir. Bu bakımdan HMK ilgili maddesi ve hükümet gerekçesi de dikkate alınarak Türk hukuku bakımından mahkeme içi şarta bağlı sulhun kesin

Mustafa Göksu (eds), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 331, 364; Aksi yönde, davanın doğrudan doğruya sulh ile değil, sulhün esas alınması suretiyle mahkemenin vereceği hüküm ile sona ereceğine ilişkin bkz., Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 401; Tarafların sulh anlaşmasına göre karar verilmesini istedikleri durumda davanın mahkemenin esasa ilişkin nihai kararı ile sona ereceği ve bu karara karşı kanun yoluna başvurma mümkün olduğu yönünde bkz., Atalı, s. 2036; Tarafların şarta bağlı sulhe göre karar verilmesini istemeleri durumunda, davayı sona erdiren sulh sözleşmesi mi yoksa mahkeme hükmü mü olacağı hususunda madde gerekçesinde açıklık olmadığından, bu durumda davayı sona erdiren mahkeme kararı olması gerektiği ve mahkeme hükmünün şarta bağlı olmamasına aykırılık sebebiyle, sulhun şarta bağlı olarak yapılması durumunda, tarafların mahkemeden sulhe göre karar verilmesini isteyemeyecekleri yönünde madde metninde düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz., Cenk Akil, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, 2012, 16(4), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 14.

⁴³ Süha Tanrıver, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, 1996, s. 97.

⁴⁴ Ansay, s. 206.

⁴⁵ Maddi anlamda kesin hükme ilişkin sonuçlar doğurması; dava sebebi dava konusu ve tarafları aynı olan yeni bir dava içindir. Buna karşılık yeni davanın konusu, sebebi ve tarafları farklı ise sulh üzerine verilen mahkeme kararı yeni davanın görülmesine engel teşkil etmez, taraflar arasında kesin delil teşkil eder. bkz., Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 4, 6. Bası, Beta Yayınevi, 2001, s. 3765.

⁴⁶ Mahkeme huzurunda yapılan sulh şekli kesin hükme benzer sonuçlar meydana getireceğinden, sulhe karşı kanun yoluna gidilemeyecektir. Zira bu durum HMK mad. 314 hükmüne 22.07.2020 tarihinde eklenen 2 ve 3. fıkralar ile; sulhun hükmün verilmesinden sonra yapılması halinde, taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi, dosyanın kanun yolu incelemesine gönderilmeyeceği ve ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince sulh doğrultusunda ek karar verileceği; dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra yapılmışsa da Yargıtay’ın temyiz incelemesi yapılmaksızın dosyayı sulh hususunda ek karar verilmek üzere hükmü veren mahkemeye göndermesi şeklinde düzenlenmiştir. bkz., 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG. T. 28.07.2020, S. 31199).

hüküm olmadığı⁴⁷, kesin hüküm gibi kesin hükme benzer sonuçlar meydana getirdiği dikkate alındığında; hükmün sonuç kısmında, taleplerden her biri hakkında verilen hüküm ile taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların, açık bir şekilde, şüphe ve tereddüte yer vermeksizin belirtilmesi gerekliliği (HMK mad. 297/2) gerekçe gösterilerek Türk Hukukunda şarta bağlı hüküm verilemeyeceği yönündeki doktrin ve uygulamadaki hakim görüşe⁴⁸ aykırı bir durum söz konusu olmadığı görülecektir.

Hem mahkeme dışı sulh sözleşmelerinin hem de mahkeme huzurunda yapılan sulh sözleşmelerinin bütünüyle ya da içerdiği münferit edimler yönünden geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak yapılabileceği konusunda şüphe yoktur⁴⁹. Dolayısıyla sözleşmenin hüküm ifade etmesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya⁵⁰ bağlandığı, geciktirici şarta bağlı sözleşmeler için geçerli olan; aksi kararlaştırılmadıkça şartın gerçekleştiği andan başlayarak sözleşmenin hüküm ifade etmesi kuralı (TBK m. 170), sulh sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulabilecek ve geciktirici şarta bağlı hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, ancak şartın gerçekleşmesi anında meydana geleceği için geciktirici şarta bağlı sulh sözleşmelerinin icrası da ancak şartın gerçekleşmesi anında talep edilebilecektir⁵¹. Diğer yünden, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış geçerli bir hukukî işlemin, sona ermesinin gelecekteki belirsiz bir olguya bağlandığı bozucu şarta bağlı sözleşmeler⁵² bakımından geçerli olan; söz konusu bozucu şart gerçekleşene

⁴⁷ Sadece mahkemeler tarafından verilen hükümlerin maddi anlamda kesinliğe elverişli olduğu yönünde bkz., Önen, s. 97.

⁴⁸ Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 3759; Süha Tanrıver, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, 1998, 19(4), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 49; Yargıtay, 21. HD. E. 2005/13608, K. 2006/243, T. 24.01.2006, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021; Yargıtay, 10. HD. 2453/2775, T. 03.03.2011, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021; Aksi yönde, şarta bağlı hüküm kurulamayacağı şeklinde açık bir kanun hükmü olmadığına ilişkin bkz., İlhan Postacıoğlu, “Şarta Muallak Hüküm”, 1941, 2, Adalet Dergisi, s. 114-115.

⁴⁹ Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 101; Önen, s. 60; Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 3752; İlhan Ulusan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, 1971, s. 40.

⁵⁰ Oğuzman ve Öz, s. 508; Eren, s. 1289.

⁵¹ Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 102; Önen, s. 159; Ulusan, s. 54.

⁵² Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1968, s. 548; Eren, s. 1305; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Turhan Yayınevi, 2018, s. 968; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 286; Sinan Okur, “Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, 2019, 14(1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 75.

kadar sözleşmenin varlığını sürdüreceği, bozucu şart gerçekleştiğinde sözleşmenin ortadan kalkacağı ve aksine bir düzenleme kararlaştırılmamışsa veya işin niteliği gerektirmiyorsa da bozucu şart ile sözleşmenin sona ermesinin geçmişe etkili olmayacağı düzenlemeleri (TBK mad. 173-176) bozucu şarta bağlı sulh sözleşmeleri bakımından da geçerli olacaktır. Bu durumda bozucu şartın gerçekleşmesine engel olma veya gerçekleşmesinin sağlanmasının aksi sonuç meydana getirmesi ancak dürüstlük kuralına aykırı şekilde engelleme yapılmış olmasına bağlı olacaktır⁵³.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların üzerinde anlaştığı arabuluculuk sözleşmesinin; mevcut bir hukuki ilişkiyle alakalı uyuşmazlık veya tereddütlerin karşılıklı fedakarlıklarda bulunmak suretiyle giderilmesi⁵⁴ anlamına gelen sulh sözleşmesi ile birçok yönden benzerlik gösterdiği görülmektedir⁵⁵. Zira hakimin ön inceleme safhasında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik görev ve yetkisi yanında aynı zamanda arabuluculuğa teşvik görev ve yetkisi vardır (HMK m. 137/1 ve 140/2) ve tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir ve bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir (HUAK m. 15/5). Arabuluculuk faaliyeti ile arabulucudan beklenenin de tarafları sulh etmek olduğu açıktır.

HUAK'nda arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşmanın şarta bağlı olarak yapılmasına ilişkin herhangi bir hüküm mevcut olmamakla beraber, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamını kendilerinin belirleyecekleri HUAK mad. 18/1 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğü; herhangi bir sözleşme yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüklerini kendi içinde barındırmaktadır⁵⁶. Bu açıdan sözleşmenin içeriğini düzenleme

⁵³ Eren, s. 1307-1308; Kılıçoğlu, s. 975-976; Okur, s. 88-89.

⁵⁴ Önen, s. 23; Ulusan, s. 9.

⁵⁵ Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağına ilişkin HMK mad. 188/3 hükmü ile, arabuluculuk faaliyeti sırasında, taraflarca ileri sürülen öneri, herhangi bir vakıa ya da iddianın kabulüne ilişkin tarafların, arabulucunun veya arabuluculuğa katılanlar da dahil olmak üzere üçüncü bir kişinin, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında ya da tahkime başvurulduğunda söz konusu beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremeyeceği ve bunlar hakkında tanıklık yapamayacağına ilişkin HUAK m. 5/1 hükmü benzer düzenlemelerdir.

⁵⁶ Eren, s. 18.

özgürlüğü, taraflara sözleşmedeki edimlerin miktarını, konusunu, süre ve tarzını özgürce belirleme hakkı vermektedir⁵⁷. Şart (koşul) ise sözleşme özgürlüğünü gerçekleştiririnin en önemli araçlarından biri olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin şarta bağlı olarak yapılabileceğinin açıkça HMK’unda düzenlenmiş olması da dikkate alındığında arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın da şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkündür⁵⁹.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ

Üçüncü kişi lehine sözleşmede, üçüncü kişiye bir edimi yerine getirmeyi taahhüt eden bir taraf (*vadeden-promittent*), bu taahhüdü şart koşan alacaklı karşı taraf (*vaadettiren-promisser*) ve lehine edim yükümlülüğü altına girilen üçüncü kişi (lehdar) olmak üzere üç ayrı kişi söz konusudur⁶⁰. Üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar, sözleşmeden doğan alacak hakkından yararlanan kişi olmakla birlikte sözleşmenin akdedilmesine taraf olarak katılmadığından⁶¹; onun iradesi bu sözleşmenin kurulmasında hiçbir rol oynamadığı gibi sözleşmenin kurulması için lehdarın bilgisi de aranmamaktadır⁶². Zira üçüncü kişi yararına sözleşme kurulduğu anda üçüncü kişinin mevcut veya belirlenmiş olması gerekli olmadığından; sadece belirlenebilir olması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir⁶³.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, bağımsız bir sözleşme türü oluşturmayıp, genellikle kanunda düzenlenmiş veya karma ya da sui generis bir sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme oluşturacak şekilde yapılmasını içeren

⁵⁷ Eren, s. 357.

⁵⁸ Okur, s. 91; Eren, s. 1290.

⁵⁹ “Bir diğer husus, şarta bağlı arabuluculuk uzlaşma olmaz mı? Herhalde olabilir.”, bkz., Oğuz Atalay, “Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme” in Muhammet Özkes (Ed.), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 150, 2008, s. 286; Büyükaş, s. 258.

⁶⁰ Andrea Meier ve Anna Lea Setz, “Arbitration Clauses in Third Party Beneficiary Contracts – Who May and Who Must Arbitrate?”, 2016, 34(1), ASA Bulletin, Kluwer Law International, s. 64’den Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg 2000, N 13 et seqq. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 3878; Oğuzman ve Öz, s. 442; Şener Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 10.

⁶¹ Eren, s. 1268.

⁶² Akyol, s.100.

⁶³ Oğuzman ve Öz, s. 454; Akyol, s. 100.

bir hüküm (*clause*) ile meydana gelmektedir⁶⁴. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin nisbî karakterinin en önemli istisnalarından biri olan üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunun⁶⁵ başta gelen özelliği; üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı sadece alacak hakkı kazanma imkânı tanınması ancak üçüncü kişinin, tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı borç altına sokulamamasını ifade eden “*üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı*”dır⁶⁶. Üçüncü kişi yararına sözleşmede edime konu oluşturabilecek her tür yapma, yapmama ve verme taahhüdü sözleşmenin konusunu teşkil edebilir⁶⁷.

Hem mahkeme içi hem de mahkeme dışı sulh sözleşmelerinde, üçüncü kişi lehine konulan hükümlerin geçerli olduğu⁶⁸ dikkate alındığında; arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan ve temeli sulhe dayanan arabuluculuk sözleşmesi kapsamının da taraflarca belirlenmesi kuralı (HUAK mad. 18/1) gereğince, tarafların arabuluculuk sözleşmesinde üçüncü kişi lehine bir edim yükümlülüğü kararlaştırmaları mümkündür⁶⁹. Mahkeme önünde yapılan sulh ile, davaya ve sulhun yapılmasına katılmamış olan üçüncü kişiler lehine birtakım edimlerin ifası kararlaştırılması halinde, üçüncü kişi lehine yapılan sulhten bahsedilebilmektedir⁷⁰. Mahkeme huzurunda yapılan üçüncü kişi lehine sulhler bakımından uygulama alanı bulacak genel düzenleme ise TBK mad. 129 hükmündeki üçüncü kişi yararına sözleşme madde başlıklı düzenlemedir. TBK mad. 129 hükmünde üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ve üçüncü kişi yararına tam sözleşme ayırımının yapıldığı görülmektedir. Bu ayırımın hareket noktası üçüncü kişinin, edim yükümlülüğü altına girerken ifayı talep hakkına sahip olup olmamasıdır. TBK mad. 129 hükmü eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından arabuluculuk sözleşmesi hakkında da uygulama alanı bulacaktır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede belirlenen edim yükümlülüğü, bunu içeren sözleşmeye ilişkin şekil şartına bağlı olacağından; şayet bu sözleşme herhangi bir şekle bağlı değilse, şekilsiz olarak yapılması geçerliliğini

⁶⁴ Oğuzman ve Öz, s. 450.

⁶⁵ Eren, s. 1267.

⁶⁶ Oğuzman ve Öz, s. 451; Eren, s. 1269.

⁶⁷ Oğuzman ve Öz, s. 453; Akyol, s. 14.

⁶⁸ Y. 4. HD. 6879/3908, T. 10.06.1957, bkz., Fahreddin Öztürk, Osman Eruluç, Adil Akcollu ve Ali Şentürk, Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları, 1959, s. 450.

⁶⁹ Büyükkay, s. 270.

⁷⁰ Önen, s. 85.

etkilemeyecektir⁷¹. Bu bakımdan arabuluculuk sözleşmesine taraflarca, üçüncü kişi lehine bir edim yükümlülüğü konulmak istendiğinde, arabuluculuk sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlı olması (HUAK mad. 18/1) sebebiyle söz konusu üçüncü kişi lehine öngörülen hükmün de geçerli olabilmesi için yazılı olması ve taraflarca imzalanması gerekmektedir.

TBK mad. 129/1 hükmünde, kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi lehine bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir demek suretiyle kanun kural olarak “*üçüncü kişi yararına eksik sözleşme*”yi düzenlerken; TBK mad. 129/2 hükmü ise “*üçüncü kişi yararına tam sözleşme*”nin varlığının ne zaman kabul edileceğini düzenlemektedir⁷². Buna göre; kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmeden bahsedebilmek için, üçüncü kişinin ifayı isteyebileceğinin sözleşmede kararlaştırılması ya da taraf iradelerinin yorumundan bu sonuca ulaşılması⁷³ ya da sözleşmenin yorumundan bu sonuca ulaşılabilmesi halinde, üçüncü kişinin, edimi yükümlülük altına girene doğrudan başvurma hakkı tanınmasının örf ve adet gereği olması⁷⁴ veya kanunda⁷⁵ özel olarak üçüncü

⁷¹ Akyol, s. 95; Eren, s. 1270-1271.

⁷² Oğuzman ve Öz, s. 445.

⁷³ Akyol, s. 25-26; Eren, s. 1273; Oğuzman ve Öz, s. 445; “...*Üçüncü kişiler yararına yapılan sözleşmelerin eksik ya da tam olup olmadığının tespitinde, sözleşmede bu yönde açık bir hüküm ya da anlatımın olması, bu yönde bir açıklık olmaması halinde ise sözleşme hükümlerinin amaçsal yorum ile değerlendirilmesi gerekmektedir.*”, bkz., Yargıtay 11. HD. E. 13448/2016, K. 5013/2018, T. 09.07.2018, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021.

⁷⁴ İfa yardımcılarına karşı bahşiş kararlaştırılması halinde, onların, hizmetten yararlanana karşı doğrudan talep hakkı vermesi; kiracı ve kiralayan arasında kapıcı ücreti ödenmesine ilişkin sözleşmeler; büyükannenin oğlunun dul karısına, torunlarının tahsil ve terbiyesi için aylık belli bir miktar para vermeyi taahhüt etmesi halinde, çocuklar yararına doğan talep hakkı; ömür boyu gelir ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleri sözleşmelerinde üçüncü kişinin doğrudan talep hakkı olması gibi örf ve adet gereği üçüncü kişi yararına sayılma örnekleri için bkz., Akyol, s. 38-40.

⁷⁵ TBK m. 130 hükmünde, işçiler yararına işverenin yaptırdığı hukuki sorumluluk sigortalarında işçinin doğrudan sigorta şirketine karşı talep hakkı kazanması, TTK m. 1478 hükmünde, sorumluluk sigortasında, zarar görenin uğradığı zararın sigorta bedeline kadar

kişi lehine tam sözleşme olarak düzenlenmesi gereklidir.

Mahkeme huzurunda yapılan sulhte, üçüncü kişinin, kendisi lehine öngörülen edimlerin ifasını talep edebileceğinin açıkça belirtilmesi gerektiği; örf ve adete göre, tam üçüncü kişi lehine sözleşmenin varlığının belirlenmesinin sulh sözleşmeleri bakımından uygulanamayacağı⁷⁶ dikkate alınarak, arabuluculuk sözleşmesinin de ilam niteliğinde belge sayılması (HUAK mad. 18/2,4) özelliği dolayısıyla arabuluculuk sözleşmesinde de üçüncü kişinin, kendisi lehine öngörülen edimlerin ifasını talep edebileceğinin açıkça belirtilmesi gerekir.

Üçüncü kişi lehine eksik sözleşmede, üçüncü kişi edimin ifasını sulhün taraflarından bağımsız olarak isteme hakkına sahip değildir⁷⁷. Söz konusu üçüncü kişi, kendi lehine sulh sözleşmesinde öngörülmüş edimlerin ifasını isteyemeyeceğinden, eksik üçüncü kişi lehine sulh sözleşmesinin icrasını da tek başına gerçekleştiremeyecektir⁷⁸. Üçüncü kişi lehine eksik sözleşmede, borcun üçüncü kişiye ifasını talep ve dava hakkı vaadettirene aittir⁷⁹. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede ise, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte üçüncü kişi alacak hakkı kazanmakta ve sulhun taraflarından bağımsız olarak bunu talep edebilmektedir⁸⁰. Dolayısıyla eksik üçüncü kişi lehine sulh sözleşmesinden farklı olarak, tam üçüncü kişi lehine sulh sözleşmesinde lehine edim yükümlülüğü öngörülen üçüncü kişi, sulhun taraflarından bağımsız olarak ifayı talep hakkına sahipse, söz konusu tam üçüncü kişi lehine sulh sözleşmesinin icrasını da tek başına talep edebilmelidir⁸¹. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede, üçüncü kişi sözleşmede kendisi lehine öngörülen edimlerin ifasını sağlamak amacıyla dava açabileceğine göre, doğal olarak bu dava sonucunda elde edeceği ilamı da icraya koyabilmesi gerekir; zira, anayasal bir hak olan dava açma özgürlüğünün (Anayasa mad. 36), icra hukukundaki görünüm biçimi takip yapabilme özgürlüğüdür ve bu özgürlük dava açma hakkı özgürlüğünün bir uzantısını oluşturduğundan, üçüncü kişiye dava açma hakkı

olan kısmının tazminini doğrudan sigortacıdan isteyebilmesi örnek olarak gösterilebilir. bkz., Oğuzman ve Öz, s. 447.

⁷⁶ Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 103.

⁷⁷ Eren, s. 1271.

⁷⁸ Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 103.

⁷⁹ Eren, s. 1272.

⁸⁰ Oğuzman ve Öz, s. 457; Sözleşmede aksine bir anlaşma olmadıkça vaad ettirenin de borcun üçüncü kişiye ifa edilmesini talep hakkına sahip olduğu yönünde bkz., Eren, s. 1277.

⁸¹ Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 102.

tanıyor, onu takip yapma özgürlüğünden yoksun bırakmak mantıksal çelişkiye dönüşmesi sonucunu doğuracaktır⁸².

IV. ŞARTA BAĞLI ARABULUCUK SÖZLEŞMESİNİN İCRASI

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın, icra edilebilirliğine ilişkin olarak bazı ülkelerde bu yöntemin tamamıyla gönüllülük esasına göre işlemesi esas alınarak, arabuluculuk sonunda tarafların anlaşmaya varması halinde bu anlaşmaya uyacakları kabulünden dolayı bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmazken; bizim de içinde bulunduğumuz çok sayıda ülkede bu konuda düzenleme yapmıştır⁸³. Özellikle sosyal, kültürel ya da ekonomik gerekçelerle, ahde vefa ve anlaşmalara saygının anlam ve öneminin yitirildiği toplumlarda bu uzlaşmalara ilam niteliği tanınarak icra kabiliyeti kazandırılması büyük önem taşımaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflarca üzerinde anlaşılan sözleşmenin, ilam niteliğinde belge olarak icra kabiliyetini haiz olması, arabuluculuk sürecinin etkin işlenmesini sağlayarak, boş yere emek ve zaman harcanmasının önüne geçerek gereksiz giderler yapılmasını engellemektedir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde, taraflar arasında akdedilen maddi hukuka ilişkin sözleşmeye⁸⁴ özel bir nitelik kazandırılarak, bu sözleşmenin şerh edilebilirliği sağlanarak⁸⁵; tarafların söz konusu sözleşmenin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilmeleri düzenlenmiştir (HUAK mad. 18/2). Buna göre dava açılmadan

⁸² Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 102, dn. 61.

⁸³ “Japonya’da da 1951 tarihli hukuki konulara ilişkin Arabuluculuk Kanunu’nun 16. Maddesinde yer alan hüküm gereğince, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında arabuluculuk usulüyle uzlaşmaya varıldığında, varılan anlaşma, protokolde belirtilmektedir. Bu şekilde meydana gelen uzlaştırma, düzenlenen protokol ile meydana gelmekte ve yargısal uzlaşma ile aynı etkiye sahip olmaktadır.”, Özmumcu, s. 347; “Örneğin Almanya’da bu anlaşmaya mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliği kazandırılmıştır. İsviçre Federal Usul Kanunu’nda mad. 217 ile bu anlaşmaya doğrudan kesinleşmiş bir mahkeme ilamının sonuçları bağlanmıştır. ... Avusturya ve Çin’de bu yönde bir düzenleme mevcut değildir.”, bkz., Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 191.

⁸⁴ Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda arabuluculuk sözleşmesi düzenlememesi durumunda; tarafların anlaşmadıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandırıldığının belgelendirildiği ve faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına da taraflarca karar verilerek arabulucu tarafından düzenlenen ve arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanan; şayet imzalanmazsa da sebebi belirtmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanması zorunlu olan “son tutanak” (HUAK mad. 17/2,3), dikkate alınarak icra edilebilirlik şerhi talep edilebileceği yönünde bkz., Büyükkay, s. 97.

⁸⁵ Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 191.

önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilir⁸⁶. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir⁸⁷. Bu şerhi içeren anlaşma 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK⁸⁸) mad. 38 hükmü anlamında ilam niteliğinde belge sayıldığından, İİK mad. 24 vd. ilamların icrası hükümlerine tabi olarak icra edilecektir.

Son yıllarda hızlı gelişim gösteren milletlerarası ticarî arabuluculuk usulü, video konferans ve elektronik dosyalamanın gelişmesiyle birlikte milletlerarası ticarete gittikçe yaygınlaşmaktadır⁸⁹. HUAK hükümlerine

⁸⁶ 12.10.2017 değişikliğinden önceki dönemde, asıl uyuşmazlık hakkında yetkili mahkemenin belirlenmesinde davadaki yetki kuralları dikkate alındığında, arabuluculuk faaliyetinde henüz bir davalı ya da davacı olmadığı için, burada yorum ve yetki uyuşmazlığı meydana geleceğinden, yetkili mahkemenin arabulucunun faaliyette bulunduğu yer mahkemesi olarak anlaşılması gerektiğini önermekteydi. Zira, taraflar, arabuluculuk için kendilerine en yakın ve en müsait arabulucuya gideceklerinden, arabulucunun faaliyette bulunduğu yer, taraflar için en müsait yer olarak söz konusu yer mahkemesinin yetkili olmasını gerektiği ifade edilmekteydi. bkz., Kuru, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, s. 241,242; Konunun uzmanı olan mahkemenin, sözleşmenin arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ve diğer husuları daha doğru ve daha kısa sürede inceleyeceği gerekçesiyle sulh hukuk mahkemesinin görevli olmasına ilişkin değişikliğin doğru olmadığı yönünde bkz., Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 11; Talepte bulunulan ya da ilgililerin yerleşim yeri icra mahkemelerinin görevli olması gerektiği yönünde bkz., Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, 2017, 3(2), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 80 vd..

⁸⁷ Arabuluculuk Kanunu Tasarı halinde iken, icra edilebilirlik şerhinin asıl uyuşmazlık hakkında yetkili olan icra mahkemesinden talep edilebileceği düzenlenmişti (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı m. 18/4 hükmü gerekçesi). Bu düzenleme doktrinde KURU tarafından yerinde bir şekilde eleştirilmekteydi; zira davanın görülmesi sırasında, gerek mahkemenin sulhe, arabuluculuğa teşvik etmesi ile gerekse de tarafların teşebbüsü ile arabuluculuk faaliyetine başlanılmışsa ve mahkeme de bu nedenle yargılamayı ertelemişse, arabuluculuk sonunda düzenlenen sözleşmenin (tıpkı mahkeme içi sulhte olduğu gibi) davanın derdest olduğu mahkeme tarafından incelenip tasdik edilmesi gerektiği, aynı şekilde taraflar dava açılmadan önce arabulucuya başvurmuşlarsa yine icra mahkemesi tarafından değil, dava için yetkili ve görevli olan hukuk mahkemesi (veya ticaret mahkemesi) tarafından tasdik edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Çünkü icra mahkemesinin, icraya intikal etmemiş (yani icra takibi konusu yapılmamış) bir husus hakkında faaliyette bulunmasının görev alanı ile ilgili olmadığı ifade edilmiştir. bkz., Kuru, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, s. 242.

⁸⁸ RG. T. 19.06.1932, S. 2128.

⁸⁹ So Eun (Grace) Park, “International Commercial Mediation Involving Parties From Different Cultures - The Different “Languages” of Negotiation”, 2016, 71(4), Dispute Resolution Journal, s. 147; Güven Yarar, Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, On İki

göre yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti neticesinde üzerinde anlaşılan arabuluculuk sözleşmesi, milletlerarası ticari sulh sözleşmesi olsa bile Türkiye’de ilam niteliğinde bir belge olarak icra edilirken; yabancı ülkede bu nitelikte olmadığı için, basit ve hızlı bir şekilde uluslararası icrasına imkan veren⁹⁰ “20 Aralık 2018 tarihli Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Singapur Konvansiyonu”⁹¹ kapsamında icra edilebilecektir⁹². Ancak bir arabuluculuk sözleşmesinin, Singapur Konvansiyonu kapsamında icra edilebilmesi için; arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan yazılı sulh sözleşmesinin milletlerarası⁹³ nitelik taşıması, ticari⁹⁴ olması ve Singapur Konvansiyonu kapsamı dışındaki konulara⁹⁵ ilişkin olmaması gerekir.

Levha Yayıncılık, 2019, s. 87.

⁹⁰ Özel, s. 1208.

⁹¹ Taraf olan 53 ülke için bkz., <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=en> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021.

⁹² Özel, s. 1198.

⁹³ Sulh sözleşmesinin taraflarından en az ikisinin işyerleri farklı ülkelerde ise veya sulh sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin bulunduğu ülke; sulh sözleşmesine göre borçların esaslı bir bölümünün ifa edileceği ülkeden farklı ise ya da sulh sözleşmesinin konusunun en sıkı ilişkili olduğu ülkeden farklı ise, sulh sözleşmesi Konvansiyon kapsamında milletlerarası niteliktedir. bkz., Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tekli (2/2981) ve Dışişleri Komisyonu Raporu, mad. 1/1, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss234.pdf>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021; Arabuluculukta her iki tarafın işyeri aynı ülkede olsa da yapılan sulh sözleşmesinde borcun ifa yeri farklı bir ülkeyi işaret ediyorsa ya da sulh sözleşmesinin konusunun en sıkı bağlantıda olduğu ülke bir başka ülke ise sulh sözleşmesi milletlerarası nitelik kazanmıştır. bkz., Timothy Schnabel, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement”, 2019, 19(1), Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, s. 20.

⁹⁴ “Ticari” kavramı Konvansiyon’da tanımlanmamış olmakla birlikte Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanun dn. 2’de “ticari” kavramının, sözleşmeye dayalı olsun ya da olmasın ticari nitelikteki tüm ilişkilerden kaynaklanan konuları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilerek; mal veya hizmet tedariki veya değişimi için yapılan işlemler, distribütörlük sözleşmeleri, ticari temsil veya acentelik, factoring, leasing, inşaat işleri, danışmanlık, mühendislik, lisans, yatırım, finans, bankacılık, sigorta, imtiyaz sözleşmeleri, joint venture ve diğer sanayi ve ticaret işbirliği, hava, deniz, raylı sistem veya kara yoluyla eşya veya yolcu taşıma işleri ticari nitelikteki ilişkilere örnek gösterilmiştir. bkz., UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, <<https://sccinstitute.se/media/37103/uncitral-model-law-on-international-commercial-arbitration-1985.pdf>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021.

⁹⁵ Konvansiyon açıkça taraflardan birinin (tüketici olarak) şahsı veya ailesi veya evi için yaptığı işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için yapılan ya da aile, miras ve

HUAK mad. 18/3 hükmü gereğince, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır ve bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Mahkeme bu konudaki yapacağı incelemede anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde tasarruf edebileceği bir işlem olup olmadığını ve genel hükümlere göre icraya elverişli bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Böylece arabulucuya başvurulamayacak konularda tarafların sözleşme yapmalarının önüne geçilmesi ve icrası mümkün olmayan bir belgeye de ilam niteliği tanınması engellenmek istenmiştir⁹⁶. Ancak her ne kadar mahkeme arabuluculuk sözleşmesinin içeriğini denetleyemese de yapılan sözleşmenin, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği hususunu evleviyetle denetime tabi tutmalıdır⁹⁷. Zira çekişmesiz yargının temel özelliklerinden olan re'sen araştırma ilkesi gereğince, hâkim sözleşmenin arabuluculuğa elverişli olup olmadığını değerlendirirken emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine ilişkin hususları re'sen inceleyecektir⁹⁸. Bununla birlikte arabuluculuk sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne sebep olmayan ancak iptalini gerektirecek geçerlilik şartlarının mevcut olmadığı hususu, def'i niteliğinde olduğu için mahkeme söz konusu hususu, ilgililerce ileri sürülmedikçe dikkate alamaz⁹⁹.

Ayrıca burada mahkemenin incelemesi yalnızca arabuluculuğa ve icraya elverişlilik ile sınırlanmamalı, arabuluculuğa ilişkin diğer şartları da incelemeli; örneğin arabuluculuk faaliyetinin, arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucu tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin, arabuluculuk sözleşmesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmış olup olmadığının

iş hukukuna ilişkin olan sulh sözleşmelerine uygulanmaz (mad. 1/2). Bir mahkeme tarafından onaylanan veya mahkeme yargılaması sırasında yapılan sulh sözleşmeleri ile mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak icra edilebilen sulh sözleşmeleri Konvansiyon kapsamı dışındadır (mad. 1/3/a). Ayrıca bir hakem kararı olarak kaydedilen veya icra edilebilen sulh sözleşmeleri de Konvansiyon kapsamı dışındadır (mad. 1/3/b). bkz., Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tekli (2/2981) ve Dışişleri Komisyonu Raporu, mad. 1/1, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss234.pdf>> Erişim Tarihi 7 Nisan 2021.

⁹⁶ HUAK Gerekeçe m. 18.

⁹⁷ Özmmucu, s. 346.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/94, K. 2013/89, T. 10.7.2013 (RG. T. 25.01.2014, S. 28893).

⁹⁹ Eren, s. 389; Büyükkay, s. 153.

denetiminin de yapılması gerekir¹⁰⁰. Zira icra edilebilirlik şerhinin verilmesi bir çekişmesiz yargı işi olması dolayısıyla HMK mad. 385/2 hükmü gereğince, re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, mahkeme ilgililerin taleplerinden bağımsız olarak re'sen araştırma yaparak işin niteliğine uygun bir karar verecektir¹⁰¹. Arabuluculuk sözleşme belgesine, icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılan başvuru üzerine verilecek kararlara karşı, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olduğuna ilişkin sebeplere dayanarak kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir (HUAK mad. 18/3, HMK mad. 387)¹⁰². HMK mad. 355 hükmü gereğince, inceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu re'sen gözetir. Bu bakımdan bölge adliye mahkemeleri, arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın içeriğine ilişkin bir denetleme yapma yetkisine sahip değildir. Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemeyeceğinden (HMK mad. 362/1-ç), icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin taleplerin reddine ilişkin olarak verilen kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır.

HMK mad. 388 hükmü gereğince, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden; hakimin gerekçesini göstermek suretiyle çekişmesiz yargı kararını iptal etme, değiştirme ve düzeltme yetkileri mevcuttur¹⁰³. Örneğin arabuluculuk sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü ileri sürülerek, sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespiti ile, verilen şerhin iptali talep edilebilir¹⁰⁴.

Mahkeme dışında yapılan sulhun, tarafların mahkemeden bu sulh sözleşmesine göre karar verilmesini talep etmeleri veya sulh nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesini talep etmeleri ile söz konusu sulh sözleşmesinin İİK mad. 38 gereğince, ilamların icrası hükümlerine

¹⁰⁰ “Nitekim Bavyera Arabuluculuk Kanunu’na göre bu şekilde dava şartlarına benzer arabuluculuğa ilişkin şartların incelenme yetkisi resmi arabuluculuk kurumlarına tanınmıştır.” bkz., Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 195, dn. 282.

¹⁰¹ Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 195.

¹⁰² HUAK m. 18/3 hükmünde, arabuluculuk faaliyetinin kolay ve ucuz bir şekilde yürütülmesi esasına dayanılarak icra edilebilirlik şerhi konusunda mahkemenin vereceği karara karşı istinaf yoluna başvurulmasında ve sözleşme belgesinin resmi işlemlerde kullanılmasında damga vergisinin maktu olması kabul edilmiştir.

¹⁰³ HMK Gerekeçe m. 392.

¹⁰⁴ Büyükay, s. 308.

göre icra edilme imkanı kazanması sebebiyle; arabuluculuk sözleşmesine şerh verilerek icra kabiliyeti kazandırılması düzenlemesi (HUAK mad. 18/2) taraflar arasında mahkeme dışında gerçekleştirilen sulh müessesine benzetilmektedir¹⁰⁵. Bu açıdan taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılması düzenlemesi (HUAK mad. 18/4) ise; mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin ilamların icrası hükümlerine tabi olması düzenlemesi (İİK mad. 38) ile benzerlik göstermektedir.

Mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin icra edilebilir bir ilam niteliğini haiz olabilmesi için, içeriğinin icraya elverişli olması gerekmektedir. Sulh sözleşmesinin içeriği yönünden icraya elverişli olması, genellikle bir edimin ifası ya da bir edaya ilişkin olması şeklinde anlaşılır¹⁰⁶. Bununla birlikte sulh sözleşmesinin icraya elverişli olabilmesi için sulh konusunun belli veya tayin edilebilir olması da gereklidir¹⁰⁷. İİK mad. 38 hükmünün ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere kanun koyucu sulhü ilam değil, ilam karakterinde yani icraları yönünden ilam hüküm ve kuvvetinde, ilam benzeri bir belge olarak kabul etmiştir¹⁰⁸.

Her ne kadar tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda gerçekleştirecekleri sulh sözleşmesinin, şarta bağlı olarak yapılabileceği açıkça HMK mad. 313/4 hükmünde düzenlenmişse de şarta bağlı sulhlerin icra edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Şarta bağlı sulhlerin icra edilemeyeceği yönündeki görüş, buna gerekçe olarak, sulh durumunda davanın mahkeme tarafından verilecek hükümlerle sona ermesinden hareketle, sulh sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılması halinde, mahkemenin böyle bir sulh sözleşmesine dayanarak şarta bağlı hüküm vermesinin mümkün olmayacağını ileri sürülmektedir¹⁰⁹. Bizim de katıldığımız şarta bağlı sulhlerin

¹⁰⁵ Kuru, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, s. 237.

¹⁰⁶ Önen, s. 157; “*Tespit hükmü içeren ilamlar, ilamlı icra yolu ile icraya konulamaz; tespit hükümlerinin yalnızca yargılama giderlerine ilişkin bölümü ilamlı icra yolu ile icraya konabilir.*”, Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, 25. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 385.

¹⁰⁷ Önen, s. 157; Erdoğan ve Cömert, s. 34; Çelikoğlu, s. 713.

¹⁰⁸ Önen, s. 153.

¹⁰⁹ Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 3752, 3793; Karşı, s. 382; Atalı, s. 2037; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, Medenî Usûl Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2018, s. 564; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 581.

icra edilebileceği yönündeki karşı görüş ise, sulh sözleşmesinin kendisinin mahkeme kararına gerek olmaksızın davayı sona erdirdiğini dikkate alarak, şarta bağlananın mahkeme hükmü değil de sulh sözleşmesinin kendisi olduğunu ve bu durumda şarta bağlı hüküm verilemeyeceği kuralının ihlal edilmeyeceğini kabul etmektedir¹¹⁰.

Şarta bağlı sulhlerin icra edilip edilemeyeceğini değerlendiren görüşler, sulh halinde davaya son verenin mahkemenin hükmü mü yoksa taraf işlemimi olduğuna dayandığından; arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılan arabuluculuk sözleşmesinin şarta bağlı olması durumunda icra edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi bu kapsamda ele alınmamalıdır¹¹¹. Zira HUAK mad. 18/3 hükmü gereğince, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargı işidir ve HMK mad. 388 hükmü gereğince, aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, şarta bağlı hüküm verilmesinden de bahsedilemeyecektir. HUAK mad. 18/2 son cümlesinde yer alan, “*Bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır.*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, arabuluculuk sözleşmesine, sadece ilamlar gibi icra edilme sonucu bağlanmıştır yoksa söz konusu sözleşme bir mahkeme hükmü (ilamı) değildir ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir¹¹².

¹¹⁰ Önen, s. 159; “*Kazai sulhün tümü bozucu şarta bağlı olarak yapılmışsa, sulh sonuçlarını hemen doğurduğundan cebri icra prosedürü derhal işletilmelidir. Bozucu şart icra devam ederken gerçekleşirse Alman Hukukuna göre, Z.P.O 767'nin öngördüğü (İcraya karşıt dava Vollstreckungsgegenklage) icra önlenabilir. Sulhün tümü geciktirici şarta bağlı olarak yapılmışsa sulhün sonuçlarının icra yoluyla izlenmesi ancak bu şart gerçekleşikten sonra söz konusu olabilecektir.*”, bkz., Ulsan, s. 54; Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 101; Büyükkay, s. 263-264.

¹¹¹ Taşpolat-Tuğsavul, Anlaşmanın Hukuki Niteliği, s. 358.

¹¹² Ömer Ekmekçi, Muhammet Özeker ve Murat Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 98; Muhammet Özeker ve Murat Atalı, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı (23 Aralık 2017), On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 105; Özbek, İcra Edilebilirlik Şerhi, s. 75; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1262; Kekeç, s. 207; Taşpolat-Tuğsavul, Arabuluculuk, s. 192; Mert Namlı, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 2016, s. 165; Çelikoğlu, s. 711; Dür, s. 375; Anayasa Mahkemesi; arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşması sonucunda düzenlenen sözleşmenin maddi anlamda kesin hüküm olmadığına, sözleşmeye icra edilebilirlik şerhi verilmesinin söz konusu sözleşmeyi hüküm-kesin hüküm/mahkeme ilamı hâline getirmeyeceğine, sadece ilam niteliğinde belge hâline getirdiğine, ilamlar ile ilam niteliğindeki belgelerin birbirinden tamamen farklı olduğuna ve ilamların maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri olmadığına

HMK mad. 313/4 hükmü şarta bağlı sulh sözleşmesi yapılabileceğini açıkça düzenlerken; madde gerekçesinde de sulh sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılmasının mahkeme tarafından, şarta bağlı bir hüküm verilebileceği anlamına gelmeyeceği, zira sulhün, mahkemenin bir hükmüne gerek kalmaksızın davaya son veren usulî bir sözleşme olduğu ve şarta bağlı sulh ile davanın kendiliğinden sona ereceği açıklanmıştır. Şarta bağlı sulh sözleşmesinin yapılmasına imkan verilirken, söz konusu sulh sözleşmesinin icrasına imkan verilmemesi, HMK mad. 313/4 hükmünü pratik açıdan faydasız kılacak ve düzenlemeyi anlamsız hale getireceği gibi açıkça İİK mad. 38 hükmü ile düzenlenen, mahkeme huzurunda yapılan sulhün ilamların icrası hükümlerine tabi olması kuralına da aykırılık teşkil etmektedir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılan sözleşmenin kapsamı taraflarca belirleneceğinden, arabuluculuk sözleşmesine şerh verilerek icra kabiliyeti kazandırılmasında bakılacak olan husus da anlaşmanın kapsamının arabuluculuğa uygun olması ve cebri icraya elverişli olmasıdır. Dolayısıyla şarta bağlı olarak yapılan arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilmesine ilişkin tarafların, mahkemeden şerh verilmesini talep etmeleri halinde de mahkeme, anlaşmanın cebri icraya uygunluğuna bakacaktır. Her ne kadar doktrinde arabuluculuk sonunda varılan sözleşmenin şarta bağlı olması durumunda, ilamların icrası aşamasında şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışma konusu olabilecek olması sebebiyle, şarta bağlı anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmemesi gerektiği savunulmaktaysa¹¹³ da HUAK mad. 18/2 hükmünde şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesi gibi herhangi bir ayırım yapılmaksızın taraflara arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılan arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi talebinde bulunma hakkı ve yine HUAK mad. 18/4 hükmü ile de taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılması kuralı düzenlenmiştir. Buna göre geciktirici şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinde şart gerçekleşmedikçe icrasının da gerçekleşmeyeceği, buna karşın bozucu şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinin icrasının ise gerçekleştirilmesi kabul edilmelidir¹¹⁴. Zira

hükmetmiştir. bkz., Anayasa Mahkemesi, E. 2012/94, K. 2013/89, T. 10.07.2013 (RG. T. 25.01.2014, S. 28893).

¹¹³ Erdoğan ve Cömert, s. 36; Taşpolat-Tuğsavul, Anlaşmanın Hukuki Niteliği, s. 358; Aksi yönde bkz., Nilüfer Boran-Güneysu, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 121; Meral Sungurtekin-Özkan, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, 2005, (2), MİHDER, s. 361.

¹¹⁴ Avukatlık Kanunu mad. 35/a düzenlemesi gereğince uzlaştırma tutanağının şarta bağlı

geciktirici şart gerçekleşmedikçe alacak hakkı henüz doğmadığından, borcun ifası talep ve dava edilemeyeceği¹¹⁵ gibi icrasının da gerçekleştirilmesi söz konusu olamaz. Bozucu şarta bağlı sözleşmeler ise yapıldıkları anda hüküm ve sonuçlarını doğururlar ve ancak bozucu şartın gerçekleşmesiyle sözleşmenin hüküm ve sonuçları geleceğe etkili olmak üzere sona erer¹¹⁶. Şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinin ilamlı icrasında sorunlarla karşılaşılabilir olması gerekçe gösterilerek, şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerine şerh verilemeyeceğini kabul etmek HUAK mad. 18/2,4 hükümlerine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca arabuluculuk sözleşmesinin taraflarının, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olayı kendi iradeleriyle şart olarak sözleşmeye koymak suretiyle, kendi aleyhlerine olabilecek bir riski de bilerek ve isteyerek üstlenmiş oldukları da unutulmamalıdır¹¹⁷.

İlamlı icrada karşılaşılabilir sorunlar, İİK mad. 167/2 hükmünde kambiyo senedinin aslının takip talebine eklenmesinde olduğu gibi, takip alacaklısına¹¹⁸ ilam niteliğindeki arabuluculuk sözleşmesi ile birlikte geciktirici şartın gerçekleştiğini gösteren belgeleri takip talebine ekleme mecburiyeti ve icra müdürünün geciktirici şartın gerçekleştiğini tespit etmesi halinde icra emri göndereceği şeklinde Kanun'da yapılacak herhangi bir düzenleme ile aşılabilir¹¹⁹. Bozucu şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerinin ilamlı icrasının talep edilmesi halinde ise, ilam borçlusuna bozucu şartın gerçekleştiği yönünde bir itiraz hakkı tanınabilir¹²⁰.

Ancak Kanun'da bu yönde herhangi bir düzenleme yapılmaması halinde, mevcut durumda şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesine şerh verilmiş olması halinde şayet geciktirici şart gerçekleşmemiş ya da bozucu şart gerçekleşmiş ise, söz konusu çekişmesiz yargı kararının hatalı olması gerekçesiyle verilen kararın iptali, değiştirilmesi ya da düzeltilmesi için HMK mad. 388' dayalı olarak her zaman şerhi veren mahkemeye başvurulabilmesi imkanı vardır. Zira çekişmesiz yargıda hakimin gerekçesini göstermek suretiyle çekişmesiz

olarak yapıldığı durumlarda aynı sonuca varılmıştır. bkz., Özbay, s. 413-414.

¹¹⁵ Eren, s. 1301.

¹¹⁶ Eren, s. 1305.

¹¹⁷ Eren, s. 1308.

¹¹⁸ Şartın gerçekleştiğini ispat, bu durumdan yararlanan kişiye aittir. bkz., Eren, s. 1305.

¹¹⁹ Büyükay, s. 265, 266.

¹²⁰ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 817.

yargı kararını iptal etme, değiştirme ve düzeltme yetkisi mevcuttur¹²¹. Bu sebeple şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinde şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ihtilafa neden olacak olması dolayısıyla, HUAK mad. 18/2,4 hükümlerine aykırı şekilde şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilemeyeceği ya da ilamların icrası hükümlerine göre icra edilemeyecekleri kabul edilmemeli; çekişmesiz yargı kararlarının, yanlışlıkların ortaya çıkması ya da karardan sonra meydana gelen yeni durumlar nedeniyle değiştirilebilmelerinin mümkün olduğu¹²² dikkate alınarak şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi ve ilamların icrası hükümlerine göre icraları mümkün olmalıdır.

V. LEHİNE EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÖNGÖRÜLEN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNE ŞERH VERİLMESİ YA DA ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN İCRASI TALEBİNDE BULUNABİLMESİ

Üçüncü kişi lehine yapılmış arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesinin talep edilmesi halinde, mahkeme anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususuna bakacaktır (HUAK mad. 18/2-3). Bu bakımdan üçüncü kişi lehine sözleşmeye konan edim yükümlülüğü cebri icraya elverişli olmalıdır. Özellikle taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları arabuluculuk sözleşmesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge olduğundan (HUAK mad. 18/4), taraf vekillerinin sözleşmenin içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığına dikkat etmeleri gerekir.

Üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinde, sözleşmenin tarafı olan vaadettiren, arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilmesi için şerh verilmesi talebinde bulunabilir. Lehine edim yükümlülüğü altına girilen üçüncü kişinin ise, söz konusu arabuluculuk sözleşmesine şerh verilmesi talebinde bulunabilmesinin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından mümkün olmadığı açıktır¹²³. Arabuluculuk sözleşmesinde tam üçüncü kişi yararına hüküm öngörülmesi halinde ise, üçüncü kişinin, kendisi lehine öngörülen edimlerin ifasını talep edebileceğinin açıkça arabuluculuk sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir. Zira örf ve adete göre, tam üçüncü kişi lehine

¹²¹ HMK Gerekçe m. 392.

¹²² Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 54.

¹²³ Büyükkay, s. 271.

sulh sözleşmesinden bahsedilemediği¹²⁴ gibi arabuluculuk sözleşmesinden de bahsedilemez. Buna göre, arabuluculuk sözleşmesinde üçüncü kişinin, edimlerinin ifasını talep edebileceğinin açıkça belirtilmesi durumunda, lehine edim yükümlülüğü altına girilen üçüncü kişi, HUAK mad. 18/2 anlamında sözleşmenin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilmelidir. Benzer şekilde, dava konusunun dışında kalan hususların sulhun kapsamına dahil edilmesi (HMK mad. 313/4) halinde de sulhün icrai niteliği bu hususlar hakkında geçerli olduğu için davanın tarafı olmayan ancak sulhe taraf olarak ondan yararlanan ya da yükümlülük altına giren kişiler, sulhün icrai niteliğinden etkilenmekte ve bu kişiler aleyhine icra takibine girişilebildiği gibi bu kişiler de bizzat kendileri icra prosedürünü işletebilmektedirler¹²⁵.

HUAK mad. 18/2 hükmü, arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesinin, sözleşmenin taraflarınca talep edilebileceğini hükme bağlamıştır. Söz konusu hükümden arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi talebinin yalnızca taraflarca yapılabileceği anlaşılrsa da tam üçüncü kişi lehine sözleşmede lehdarın sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte, borçluya karşı dava hakkını kullanarak edimin ifasını talep hakkına sahip (TBK mad. 129/1) olduğu dikkate alındığında; çekişmesiz yargı işi olan icra edilebilirlik şerhinin verilmesini de talep edebilmelidir. Zira tam üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinde, üçüncü kişinin ifayı borçludan talep hakkının olduğu ancak çekişmesiz yargı işi olan şerh verilmesi için üçüncü kişinin talepte bulunma hakkı olmadığı TBK mad. 129 hükmü düzenlemesini anlamsız hale getireceğinden; tam üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinde, söz konusu üçüncü kişinin arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Tam üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinde lehine edim yükümlülüğü öngörülen üçüncü kişi, arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebileceği gibi; HUAK mad. 18/2 hükmüne dayalı olarak taraflardan birinin şerh verilmesini talep etmesinden sonra, arabuluculuk sözleşmesinin ilam niteliğini kazanması ile birlikte söz konusu ilam niteliği kazanan arabuluculuk sözleşmesini İİK mad. 24 vd. hükümlerine göre icraya koyabilecektir. Ayrıca HUAK mad. 18/4 gereğince, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları

¹²⁴ Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 103.

¹²⁵ Uluşan, s. 53.

arabuluculuk sözleşmesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayıldığından, söz konusu sözleşmede tam üçüncü kişi lehine bir hüküm konulması durumunda, üçüncü kişinin bu sözleşmeyi İİK mad. 24 vd. ilamların icrası hükümlerine göre icra ettirebilmesi de mümkündür. Zira tam üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinde, kendisi lehine öngörülen edimlerin ifasını sağlamak amacıyla arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep hakkına sahip olan üçüncü kişinin, söz konusu ilam niteliğindeki belgeyi icraya koyabilmesi de anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğünün, icra hukukundaki görünüm biçimi olan takip yapabilme özgürlüğünün bir gereğidir¹²⁶.

SONUÇ

Ticaret hukuku başta olmak üzere özellikle sigorta, inşaat gibi alanlarda ve yabancılık unsurunun bulunduğu ilişkilerde sıklıkla üçlü ilişkiler söz konusu olmakta ve iki kişi arasındaki hukuki ilişkinin üçüncü tarafı da etkilemesi; arabuluculuk sözleşmesinde üçüncü kişi lehine edim yükümlülüğü konulabilme imkanını ve üçüncü kişi lehine arabuluculuk sözleşmesinin icra edilebilirliğini önemli hale getirmektedir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamının taraflarca belirlenmesi kuralı (HUAK mad. 18/1), tarafların arabuluculuk sözleşmesinde üçüncü kişi lehine edim yükümlülüğü düzenlemelerini mümkün kılmaktadır. Arabuluculuk sözleşmesine üçüncü kişi lehine hüküm konulabilmesi hem sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir hem de uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk faaliyetinden beklenen, tarafların anlaşarak kapsamını belirledikleri bir sözleşme ile sulh olmaları ve uyuşmazlığı sona erdirmeleri bakımından önemlidir.

Mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin bütünüyle ya da içerdiği münferit edimler yönünden geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılabileceğinin HMK mad. 313/4 hükmünde açıkça düzenlenmiş olması dikkate alındığında, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın da şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkündür. Zira maddi hukuk alanında bir sulh sözleşmesi olan arabuluculuk sözleşmesinin kapsamı, taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirlenir. Sulh durumunda davanın mahkeme tarafından verilecek hükümle sona ermesine dayalı olarak sulh sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılması halinde, mahkemenin böyle bir sulh sözleşmesine dayanarak şarta bağlı hüküm vermesinin mümkün olmayacağı ve bu sebeple

¹²⁶ Tanrıver, İlamlı İcra Takibi, s. 102, dn. 61.

şarta bağlı sulhlerin icra edilemeyeceği ileri sürülmekteyse de davaya son verenin mahkemenin hükmü değil bizatihi taraf işlemi olduğu kabul edilerek şarta bağlı sulhlerin icra edilebilmeleri gerekir. Aksi halde dava konusu uyuşmazlık taraf işlemi olan sulh ile değil de mahkeme hükmü ile sona erecekse, mahkemenin hükmü ilam olacağından ayrıca İİK mad. 38 hükmü ile mahkeme huzurunda yapılan sulhün, ilam niteliğinde bir belge olduğu düzenlemesi anlamsız kalacaktır. Şarta bağlı sulh sözleşmesinin yapılmasına imkan verilirken, söz konusu sulh sözleşmesinin icrasına imkan verilmemesi, HMK mad. 313/4 hükmünü pratik açıdan faydasız kılacak ve düzenlemeyi anlamsız hale getireceği gibi açıkça İİK mad. 38 hükmü ile düzenlenen, mahkeme huzurunda yapılan sulhün ilamların icrası hükümlerine tabi olması kuralına da aykırılık teşkil etmektedir.

Şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesinin de ilamlı icrasında sorunlarla karşılaşılabilir olması sebebiyle şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerine şerh verilemeyeceğini söylemek HUAK mad. 18/2,4 hükümlerine aykırılık teşkil edecektir. Böyle bir durumda şarta bağlı arabuluculuk sözleşmesine şerh verilmiş olması halinde şayet geciktirici şart gerçekleşmemiş ya da bozucu şart gerçekleşmiş ise, söz konusu çekişmesiz yargı kararının hatalı olması gerekçesiyle verilen kararın iptali, değiştirilmesi ya da düzeltilmesi için HMK mad. 388' dayalı olarak her zaman şerhi veren mahkemeye başvurulabilir. Aksi halde HUAK mad. 18/2,4 hükümlerine aykırı şekilde şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilemeyeceği ya da ilamların icrası hükümlerine göre icra edilemeyecekleri söylenemez.

Hem mahkeme içi hem de mahkeme dışı sulh sözleşmelerinde, üçüncü kişi lehine düzenlenen hükümlerin geçerli olduğu dikkate alındığında; arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan ve temeli sulhe dayanan arabuluculuk sözleşmesi kapsamının da taraflarca belirlenmesi kuralı (HUAK mad. 18/1) gereğince, tarafların arabuluculuk sözleşmesinde üçüncü kişi lehine bir edim yükümlülüğü kararlaştırmaları mümkündür. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede, kendisi lehine öngörülen edimlerin ifasını sağlamak amacıyla dava açabilen üçüncü kişinin, söz konusu dava sonundaki ilamı icraya koyabileceği kabul edildiğinden; arabuluculuk sözleşmesinde de üçüncü kişinin, edimlerinin ifasını talep edebileceğinin açıkça belirtilmesi halinde, lehine edim yükümlülüğü altına girilen üçüncü kişi, HUAK mad. 18/2 anlamında sözleşmenin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep ederek arabuluculuk sözleşmesinin icrasını gerçekleştirebilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ş, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 11. Bası, Sayram Yayıncılık, 2019.
- Akil C, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, 2012, 16(4), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-18.
- Akkan M, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, 2018, 20(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-31.
- Akyol-Aslan L, “Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhun Kapsamına Dâhil Edilmesi (HMK md. 313/3)” in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds.), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 167-210.
- Akyol Ş, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Alangoya Y, Yıldırım K ve Deren-Yıldırım N, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Yayınevi, 2011.
- Ansay S. Ş, “Sulh”, 1943, 1(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 200-209.
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S ve Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Aslan K, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Davaya Son Veren Taraf İşlemleri”ne İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler” in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds.), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 307-377.
- Atalay O, “Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme” in Muhammed Özekes (Ed.), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 150, 2008, s. 285-286.
- Atalı M, “Karar ve Hüküm” in Hakan Pekcanitez, Muhammed Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds), Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Baker C. M, Ali A. H, “Cross-Comparison on Institutional Mediation Rules”,

2002, 57(2), Dispute Resolution Journal, s. 73-81.

Boran-Güneysu N, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, 2014.

Büyükay F, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, 2018.

Çelikel A ve Erdem B. B, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2020.

Çelikoğlu C. T, “6325 Sayılı HUAK’a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi” in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds.), Ejder Yılmaz’a Armağan, Yetkin Yayınevi, Cilt 1, 2014, s. 669-723.

Diedrich F, “International/Cross-Border Mediation within the EU – Place of Mediation, Qualifications of the Mediator and the Applicable Law” in Frank Diedrich (Ed.), The Status Quo of Mediation in Europe and Overseas, 2014, s. 53-79.

Dür O, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, 2018.

Ekmekçi Ö, Özkes M ve Atalı M, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, 2018.

Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Erdoğan E ve Cömert B, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulacak Hukuki Çareler”, 2018, 13(138), Terazi Hukuk Dergisi, s. 27-47.

Erdönmez G, “Usul İşlemleri” in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds.), Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2020.

Ertürk M, Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınları, 2019.

Esen E, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta Yayıncılık, 2008.

Hoellering M. F, “International Arbitration Agreements: A Look Behind the Scenes,” 1998, 53(4), Dispute Resolution Journal, s. 64-70.

- Ildır G, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü - Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- İlhan O, Arabuluculuk Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Karslı A, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, Kudret Basım, 2001.
- Kekeç E. K, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, 2016.
- Kılıçoğlu A. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Turhan Yayınevi, 2018.
- Kıyak E, “Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, 2015, (21), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 523-548.
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, Filiz Yayınevi, 2017.
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 4, 6. Bası, Beta Yayınevi, 2001.
- Kuru B, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, 2010, 6(16), Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, s. 237-246.
- Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, İcra ve İflas Hukuku, 25. Bası, Yetkin Yayınları, 2011.
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2018.
- Meier A ve Setz A. L, “Arbitration Clauses in Third Party Beneficiary Contracts – Who May and Who Must Arbitrate?”, 2016, 34(1), ASA Bulletin, Kluwer Law International, s. 62-77.
- Meriç N, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Yetkin Yayıncılık, 2011.
- Namlı M, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 2016, s. 151-165.
- Nomer E, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.
- Oğuzman M. K ve Öz M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.

- Okur S, “Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, 2019, 14(1), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 31-101.
- Önen E, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 299, 1972.
- Özbay İ, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, 2004, 8(3-4), AÜEHFD, s. 387-471.
- Özbek M, “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması” in Hüseyin Hatemi (Ed.), Özer Seliçi’ye Armağan, 2006, s. 441-502,
- Özbek M. S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2013.
- Özbek M. S, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, 2017, 3(2), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 69-85.
- Özekes M ve Atalı M, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı (23 Aralık 2017), On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 41-122.
- Özel S, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu”, 2019, 25(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 1190-1210.
- Özmumcu S, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Öztürk N, “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış”, 2015, 31(2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 203-256.
- Öztürk F, Eruluç O, Akcollu A ve Şentürk A, Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları, 1959.
- Park S. E. (G.), International Commercial Mediation Involving Parties From Different Cultures - The Different “Languages” of Negotiation, 2016, 71(4), Dispute Resolution Journal, s. 147-155.
- Postacıoğlu İ, “Şarta Muallak Hüküm”, 1941, 2, Adalet Dergisi, s. 113-122.
- Schnabel T, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the

- Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement”, 2019, 19(1), Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, s. 1-60.
- Sungurtekin-Özkan M, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, 2005, 2, MİHDER, s. 353-369.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Fıganmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta Yayıncılık, 2020.
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tanrıver S, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, 1994, 49(1), AÜSBFD, s. 333-348.
- Tanrıver S, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, 1996.
- Tanrıver S, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, 1998, 19(4), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 43-50.
- Tanrıver S, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, 2006, (64), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 151-177.
- Tanrıver S, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi” in Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu, Süleyman Yılmaz (eds.), Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 637- 656.
- Taşpolat-Tuğsavul M, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, 2012.
- Taşpolat-Tuğsavul M, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, 2019, (1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 333-379.
- Tekinalp G ve Uyanık A, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Tunçomağ K, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1968.
- Ulusan İ, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, 1971.
- Umar B, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Yetkin Yayıncılık, 2011.

Üstündağ S, Medenî Yargılama Hukuku, Cilt 1-2, 2000.

Yarar G, Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Yavuz C, Acar F ve Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Beta Yayınevi, 2009.

BONODA DÜZENLEME YERİ

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU*

ÖZ

Bononun şekli şartlarından düzenleme yeri alternatif zorunlu bir unsur olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır. TTK'da konuyla ilgili hükümlerinde bonodaki düzenleme yerinin nasıl ve ne şekilde tespit edileceğine dair herhangi bir bilgi verilmemiştir. Bu çalışmada bonoda düzenleme yerine dair hem Yargıtay kararları hem de doktrindeki görüşler ışığında yapılan tartışmalara değinilerek düzenleme yeri ile ilgili hukuki sorunların ortaya konulması ve bunlara bir çözüm getirilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda bonoda düzenleme yerinin anlamı, önemi, bu yer açısından özellik arz eden durumlar (mülki idari birim ve kısaltılarak yazılabilme), hükmün ele alındığı düzenlemenin hukuki yerindeliği ve düzenleme yerinin geçersizliğine bağlanan hüküm ve sonuçlar (soyut borç ikrarı) Alman, İsviçre ve Türk hukuku çerçevesinde ayrıntılarıyla incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bono, alternatif zorunlu unsur, düzenleme yeri, mülki idari birim, soyut borç ikrarı.

PLACE OF THE ISSUE IN THE BILL

ABSTRACT

The place of issue is considered as an alternative mandatory element from the formal elements of the bill. Hence, a bill that does not show its place of issue is deemed to have been issued in the place written next to the issuer's name. No data has been specified in the Turkish Commercial Code (TCC) regarding how and no matter how the place of issue in the bill will be recorded in the relevant provisions. In this study, it is intended to clarify the legal problems related to the place of regulation and to find a resolution to them by referring to the discussions made in the consideration of both the decisions of the Supreme Court and the opinions in the doctrine. Within

* **Arş. Gör. Dr.**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ KAYSERİ, e-posta: o.z_g.u.n@hotmail.com

ORCID : 0000-0002-9660-4575

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933983

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 17/01/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/04/2021

this context, the content and significance of the place of issuance in the bond, the special situations in terms of this place (the civil administrative unit and reductively writing), the legal appropriateness of the regulation in which the provision is ensured, and the provisions and consequences linked to the invalidity of the place of issue (abstract acknowledgment of debt) has been examined thoroughly within the scope of German, Swiss and Turkish law.

Keywords: *Bill, alternative mandatory element, place of issue, the civil administrative unit, abstract acknowledgment of debt.*

I. GENEL OLARAK

Bono (6102 sayılı TTK m. 776), diğer bir adıyla emre yazılı senet (6762 sayılı TTK m. 688 ile 865 sayılı Kanun'un 604. maddesi) bir kambiyo senedir. İsviçre ve Alman hukukunda ise bonoyu ifade etmek için sırasıyla OR Art. 1096'da ve WG Art. 75'te '*eigener Wechsel*' ibaresi tercih edilmiştir. Bono, bir ödeme aracı ya da teminat amaçlı olarak kullanılmasının yanı sıra kredi işlevine de sahiptir¹. Kimi zaman da bono kısa vadeli yatırım aracı olarak da kullanılmaktadır².

Bono esasında düzenleyen ile lehtar³ arasındaki hukuki ilişkiyi⁴ tesis eden bir ödeme vaadi niteliğindedir⁵. Bu yüzden, bonoyu düzenleyen asli borçlu

¹ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, 2017, s. 207; Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (Çek Kanununun Yorumu İle), Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013, N. 410, s. 281; Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Esaslar-Kambiyo Senetleri), Güncellenmiş 3. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2020, s.160; Mehmet Bahtiyar, Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Notları- Soru Örnekleri), Güncellenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, 2020, s. 121-122; Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018, s. 183 ve 184; İsmail Kayar, Kıymetli Evrak Hukuku, Altıncı Bası, Detay Yayıncılık, 2013, s. 122.

² Öztan, s. 208; Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 122; Kayar, s. 123.

³ Lehtar tüzel kişi de olabileceğinden TTK m. 777/1/e'deki ifadenin '*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adı-soyadını ya da unvanını*' şeklinde yazılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Mehmet Bahtiyar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", 2005, 18(61), TBB, s. 99, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-61-183> Erişim Tarihi 25.11.2020.

⁴ Pekâlâ bono ciro edildiğinde veyahut bonodan ötürü sorumlu kişiler lehine aval verildiğinde bu sayı artacaktır. Bkz. Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 121.

⁵ Gönen Eriş, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 1. Baskı, Seçkin Ya-

sıfatına sahiptir⁶. Şu hâlde bir bonoyu düzenleyen⁷ kişi, tıpkı bir poliçeyi kabul eden gibi sorumludur (TTK m. 779/1). Nitekim bonoyu düzenleyen ile ödeme yapacak kişi aynı olduğundan, muhatabın varlığından bahsedilemez⁸.

II. BONONUN ŞEKLİ ŞARTLARINDAN DÜZENLEME YERİ⁹

Bir senedin bono sayılabilmesi için TTK m. 776'da sayılan unsurların TTK m. 777/1 hükmü uyarınca bu senet içerisinde bulunması gerekir. Bu bağlamda bonodaki şekli unsurlar mutlak zorunlu kayıtlar, alternatif zorunlu kayıtlar ile ihtiyari kayıtlar olmak üzere üçe ayrılır¹⁰. Şu hâlde senede açıkça yazılmamış olsalar bile eksiklikleri başka bir yoldan giderilmiş sayılan kayıtlardan biri olan bonoda düzenleme yeri alternatif zorunlu kayıtlar içerisinde değerlendirilir¹¹. Diğer bir deyişle, her ne kadar düzenleme yerinin bonoda yer alması zorunlu

yıncılık, 2014, s. 538; Kendigelen/Kırca, s. 161; Bozer/Göle, s. 182.

⁶ Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 121; Bozer/Göle, s. 181.

⁷ Düzenleyen ibaresinin kambiyo senetlerinden yalnızca bono için kullanılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Bahtiyar, TBB, s. 87.

⁸ Arthur Meier Hayoz/ Hans von der Crone, Wertpapierrecht, Zweite, überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000, § 14, Rn.4, s. 205; Werner Schoele, Der Wechsel, Heft 78, R. Booberg Verlag, 1956, s. 7; Öztan, s. 207 ve 208; Kendigelen/Kırca, s. 162; Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 121; Bozer/Göle, s.181; Kayar, s. 121-122.

⁹ Bonoda 'düzenleme yeri' ibaresi yerine sırasıyla TTK m. 672/4, 707/1, 781/3, 796/2, 821/1'de de görüleceği üzere 'düzenlenme yeri' ibaresi kavramı kullanılmıştır. Ancak biz 'düzenleme yeri' ibaresinin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatiyle söz konusu maddenin yazımında kavramı bu şekilde kullanacağız.

¹⁰ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri (II. Ticari Senetler -Kambiyo Senetleri-, Üçüncü Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, 1964, s. 78; Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, 1. Bası, Eskin Matbaası, 1990, s. 478; Talih Uyar, "İcra Hukukunda Bono'nun (Emre Muharrer Senet'in) Geçerlilik Koşulları", 2008, 20(74), TBB, s. 291, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-74-395>> Erişim Tarihi 25.11.2020; Talih Uyar/Alper Uyar/ Cüneyt Uyar, İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167-170b), 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2013, s.5; Poroy/Tekinalp, N. 215 vd., s. 158 vd.; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 131; Basler Kommentar Wertpapierrecht, Marc Grüninger/ Bruno Hunziker/ Gerhard Roth, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, Art 991 OR, Rn. 24; Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler-Kambiyo Senetleri-Makbuz Senedi-Varant), 1. Bası, Filiz Kitabevi, 1995, s. 52; Kendigelen/Kırca, s. 164; Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 126-127; Bozer/Göle, s. 185; Kayar, s. 124.

¹¹ Fahiman Tekil, Kıymetli Evrak Hukuku, Beta Yayınevi, 1980, s. 117; Naci Kınacıoğlu, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel Yayınevi, 1999, s. 113, İmregün, s. 52; Domaniç, s. 473; Bozer/Göle, s. 209; Pulaşlı, s. 140; Eriş, s. 540; Bernhard Rehfeldt/Wolfgang Zöllner, Wertpapierrecht, 10. Auflage, Verlag C H Beck München, 1972, s. 58; Peter Bülow, Wechselgesetz/Scheckgesetz, 5. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2013, WG Art. 75, Rn.10, s. 348; BSK Wertpapierrecht- Grüninger/Hunziker/Roth, Art 991 OR, Rn. 22.

ise¹² de ilk aşamada bu eksiklik bononun geçersizliğine sebebiyet vermemekte ve alternatif olarak bonodaki diğer unsurlar bunun yerine ikame edilmektedir. Bu sayede bono geçerliliğini devam ettirebilmektedir. Nitekim TTK m. 777/4 hükmü uyarınca düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır. Aksi takdirde düzenleme yerinin gösterilmediği ve düzenleyenin adının yanında da herhangi bir yer belirtilmediği durumda bono geçersiz olacaktır¹³.

III. DÜZENLEME YERİNİN ÖNEMİ

Bonoda düzenleme yeri devletler özel hukuku açısından TTK m. 778/1-j bendi uyarınca ayrı bir önemi haizdir. Şöyle ki; bononun niteliğine aykırı düşmedikçe kanunlar ihtilafına dair poliçe bakımından öngörülen TTK m. 776 ila 775 hükümleri bonoya tatbik edilebilir. Konuya bonoda ödeme yerinin¹⁴ kararlaştırıldığı varsayımdan hareketle yaklaşıldığında, TTK m. 766/1 hükmü uyarınca; bir kişinin bono ile borçlanması için gereken ehliyet tabi bulunduğu devletin hukukuna göre tayin edilir. Burada senedi düzenlendiği yer ile ödeneceği yerin farklı mahal olabileceğini görmek suretiyle kastedilenin senedin düzenlendiği, yani imzalandığı yer olduğunu kabul etmek gerekir¹⁵. Benzer şekilde, bono ile yapılacak borçlanmaların şekli (TTK m. 767/1), bono borçlularının başvurma haklarını kullanması için uymaları gereken süreler (TTK m. 769/1), bonodaki diğer borçluların hukuki durumu (TTK m. 770/2) da bononun düzenlendiği yer hukukuna göre tespit edilir. Bununla birlikte bonoda ödeme yerinin kararlaştırılmadığı varsayımda ise artık bonodaki asli ya da alternatif mahiyetteki düzenleme yeri ödeme yerine bağlanan sonuçları kendisine tabi tutmuş olacaktır. Bu cihetle borçlanma (TTK m. 770/1), kısmi ödeme (TTK m. 771/1), genel olarak ödeme (TTK m. 772/1) ve son olarak da

¹² Mehmet Özdamar/Kürşat Göktürk/Mehmet Çelebi Can/Esra Kaşak, Kıymetli Evrak Hukuku, Birinci Bası, Adalet Yayınevi, 2020, s. 205.

¹³ Bülow, WG Art. 75, Rn. 10, s. 348.

¹⁴ Bonoda ödeme yerinin senedin geçerliliği bakımından ihtiyari bir unsur olarak ele alınması gerekliliği hasil olmuştur. Zira bonoda düzenleme yerinin bir şekilde bulunması halinde artık ödeme yerinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Zaten bonoda açıklık bulunmadığı takdirde senedin düzenlendiği yer ödeme yerinin yerine geçecektir (TTK m. 777/3). O halde denilebilir ki; bonodan doğan taahhüdün düzenleme yerinden başka bir yerde ödenmesi isteniyorsa ödeme yerine ilişkin kaydın ayrıca belirtilebilir. Bununla birlikte uygulamada bonoda düzenleme ile ödeme yerini gösterilmeyerek düzenleyenin adının yanında gösterilen yerden hareketle ödeme yerinin tespit edildiği görülmektedir. Bkz. Kendigelen/Kırca, s. 170.

¹⁵ 865 sayılı Kanun döneminde benzer yönde bkz. Arslanlı, s. 63.

bononun kaybolması veya çalınması hallerinden birinde alınacak tedbir -iptal kararı- (TTK m. 775/1) ödeme yerindeki, yani düzenleme yeri hukukuna göre belirlenir. Pek tabidir ki, bu hukuki sonuçlar yabancılık unsurunu ihtiva eden bir bonoya ilişkin bağlama kuralı olarak uygulanacak hukuku tespit etmektedir. İç hukuk bağlamında ise sürelerin hesabından takvimlerin çatışması (TTK m. 778/1 b bendi yollamasıyla TTK m. 707), yabancı ülke parası ile ödeme (TTK m. 778/1-c bendi yollamasıyla TTK m. 711) hallerinde ödeme yeri açıkça kararlaştırılmadıysa artık var olan düzenleme yeri esas alınarak işlem yapılacaktır. Bunların haricinde adresli veya yerleşim yerli bonolarda¹⁶ da ödeme yerinin açıkça yazılmadığı durumlarda düzenleme yerinden istifade edilecektir.

Bonodan kaynaklı uyuşmazlıklarda bilhassa bonoya dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılmak istendiği takdirde yetkili icra dairesinin tespitinde¹⁷ bonodaki düzenleme yeri yol gösterici niteliktedir¹⁸; yoksa belirleyici değil! Mevzuata genel olarak bakıldığında, İİK m. 50/1-2. cümlesi uyarınca takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe yetkilidir. Ayrıca İİK m. 50/1-1. cümlesinin yollamasıyla HMK m. 10 hükmü bağlamında sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Oysaki bu hükümler ilk bakışta kambiyo senetleri bakımından bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü bono nitelikli bir soyut borç ikrarı olup¹⁹ taahhüdün yerine getirilmesi açısından TBK m. 89/1-3. bent

¹⁶ TTK m. 778/2-a bendi yollamasıyla TTK m.674 ve 697 hükümleri. TTK m. 739 hükmü bonoda muhatap bulunmadığından bahisle kabul noktasında uygulanmayacaksa da, araya girme suretiyle ödeme açısından TTK m.778/1-e bendinin açıkça TTK m.734,738 ila 742 hükümlerine yollama yapması hasebiyle uygulanacaktır. Bu yönde bkz. Kendigelen/Kırca, s. 155.

¹⁷ Bonoya yetki şartı konulması hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Levent Börü, "Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte Yetki", AÜHFĐ, 2016, 65(1), s. 152 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622108>> Erişim Tarihi 25.101.2020. Bu konuda yol gösterici nitelikteki karar için bkz. YHGK, 19.03.2019, E. 2017/721, K. 2019/324, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁸ YHGK, 19.03.2019, E. 2017/721, K. 2019/324; Y.12.HD., 18.04.2017, E. 2016/13884, K. 2017/5971, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁹ Özlem Karlı, Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması (Mücerret Borç İkrarı) BK. Mad. 17, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 11; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Füsun Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 137; Öztan, s. 206; Kendigelen/Kırca, s. 161; Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 121; Bozer/Göle, s. 182; Kayar, s. 123 ve 124; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 196.

uyarınca aranılacak borcun²⁰ doğumu sırasında düzenleyenin yerleşim yerinin esas alınması gerekir. Nitekim TTK m. 778/1-i bendinin yollamasıyla TTK m. 755/1 hükmü uyarınca, ödeme için ibraz varsa bonoyu düzenleyenin ticaret yerinde, bu da yoksa konutunda gerçekleştirileceğinden HMK ve İİK'nın ilgili hükümlerinin bu kapsam içerisinde değerlendirilmesi icap eder²¹. Diğer bir deyişle, düzenleme yeri her zaman düzenleyenin yerleşim yeri/ticaret yeri olamayacağından ve TTK m. 776/1-d bendi uyarınca, özel yetkili icra dairesi olarak da ödeme yerinde²² icra takibinde bulunabileceğinden tabir-i caizse düzenleme yerinin varlığına doğrudan bel bağlanmamalıdır. Bununla birlikte düzenleme yerinin ödeme yerinin yokluğu halinde hayat bulduğu olasılıklar dahilinde bonoya dayalı icra takibi düzenleme yerindeki icra dairesinde yapılabilecektir. Ayrıca adresli ya da yerleşim yerli bonolar açısından da²³ bono düzenleyenin yerleşim yerinde düzenlendiğinde düzenleme yeri gene bonoya dayalı yapılacak icra takibinde yetkili icra dairesinin tespiti noktasında belirleyici olacaktır (TTK m.778/2-a bendi yollamasıyla TTK m. 674).

IV. DÜZENLEME YERİ AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Bonoda düzenleme yerinin senede ne şekilde yansıtılacağı konusunda TTK'da herhangi bir hüküm yoktur. Haliyle senet metninde düzenleme yerine okunaklı ve anlaşılır olması kaydıyla herhangi bir araç vs. ile yer verilmesi düzenleme yerinin geçerliliğine halel getirmez. Böylelikle düzenleme yerinin

²⁰ “Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, kambiyo senetlerinden doğan alacakların aranacak alacaklardan olduğu, kambiyo senedi alacaklısının kendi ikametgahında takip yapamayacağı, borçlunun ikametgahında takip yapabileceği, takibin girildiği yerin alacaklının ikametgahı icra müdürlüğü olduğu, borçluların ikametgahının ... olduğu, takibin ... icra dairelerinin yetkisinde olduğu, gerçek kişi tarafların düzenledikleri bonodaki yetki şartının geçerli olmadığı, borçluların yerleşim yeri ile bononun tanzim yerinin ... olmadığı gerekçesiyle ihtiyati haciz kararına yapılan itirazın kabulüne karar verilmiştir.” Y. 11. HD., 22.03.2017, E. 2017/902, K. 2017/1731, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

²¹ Benzer yönde bkz. Börü, s. 146.

²² Börü, s. 146-147.

²³ Börü, s. 147-148. Ayrıca bkz. Alfred Hueck, *Recht der Wertpapiere*, 10. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH Berlin und Frankfurt a. M., 1967, § 8, s. 39.

kaşe basılarak gösterilmesi²⁴, daktilo²⁵, herhangi bir kalem ile el yazısı²⁶ ya da başkaca el ürünü olması herhangi bir farklılık yaratmaz²⁷. Hatta matbu (basılı) bir bono örneğindeki boşluklar doldurularak da geçerli bir kıymetli evrak ihdas edilebilir²⁸.

Düzenleme yerinin dilbilgisi açısından isim ya da sıfat bağı ile belirtilmesi açısından herhangi bir farklılık yoktur²⁹.

Düzenleme yerinin bonoda nereye yazılacağı konusunda TTK'da bir açıklık söz konusu değildir³⁰. Düzenleme yerinin uygulamada senedin üstüne ya da altına yazıldığı bilinmektedir³¹. Bununla birlikte düzenleme yerinin düzenleyeninin adının altına yazılması zorunlu değildir³². O halde bonoya bağlı *alonj* olarak ifade edilen bononun arka yüzünün devamı niteliğindeki kâğıt üzerine de düzenleme yerinin yazılabileceğini³³ söyleyebiliriz. Pek tabidir ki, bu tür durumlarda önemli olanın TTK m. 776/1 hükmü uyarınca bono ya da emre yazılı senedin düzenleme yerini içeriyor olması gerektiğidir; yoksa

²⁴ Y. 12. HD., 14.11.1985, E. 4015/K. 9603 ve Y. 12. HD., 26.2.1985, E. 120321/1750. Bkz. Uyar, s. 35. Senedin düzenleme yeri açıkça yazılmamıştır. Şirket de borçlu olup, kaşe-de “Adana” yazılı olduğundan bu senet bono niteliğindedir (Y. 12. HD., 09.10.2000, E. 13809/K. 14600). Bkz. Eriş, s. 619. Çek açısından benzer yönde bkz. Erdoğan Moroğlu, “Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri”, Makaleler, Onikilevha Yayıncılık, 2010, dipnot 15, s. 510-511; Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2019, s. 118.

²⁵ Y. 12. HD., 16.3.1982, e. 1362/K. 2000. Bkz. Uyar, s. 35.

²⁶ Çekler açısından benzer yönde bkz. Kendigelen, Çek, s. 117-118.

²⁷ Moroğlu, s. 510-511; Teoman, Hukuki Mütalaalar 149, s. 124-125. Çekler açısından bkz. Kendigelen, Çek, s. 118.

²⁸ Teoman, Hukuki Mütalaalar 149, s. 125.

²⁹ Erst Jacobi, Wechsel-Und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Unveränderter Nachdruck, Walter De Gruyter & CO., 1956, § 48, s. 355.

³⁰ Teoman, Hukuki Mütalaalar 149, s. 125.

³¹ Arslanlı, s. 63. Senedi ödeme vadinin yer aldığı metin kısmının yanında yer alabileceği yönünde bkz. Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 205.

³² Moroğlu, s. 508; Y. 12. HD., 20.04.1999, E.4661/5017. Bkz. Uyar, s. 35; Uyar, TBB, s. 312. Düzenleme yerinin senet belgesinin herhangi bir yerine yazılabileceği yönünde bkz. BSK Wertpapierrecht- Grüniger/Hunziker/Roth, Art 991 OR, Rn. 22.

³³ Ödeme yerinde de benzer bir yaklaşımın kabul edildiğini (bkz. Bülow WG Art. 75, Nr.4, s. 347-348, Art. 1, Rn. 26, s.20-21; Adolf Baumbach/ Wolfgang Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen und einer Einführung in das Wertpapierrecht, 22. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C.H.Beck München, 2000, WG Art.1, Rn. 10, s. 112); ancak senet metni dahilinde birden fazla düzenleme yerinin kararlaştırılması düzenleme yerinin geçersizliğine sebebiyet verir.

bu dahil olma kıstasının³⁴ ne şekilde gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur. Oysaki Yargıtay bir kararında³⁵ “...*tanzim yerinin bononun ön yüzünde yazılı olması gerekip, arka yüzde yazılı olan yerin tanzim yeri olarak kabulü mümkün değildir...*” şeklinde hüküm tesis ederek konuyu dar bir bakış açısıyla ele almıştır. Oysaki mezkûr kararda asli ve alternatif unsur olarak herhangi bir idari birimin olmamasından hareketle bu sonuca ulaşılrken, ayrıca düzenleme yerinin yalnızca senedin ön yüzüne hasredilmesi³⁶ doğru bir yaklaşım değildir. Zira senedin bono niteliğini kazanması düzenleyenim imzasına bağlı olduğundan³⁷ bu imzanın da senetteki düzenleme yerini kapsadığının ispatı halinde artık bonodaki düzenleme yerinin varlığı kabul edilmelidir. Nihayetinde bonodaki düzenleme yerinin senedin arka yüzüne de yazılabileceği ve bunun geçerli olacağı evleviyetle söylenebilir.

Bonoda düzenleme yerine asli ya da alternatif olarak yer verilmemesi halinde artık üçüncü bir seçenek düşünülemez olduğundan bononun kambiyo senedi vasfını yitirmesi icap eder. Bu cihetle kefilin adı ve soyadı yanında

³⁴ Alonj, alelade bir kâğıt parçası olmayıp senedi arka yüzünün devamı niteliğindedir. Haliyle senedin parçası olan alonjun senet ile yalnızca fiziki bir bağın olmadığı, alonja bağlı kayıtların geçerliliğinin senet ile hukuki bir bağın da kurulmasına bağlandığı kabul edilmelidir. Bkz. Hüsnü Turanlı, “Türk Hukukunda Alonj”, 2017, 3(1), TFM, s. 123, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/31322/341754> >Erişim Tarihi 20.11.2020. O halde hem senedin ön yüzüne konulacak kayıtların TTK’nda sınırlı sayıda belirtilmesi (m. 695/1, 803/2 ile 805/1) hem de alonja konulabilecek kayıtlara bakıldığında (ciro, kabul, aval ve mücbir sebep durumlarında ihbar şerhleri vb.) düzenleme yerinin de senedin bir parçası olması hasebiyle hem senedin arkası hem de devamı niteliğindeki alonja yazılabileceği evleviyetle söylenebilir. Benzer yöndeki yaklaşım için bkz. Bülow, WG Art. 1, Rn.39, s. 24.

³⁵ Y. 12. HD., 15.11.2012, E. 2012/22140, K. 2012/33262. Bkz. Uyar, s. 36. Yargıtay’ın bir başka kararında ise; “*Takibe dayanak bononun incelenmesinde; keşidecinin muteriz borçlu olduğu, borçlunun kaşesi üzerinde şirketin bağlı olduğu vergi dairesi olarak “... belirtilmiş ise de, senedin ön yüzündeki kaşenin hemen altında borçlunun adresi olan “... ..” adresinin yazılı olduğu görülmektedir. Bu durumda, senedin düzenleme yeri, borçlunun ticaret sicilinde de kayıtlı olan adresinin yazılı olduğu “İstanbul” ili olup, senedin kambiyo vasfını taşımadığından söz edilemez.*” Bkz. Y. 12. HD, 30.03.2017, E. 2016/25188, K. 2017/4937, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/> >Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Çekler açısından bkz. Kendigelen, Çek, s. 118. Oysaki düzenleme yerine dair hükümde alternatif unsorda imzadan bahsedilmediği gibi, şirketin kaşesinin düzenleyenim adı yerine kullanılıp kullanılmadığı araştırılmadan -tek başına ticaret sicilindeki kayıtlı adres yeterli bir delil değildir- hemen düzenleme yerinin geçerli olduğu kabul edilmemelidir.

³⁶ Bu yöndeki görüş için bkz. Kımacıoğlu, s. 113; Moroğlu, s. 507; Uyar, s. 36.

³⁷ Baumbach/Hefermehl, WG Art.1, Rn. 12, s. 115. Benzer yönde bkz. Jacobi, § 48, s. 354; Gustav Stanzl, Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht, I. Band, Hermann Böhlhaus Nachf./Graz-Köln, 1957, s. 32.

yazılı olan yer³⁸ veyahut avalist/lerin adresleri³⁹ senedin düzenleme yerine ikame edilemeyeceği gibi kefil ya da avalist düzenleyen olmadığından bu ibarelere itibar edilemez. Benzer durum, lehtarın adının yanında gösterilen yer, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından konulan yetki kaydı⁴⁰ için de geçerlilik arz eder⁴¹. Hatta düzenleme tarihinin yanında veyahut altında yazılı olan yerin de düzenleme yeri olarak -kural olarak- kabul edilmemesi gerekir⁴². Haliyle bu tür durumlarda bononun geçersizliği gündeme gelir. Oysaki düzenleme yerinin düzenleyen ticaret unvanında gösterilen yer olabileceği⁴³, bu olasılık dahilinde her bir somut olayın kendine özgü şartları içerisinde bir değerlendirme yapmak gerektiğini söylemek icap eder. Her ne kadar Yargıtay bir kararında⁴⁴ haklı olarak; “... somut olayda takip dayanağı bonoyu düzenleyen ...olduğu, senette düzenleme yeri yazılı olmadığı gibi, senedi düzenleyen adı ve soyadı yanında da yazılı bir idari birimin bulunmadığı görülmektedir. Borçlunun ünvanında, ...adının geçmesi anılan maddede kastedilen düzenleyen adı yanında yazılı yer olarak yorumlanamaz...” şeklinde aksi yönde bir hüküm tesis etmiş olsa da⁴⁵ örneğin; borçlunun mükerrer defa ticaret unvanına dair kaşeyi kullanması durumunda kaşedeki adresin belirli şartlar dahilinde düzenleme yeri olarak kabulünü gerektirir. Oysaki Teoman’ın da kaleme aldığı bir hukuki mütalaasında haklı olarak belirttiği üzere⁴⁶; bono açısından antetli kâğıt üzerinde yer verilen birden çok adresin hangisinin düzenleme hangisinin ödeme yeri olacağı düzenleyen

³⁸ Y. 12. HD., 05.04.2007, E. 4127/6600. Bkz. Uyar, s. 34.

³⁹ Y. 12. HD., 03.03.2008, E.1185/K. 3982. Bkz. Uyar, s. 34; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, 146; Eriş, s. 550. Çekler açısından bkz. Kendigelen, Çek, s. 116. Y.12.HD., 02.07.2018, E.2017/5880, K. 2018/7116; Y.12.HD., 20.03.2018, E.2016/29762, K. 2018/2821; Y.12. HD., E. 2016/7301, K. 2016/25641, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

⁴⁰ Y. 12. HD., 09.05.2016, E. 33937/K. 560, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Bozer/Göle, s. 210; Uyar, s. 35.

⁴¹ Kendigelen/Kırca, s. 177; Bozer/Göle, s. 210; Uyar, s. 34. Çekler açısından bkz. Kendigelen, Çek, s. 116-117. Y. 12. HD., 30.03.2017, 20.03.2018, E. 29762/2821, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

⁴² Aksi yöndeki Y. 11.HD.’inin 17.09.2009 tarih ve 8988/9498 sayılı kararı için bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.146.

⁴³ Stanzl, s. 31.

⁴⁴ Y. 12. HD, 14.01.2015, E. 2014/26690, K. 2015/560, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

⁴⁵ Benzer yöndeki görüş için bkz. Kendigelen, Çek, s. 116; Kendigelen/Kırca, s. 177.

⁴⁶ Ömer Teoman, BONO, Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar) KİTAP: 12 2004-2007, 2008, s. 126.

kendi iradesi doğrultusunda senet metnine bunu yansıtıp yansıtmadığına bağlıdır⁴⁷. O halde söz konusu mütalaada, biri merkez biri de tersane olmak üzere iki ayrı adrese yer verilirken hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde düzenleyenin hür iradesinin bir ürünü olmadığı gerekçesiyle bu belgenin bono olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir⁴⁸.

Bonoda düzenleme yerinin hangi dilde yazılması gerektiği konusunda TTK'da herhangi bir hüküm yoktur. Yargıtay bir kararında⁴⁹; "...mahkemece, takibe konu bononun düzenlenme yerinin gösterilmediği, yabancı kelimelerle yazılan adresin hangi ülke sınırları içinde olduğu anlaşılmadığından senedin kambiyo vasfı taşımadığı gerekçesi ile davanın kabulü ile takibin iptaline karar verilmiştir... Mahkemece; dayanak senedin tanzim yerinin tercüme ettirilerek idari birimi ihtiva edip etmediği tespit edilip, hangi ülke sınırları içinde kaldığı belirlendikten sonra, tanzim edildiği ülke hukukunu inceleyebilecek yeterlilikte bilen ve özellikle üniversiteden Ticaret ve Kambiyo hukuku dalında bir hukukçu bilirkişiye inceleme yaptırılarak, öncelikle uyumsuzluğa hangi ülke hukuk kurallarının uygulanacağı belirlenip, anılan hukuk kurallarına göre takibe konu senedin bono niteliğinde olup olmadığı (kambiyo senedi vasfını taşıyıp taşımadığı) tespit ettirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." şeklinde tesis ettiği hüküm ile zımnen düzenleme yerinin yazılabileceği dil konusunda Türkçe'nin zorunlu olmadığını kabul etmiş gözükmektedir. Nitekim düzenleme yeri merkez veyahut şube harici bir yer olabileceği gibi, farklı bir ülkede hatta bir kıtada olabileceğinden bahisle⁵⁰ -devletler özel hukuku açısından önemli sonuçlar doğurması yönünden- düzenleme yerinin açık ve anlaşılır olması kaydıyla yabancı dilde yazılması -kural olarak- kabul edilebilir.

Bu noktada istisnai hallere özgü olarak 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un⁵¹ bonoda düzenleme yeri açısından uygulama alanı bulup bulmayacağını ayrıca irdelemek gerekir. Zira

⁴⁷ O halde bono sayılan senedin haricindeki bir belgeyle hukuki rabita tesis edildiği hallerde senet metni haricinde düzenleme yerinin kararlaştırılabileceğinin kabulü gerekir kanısındayız.

⁴⁸ Teoman, Hukuki Mütalaalar 149, s. 126-127.

⁴⁹ Y. 12. HD., 28.02.2017, E. 2016/11711, K. 2017/2905, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

⁵⁰ Teoman, Hukuki Mütalaalar 149, s. 126.

⁵¹ RG, 22.04.1926, S: 353, T: 3, C: 7, s. 9.

burada TTK m. 777/1-a bendindeki gibi senet kelimesinin Türkçe yazılması zorunluluğuna dair bir istisna⁵² açıkça öngörülmemiştir. Bu bağlamda 805 sayılı Kanun'un 1.⁵³ ve 2.⁵⁴ maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Türk tabiiyetindeki ticaret şirketleri ile bir işletmeyi işleten kişilerin (gerçek kişi, tüzel kişi, tüzel kişi olmayan topluluk vb.) bu işletmeyle ilgili olarak düzenlendikleri⁵⁵ ya da yabancı şirket ve kurumların, Türk şirketleri, kurumları ve bunlar haricindeki Türk tabiiyetindeki kişiler ile Devlet daireleri ve memurlarıyla olan hukuki ilişkilerde⁵⁶ düzenlenen bonolardaki düzenleme yerinin Türkçe yazılması zorunluluğu hasıl olacaktır. Bono açısından kıymetli evrakın ortaya çıkış teorileri içerisinde hukuki görünüş teorisiyle tamamlanmış sözleşme teorisinin kabul edilmesi⁵⁷ halinde söz konusu Kanun'un her iki hükmü açısından da bononun geniş anlamda muamele⁵⁸ hem de dar anlamda sözleşme kavramı içerisinde değerlendirilmesi suretiyle düzenleme yerinin kaleme alınması açısından da Türkçe zorunlu dil olacaktır. Bu durumda, bu Kanun'un kapsamına giren kişilerin düzenleme yerini Türkçe kaleme almamaları halinde bu kişilere uygulanacak yaptırım söz konusu işlemin geçersizliği yerine Kanun'un 4. maddesi gereğince; bu kaydın sözleşmenin içeriğine dahil edilmemesidir⁵⁹. Böyle bir durumda TBK

⁵² Bu hükümden hareketle kambiyo senetlerinin 805 sayılı Kanun'un kapsamına dahil edilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Murat Alışkan, "İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu", 2005, VIII(1-2), AÜEHFD, s. 360, <<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=1305>> Erişim Tarihi 25.11.2020.

⁵³ "Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar."

⁵⁴ "Ecnebi Şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir."

⁵⁵ İsmail Kırca, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine", 2007, II, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, s. 1934-1935. Adi şirketin, özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kamu tüzel kişileri tarafından kurulan; ancak tüzel kişilikten yoksun olan işletmeler ile Türk tabiiyetindeki gerçek kişilere ait işletmelerin de bu hükmün kapsamı içerisinde olduğu yönünde bkz. Mehmet Bahtiyar, "805 Sayılı, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun"un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu", 2007, II, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, s. 1734-1735, 1736, 1737.

⁵⁶ Kırca, s. 1938.

⁵⁷ Bu konuda hakkında bilgi için bkz. Kendigelen/Kırca, s. 84.

⁵⁸ Her ne kadar hükmün ikinci fıkrasında birinci fıkradan farklı olarak yalnızca 'muamele' ibaresine yer verilmişse de bunun sözleşmeleri de kapsadığı bir gerçektir. Bu yönde bkz. Bahtiyar, 805, s. 1739.

⁵⁹ Kırca, s. 1940-1941. Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler ve hükmün ispat niteliği taşıdı-

m. 27/2-son cümlesi uygulanmayacaktır ki⁶⁰, bono açısından ortaya çıkan hukuki boşluğun doldurulması -alternatif durum haricinde- işin doğasına aykırı olduğundan senedin geçersizliği gündeme gelecektir. Benzer durum, Kanun'un 3. maddesi⁶¹ açısından da geçerlidir. Diğer bir deyişle, hükmün Türkçe kaleme alınan metnin, yabancı dilde nüshası veya nüshaları söz konusu olduğunda, Türkçesine itibar edileceği şeklinde anlamlandırılması halinde⁶² artık düzenleme yeri açısından belirlilik kalmadığından gene bono geçersiz olacaktır. Nihayetinde bonoda düzenleme yerinin kaleme alınmasında kullanılacak dil konusunda kural olarak bir serbesti var ise de, 805 sayılı Kanun'un uygulama alanına giren hallerde bu serbestinin rafa kaldırıldığını ve bonoda düzenleme yerinin tereddüde mahal vermeyecek şekilde⁶³ Türkçe kaleme alınmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

V. DÜZENLEME YERİNE İLİŞKİN HÜKMÜN YERİNDELİĞİ

Bonoda düzenleme yerine ilişkin öngörülen TTK m. 777/4'te düzenleme yerinin yokluğu halinde alternatif unsur olarak "*...düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.*" ifadesi karşısında doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca⁶⁴; senette geçerlilik şartı niteliğindeki zorunlu unsur olarak düzenleyenin imzası (TTK m. 776/1-g bendi) öngörüldüğünden bahisle bu ibarenin "*...düzenleyenin imzasının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.*" şeklinde anlaşılması gerekir. Zira bu görüş uyarınca;

ğı yöndeki görüş için bkz. Bahtiyar, 805, s. 1745 vd.

⁶⁰ Benzer yönde bkz. Kırca, s. 1941-1942.

⁶¹ "*İkinci maddede mezkûr şirket ve müesseseler muamelelerinde Türkçeden başka bir lisanı dahi ilaveten kullanabilirlerse de asıl olan Türkçe olup mesul imzaların Türkçe metin zirine vaz'ı mecburidir. Bu memnûiyete rağmen imza diğer lisanla yazılmış kısım veya nüshanın altına mevzu olsa dahi Türkçesi muteberdir.*"

⁶² Kırca, s. 1940. 3. madde 2. maddeyi tamamlayan bir hüküm niteliğindedir. Bkz. Bahtiyar, 805, s. 1740.

⁶³ Düzenleme yeri açısından belirtilen mahalın aynı anlama gelecek şekilde Türkçe ve yabancı bir dilde kaleme alınmasının düzenleme yerinin geçerliliğine halel getirmeyeceğini söyleyebiliriz.

⁶⁴ Moroğlu, s. 512-513. Aynı yöndeki görüş için bkz. Şafak Narbay, "Türk Ticaret Kanununun Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler Ve Değişiklik Önerilerimiz", 2005, 7(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan, s. 200, <<http://earsiv.ersincan.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/3313/%c4%b0RFAN%20BA%c5%9eTU%c4%9e%20ARMA%c4%9eANI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, Erişim Tarihi 20 Kasım 2020; Bahtiyar, TBB, s. 99; Bozer/Göle, s. 211; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 206. 'Adı' ifadesinin imzayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği görüşü için bkz. Kendigelen/Kırca, s. 176-177.

mevcut düzenlemenin hükmün *ratio legis*ine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Bu görüşün doğru olmadığını hem hükmün önceki varyasyonlarına bakarak hem de mehazdaki düzenlemeler ışığında yorumlamak suretiyle söyleyebiliriz. Zira 865 sayılı TK m. 605/4⁶⁵ ile 6762 sayılı TTK m. 689/4⁶⁶ de benzer şekilde düzenlenmiştir. O halde kanun koyucunun iradesi, senedin alternatif şartı olarak öngördüğü düzenleme yeri açısından zorunlu ve mutlak bir kayıt olarak aranan düzenleyenin imzasına bağlamaya tercih etmeme yönündedir. Zaten aksi düşünce düzenleme yerinin yokluğundan bahisle bononun hiçbir surette geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği anlamına gelir. Zira bonodaki imza her halükârda geçerlilik şartı olduğundan, bu görüş düzenleme yerinin alternatif şart olarak gösterilmesi düşüncesiyle çatışacaktır. Amaç alternatif unsuru zorunlu unsur harici kayıtlarla destekleyerek bonoya kambiyo senedi vasfını vermektir. Diğer taraftan, OR Art 1097/4⁶⁷ ile WG Art 76/4⁶⁸ hükümlerinin birbirlerinin aynısı olduklarını ve bu düzenlemelerde TTK açısından da düzenleme yerinin yokluğu halinde alternatif olarak düzenleyenin *adi-Name* ibaresine yer verildiğini görüyoruz. Haliyle ‘*Name*’ ibaresinin geniş yorumlanması suretiyle hükmün öngördüğü amacın hasıl olacağı söylenebilir. Zira tacirin ticaret unvanını serbestçe seçebileceği ve bu bağlamda bu adın kişi, konu, hayali veyahut karma bir ibare olabileceği kabul edilmektedir⁶⁹. Buradan hareketle ad ibaresinin gerçek kişilerin ad-soyadına, tüzel kişilerin ticaret unvanına⁷⁰, tüzel kişi olmayan toplulukların

⁶⁵ “Mahalli ihdası irae olunmayan emre muharrer bir senede sahibi imzanın **ismi** yanında muharrer mahalde tanzim edilmiş nazarile bakılır.”

⁶⁶ “Tanzim edildiği yer gösterilmiyen bir bono, tanzim edenin **ad ve soyadı** yanında yazılı olan yerde tanzim edilmiş sayılır.” Burada yeni düzenleme karşısında düzenleyenin adının yanında soyadı ibaresinin de aranacağı ve ancak bu şekilde düzenleme yerinin kabul edileceği söylenecekti. Oysaki yeni düzenlemeyle sanki yalnızca gerçek kişilerin bu düzenlemede bulunabileceği veyahut ad ya da soyad ibarelerinden birisinin eksikliği halinde senedin bono vasfını kazanamayacağı gibi abes bir durumla karşıya karşıya kalınacaktı. İşte bu yanlış düzenleme -üstelik 6762 sayılı TTK m. 584/4’te poliçeler bakımından keşidecinin soyadının yanındaki yer şeklinde ifade ediliyordu- mehazdaki düzenlemeyle uyumlu hale getirilerek doğru bir şekilde revize edildi.

⁶⁷ “Ein eigener Wechsel ohne Angabe des Ausstellungsortes gilt als ausgestellt an dem Orte, der bei dem **Namen** des Ausstellers angegeben ist.” Ayrıca bkz. Meier Hayoz/von der Crone, § 7 (Art. 991 Ziff. 7 OR), Rn. 30, s. 128.

⁶⁸ “Ein eigener Wechsel ohne Angabe des Ausstellungsortes gilt als ausgestellt an dem Orte, der bei dem **Namen** des Ausstellers angegeben ist.”

⁶⁹ Artur Teichmann, Handelsrecht, 3. Auflage, Nomos UTB, 2013, s. 233.

⁷⁰ Düzenleyenin ticaret unvanına yer verilmesinin önemli olduğu tüzel kişinin temsilcisinin kendi hesabına mı yoksa tüzel kişinin hesabına mı imza attığının ve bu sayede işlemin ne şekilde bağlayıcılık kazanacağını belirlenmesi açısından vurgulanmıştır. Bkz. Moroğ-

adına vb. şekilde gönderme yaptığını söyleyebiliriz. Aksi halde 6762 sayılı TTK'da olduğu üzere mehaza aykırı bir yoruma gidilmiş olunur. Nitekim düzenleme yeri açısından tercih edilen ibarenin lehtar bakımından da aynı şekilde arandığı (TTK m. 776/1-e bendi) ve haliyle evleviyet gereği kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemenin başka bir şekilde anlaşılamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Zaten TTK m. 779/1 hükmünden hareketle TTK m. 671/1-c bendinin bonoya yansıtılarak düzenleme yerindeki alternatif unsurun yerindeliliğinin değerlendirilmesi bakımından kanun koyucunun iradesinin ne kadar doğru olduğunu görebiliriz.

VI. DÜZENLEME YERİNİN BELİRLİLİĞİ ESASINDA DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN NOKTALAR

A) Genel Olarak

Bonoda düzenleme yerinin hüküm altına alındığı TTK m. 776/1-f bendinde kullanılan '*yerini*' ibaresinin tekil olması, düzenleme yerinin birden fazla gösterilmesine engel teşkil eder. Nitekim bonoda birden fazla düzenleme yerinin gösterilmesi TTK m. 777/4 hükmünün öngörülme mantığıyla tezat teşkil eder. Bu yüzden, düzenleyicisi tek olan bonoda birden fazla düzenleme yeri gösterilirse, bono geçersiz olur⁷¹. Bu takdirde aynı mantıktan hareket edilerek bonoda düzenleme yeri bir ve tek olacağına göre, düzenleme yerinin aslına ve alternatifine aynı anda senet metninde yer verilmesi halinde gene bono geçersiz olacaktır⁷². Şayet bononun birden fazla düzenleyicisi varsa birden fazla düzenleme yerinin tayin edilmiş olmasının bononun geçersizliğine yol açmayacağı doktrinde⁷³ ifade edilmektedir. Hatta Moroğlu'na göre⁷⁴; birden çok düzenleyicisinin aynı veya farklı düzenleme yeri göstermeleri veyahut bunların soyadları ya da ad ve soyadları yanında aynı veya farklı yer adlarının

lu, s. 512. Ayrıca hükümdeki *adı* ibaresi amaca uygun surette geniş yorumlanacak olursa Moroğlu'nun "..., bono ile çekte ad ve soyadının yazılmamış olması durumunda imzasının yanında gösterilen yerin keşide yeri sayılıp sayılmayacağı duraksamasına da yol açılmış bulunmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, ratio legis'e aykırı bu duraksama yersizdir." ifadesi ete kemiğe bürünmüş olacaktır.

⁷¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Moroğlu, s. 511.

⁷² Benzer yönde bkz. Moroğlu, s. 511.

⁷³ Bülow, WG Art 75, Nr. 6, Rn. 10, s. 348; Art. 1, Rn. 38, s. 24; Baumbach/Hefermehl, WG Art.1, Rn. 12, s. 115; BSK Wertpapierrecht- Grüninger/Hunziker/Roth, Art 991 OR, Rn. 22; Jacobi, § 48, s. 358.

⁷⁴ Moroğlu, s. 511. Aksi yöndeki görüş için bkz. Kendigelen/Kırca, s. 178. Senedin birden fazla kişi tarafından düzenlenmeyeceği yönünde bkz. Jacobi, § 48, s. 358-359.

yazılı olması bononun geçersizliğine sebebiyet vermez. Bir kere, bu iddianın her durum için geçerli olmadığını bononun kamu güvenini haiz senetlerden ve sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuş olmasından hareketle de söyleyebiliriz. Zira düzenleme yerinin tekliği esas olup, birden fazla düzenleme yerinin kararlaştırılmasının bononun birden fazla düzenleyicisi olduğu hallerde mümkün olduğu söylenebilir de bu kişilerin aynı yeri düzenleme yeri tayin etmeleri halinde belirlilik sağlanacağından bononun geçerliliğine halel gelmeyecektir⁷⁵. Bu kabul, alternatif unsur açısından da geçerlidir. Oysaki bu kişilerin farklı yerleri göstermeleri -bonoda düzenleyenlerin sorumluluğu ödeme yeri hukukuna göre tayin edileceğinden (TTK m. 777/1-j bendinin yollamasıyla m. 770/1)- hem asli sorumluların hem de tali olarak sorumlu tutulmaların farklı hukuki düzenlere tabi tutulması sonucunu doğuracağından düzenleme yerindeki belirsizlik bononun geçersizliğine vücut verecektir. Bu yüzden, düzenleyenlerin müşterek bir iradeyle hangi yerin bağlama kurallarına tabi olmak istiyorlarsa daha baştan bunu kararlaştırmaları gerekir⁷⁶; yoksa sonradan bu hukuk seçiminin yapılmasına izin verilmemelidir; meğerki kayıtsız şartsız tek bir ödeme vaadi⁷⁷ söz konusu olsun. Bahsettiğimiz bu durumda vardığımız sonucun, şayet ödeme yerinin⁷⁸ kararlaştırılmayıp TTK m. 777/3 hükmünün uygulama alanı bulduğu hallerde daha fazla önem kazandığı söylenebilir. Nitekim TTK m. 724/1 (TTK m. 778/1-d bendinin yollamasıyla) hükmü uyarınca; bononun birden fazla düzenleyeni söz konusu olduğunda, senet metnini ayrı ayrı imzaladıkları takdirde düzenleyenlerin müteselsil borçlu sıfatıyla sorumluluğundan bahsedilir. Pek tabidir ki, kanun hükmüne dayalı müteselsil borçluluk aynı sebepten (TBK m. 61/1 hükmünün birinci kısmı açısından) ileri geldiğinden artık düzenleme yerinin farklı yerler olarak tayini bonodaki taahhüdün geçersizliğine sebebiyet verir. Aksi düşünce, yalnızca müteselsil sorumluluğun aynı zarar için çeşitli sebeplerden ileri gelmesine bağlı olarak ortaya çıkabilirse de bono açısından bu olasılık söz konusu olmayacağı için bu duruma hiçbir istisna tanınamaz.

⁷⁵ Çünkü bu durumda sözde birden fazla yer var iken, özde tek bir yer düzenleme yeri var olarak kabul edilmiştir. Benzer yöndeki görüş için bkz. Jacobi, § 48, s. 359.

⁷⁶ Tek bir kambiyo senedinin düzenlenmesi ile birincil ve ikincil sorumluluk bakımından farklı bağlama noktalarının ayrı sorumluluklara yol açtığını, bu yüzden taraflara yeknesak bir uygulama için tek bir kabulün imkânı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Bülow, WG Art. 93, Rn.4, s. 395.

⁷⁷ Birden fazla düzenleyen açısından benzer yönde bkz. Bülow, WG Art. 1, Rn.42, s. 26.

⁷⁸ Bonoda birden fazla ödeme yerinin tayini senedi geçersiz kılacaksa da (Bülow, WG Art. 1, Rn. 26, s. 21), aynı kabulün düzenleme yeri için geçerli olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Bülow WG Art. 1, Rn. 38, s. 24)

Bonoda düzenleme yerinin mevcut bir yer olması gerekir⁷⁹. Bununla birlikte bonoda düzenleme yeri fiilen düzenlendiği yerden başka bir yer olarak gösterilebilir⁸⁰. Bu bağlamda bonoda düzenleme yerinin gerçeğe aykırı olması, düzenleme yerinin belirli olması kaydıyla bononun geçersizliğine sebebiyet vermez⁸¹. Nitekim bononun Kayseri’de düzenlenip, bonoda düzenleme yerine Almanya yazılması bakımından senedin geçerliliği konusunda gerçek imza yeri mi yoksa bonoda gösterilen yerin mi esas alınacağı tartışmasında⁸² bononun hukuki niteliği ve amacı göz önünde tutularak senet üzerinde imza yeri olarak belirtilen yerin esas alınması gerekir. Zira 5718 sayılı MÖHUK’nın⁸³ 7. maddesinde yer alan hukuki işlemlerin işlemin yapıldığı yer hukukuna tabi tutulmasına dair LRA (locus regit actum) kuralına o hukuki işlemin esasına uygulanan hukukun öngördüğü şekil kuralları (lex cause)⁸⁴ ile bir istisna tanındığının göstergesidir. Zaten iradesini bononun düzenlendiği yer dışında farklı bir yerden yana kullanan kişinin düzenleyen sıfatıyla senedi

⁷⁹ Rehfeldt/Zölnner, s. 58; Hueck, § 8, s. 39; Bülow, WG Art. 75, Rn.10; Moroğlu, s. 510; Kendigelen/Kırca, s. 177; Bozer/Göle, s. 210; Kendigelen, Çek, s. 121; Seza Reisoğlu, Çek Hukuku, 1. Bası, Yazarın Kendi Yayını, 2011, s. 66-67. Hukuki ilişkinin korunması muhtemel bir yere dair bilginin varlığını gerektiriyorsa, senet metnindeki ifadenin doğru olmasının gerekmeceği yönünde bkz. Meier Hayoz/von der Crone, § 7 (Art. 991 Ziff. 7 OR), Rn. 30, s. 128. Benzer yönde bkz. Baumbach/Hefermehl, WG Art.1, Rn. 12, s. 115; Schoele, s. 6. Aksi halde geçersizlik gündeme geleceği yönünde bkz. Jacobi, § 48, s. 357. Aksi yöndeki görüş için bkz. Stanzl, s. 32.

⁸⁰ Arslanlı, s. 63; Moroğlu, s. 510; Kınacıoğlu, s. 113; Kendigelen/Kırca, s. 177; Bozer/Göle, s. 210; Kendigelen, Çek, s. 121; Reisoğlu, s. 67. Kanunun düzenleme yerinin tespitinde farklı bir yol izlediği yönünde bkz. Jacobi, § 48, s. 356.

⁸¹ Arslanlı, s. 73; İmregün, s. 51; Moroğlu, s. 510; Kendigelen/Kırca, s. 177; BSK Wertpapierrecht- Grüninger/Hunziker/Roth, Art 991 OR, Rn. 22; Schoele, s. 6; J. Wiefels, Recht der Wertpapiere, 41.-43. Tausend Neu bearbeitete Auflage, 9. Band, 1955, s. 49. Düzenleme yerine ilişkin bilgi imkânsız ya da tamamen olasılık dışı ise senede şüphe ile yaklaşılmalıdır. Bu cihetle bu duruma bir sınır getirilmesi gerekir: Düzenleme yeri mevcut değilse düzenleme yerinin mevcut olmadığı bilinmedikçe düzenleme yerinin varlığına halel getirmez. Bkz. Jacobi, § 48, s. 358.

⁸² Bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir, “Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, 1999, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları No: 7, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, s. 262 vd. Ayrıca bkz. Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Fıganmeşe, 2. Bası, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 2014, dipnot 4, s. 101. Doktrindeki görüşler için bkz. Poroy/Tekinalp, N.206, s. 154.

⁸³ RG, 12.12.2007, S: 26728, T: 5, C: 47.

⁸⁴ Bir hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli ise, o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuk bakımından şeklen geçersiz olsa dahi Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilmesi gerekir. Bkz.Şanlı, s. 99.

o yerin kanunlarına tabi tutmak istediği anlamına gelir⁸⁵. Bu husus devletler özel hukukundaki irade muhtariyetinin bir görünümüdür⁸⁶. Bu sayede -gerçek imza yeri hukukunda farklı olarak- bononun tedavül güvenliği sağlanmış olur⁸⁷. Çünkü bonoyu iktisap eden üçüncü kişinin düzenleme yerine dair ifadelerin doğruluğu konusunda bir araştırma yapması gerekmez⁸⁸.

B) Düzenleme Yerinin İdari Birim Olması Zorunluluğu

Bonoda düzenleme yerinin nasıl ve ne şekilde belirleneceği konusunda TTK'da yol gösterici bir hüküm olmadığı için düzenleme yerindeki belirliliğinin nasıl sağlanacağına dair bir kriterin benimsenmesi zorunluluğu vardır. Bu yüzden, öncelikle doktrindeki görüşlere yer verilerek, giderek Yargıtay'ın verdiği kararlar irdelenmek suretiyle bu konudaki görüşümüzü dile getireceğiz.

Doktrinde Öztan, düzenleme yerinin belli ve mümkün olması kaydıyla geçerli olacağını ve muhakkak mülki birlik ismi olması gerektiğini dile getirmektedir⁸⁹. Bu yüzden, düzenleme yeri idari birim olarak kent, ilçe, köy, bucak adı olabilir⁹⁰. Bunun haricinde adres gösterilmesi zorunluluğu yoktur⁹¹. Oysaki Bozer/Göle, düzenleme yerinin idari birim kavramıyla sınırlandırılmasının yoğun mesai gerektiren ve zaman kaybına yol açan bir araştırma faaliyetine sebebiyet vereceğinden ve bononun tedavül kabiliyetini zayıflatacağından ötürü doğru olmadığını dile getirmektedirler⁹². Pulaşlı ise tam aksine düzenleme yerinin belli olmasının yanı sıra bir mülki birliğin ismi olması gerektiğini; ancak il ve ilçe dışında semt ya da meydan adlarının bu

⁸⁵ Arslanlı, s. 63. Aynı yöndeki görüş için bkz. Moroğlu, s. 510.

⁸⁶ Arslanlı, s. 63.

⁸⁷ Özdemir, s. 267. Aynı yöndeki görüş için bkz. Moroğlu, s. 510.

⁸⁸ Hueck, § 8, s. 39; Özdemir, s. 267; Moroğlu, s. 510.

⁸⁹ Öztan, s. 83; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 206. Çek açısından aynı yöndeki görüş için bkz. Reisoğlu, s. 66-67. Poliçe açısından keşide yerinin muhakkak bir mahalli göstermesi gerektiği yönünde bkz. Kınacıoğlu, s. 113.

⁹⁰ Kendigelen/Kırca, s. 177; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, 146. Çekler açısından bkz. Kendigelen, Çek, s. 118. Semt adının düzenleme yeri olamayacağı yönünde bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 146.

⁹¹ Kendigelen/Kırca, s. 177; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 146; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 206.

⁹² Coğrafi birim olmayan neresi olduğu tespit edilemeyen çalışma ofisim ya da dükkanım şeklinde ifadelerin bononun geçersizliğine sebebiyet vereceği yönünde bkz. Bozer/Göle, s. 211-212.

kapsamın dışında kaldığını dile getirmektedir⁹³. Kayar ise düzenleme yerinin il, ilçe veya köy adı olarak idari birim şeklinde gösterilebilmekle birlikte Taksim, Ulus, Şirinyer gibi mülki birimleri ifade etmeyen; ancak herkesçe bilinen bu yerlerin ilçe esas alınarak düzenleme yeri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁴.

Narbay ise bir yerin bağlı bulunduğu yer gösterilmeksizin her yerde bulunması muhtemel olan bir mahalle, semt adı, belde veya köy adının veyahut aynı adı taşıyan ve farklı illere ait olan ilçelerin yazılmasının geçerli bir düzenleme yeri teşkil etmediğini çekler açısından kabul etmektedir⁹⁵.

Moroğlu⁹⁶ ise düzenleme yerinin tüzel kişiliği haiz olmasa da bir yönetim biriminin coğrafi adı olarak tespit edilmesi gerekliliğinden bahsetmektedir. Bu bağlamda il, ilçe, bucak, köy ve mahalle adları idari birim olarak coğrafi ad olmalarından ötürü geçerli düzenleme yeri olarak kabul edilebilir. Oysaki cadde, sokak ve semt adları ile Van Gölü, Fırat Havzası, Uzunyayla, Çamkoyu, Gemlik Körfezi, Ölüdeniz⁹⁷ gibi coğrafi adlar idari birim olmadıkları gerekçesiyle düzenleme yeri olarak kabul edilemezler. Uyar⁹⁸ ise tam aksine bonoda düzenleme yerinin bir idari birim olması gerektiğini, idari birim olmayan yerlerin ve yalnızca mahalle ve sokak adlarının yazılmasının düzenleme yeri olarak kabul görmeyeceğini dile getirmektedir.

Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda⁹⁹; “*Köy mahalli idareler ayırımına göre bir birim olup senette gösterilmesi halinde, TTK.nun 688/6 maddesinde belirtilen tanzim yerinin varlığı karşısında, diğer unsurları tamam olan senedin, kambiyo senedi sayılması zorunludur.*” şeklindeki ifadeyle bonoda düzenleme yerinin köy olabileceğini kabul etmiştir. Hatta bu kararda; “*Mercice*

⁹³ Pulaşlı, s. 140.

⁹⁴ Kayar, s. 129-130.

⁹⁵ Şafak Narbay, “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan “Yer” Kavramına “De Lege Lata” ve “De Lege Ferenda” Çözüm Önerileri”, 2003, I, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, s. 814.

⁹⁶ Moroğlu, s. 512-513. Poliçe ve bonolar bakımından hukuk güvenliğini zedelemeyecek olan bu görüşün çekler açısından şüphe ile karşılanacağı hususunda bkz. Kendigelen, Çek, s. 120.

⁹⁷ Ölüdeniz açısından verilen örneğin doğru olmadığını; bunu coğrafi bir ad olarak düşünülme-yip Muğla-Fethiye’ye bağlı bir mahalle adı olarak geçerli bir düzenleme yeridir.

⁹⁸ Uyar, TBB, s. 312 ve 313; Uyar, s. 34.

⁹⁹ Y. 12. HD., 14.12.1998, E.1998/12925, K. 1998/14422 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Aynı yöndeki (Y. 12. HD., 14.06.2001, E. 2001/9746, K. 2001/10652) ve bu karar için bkz. Narbay, Armağan, s. 812.

sadece İller İdaresi Kanunundaki ayrımı esas alarak takip dayanağı belgelerin bono niteliğinde olmadığı şeklindeki gerekçesi yerinde görülmediğinden merci kararı anılan senet yönünde bozulması gerektiği sonucuna varılmıştır.” yönündeki ifadesiyle de idari birim kavramının içeriği doldurulmuştur.

Yargıtay’ın kararlarına sırasıyla bakıldığında¹⁰⁰; “*Düzenleme (keşide) yerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek ve başka yerleşim yerlerini çağrıştırmayacak biçimde açık, net ve herkes tarafından anlaşılabilir şekilde gösterilmesi gerekir. Suça konu bonoda ise, açıkça düzenleme yeri belirtilmemiş olup, senedi düzenleyenin ismi altında “Dikmen” biçiminde gösterilen adres hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir bir idari birim adını ifade etmeyip, kefil adının yanında “Gölbaşı” ibaresinin yazılı olmasının da suça konu senedin bono sayılabilmesi için gerekli olan unsurlardan “düzenleme yeri” unsurunu tamamlayamayacağı*”¹⁰¹;

“*...bonoda açıkça düzenleme yerinin belirtilmediği, senet borçlusunun ismi altında “adlan” şeklinde gösterilen adresin de hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir bir idari birim adını ifade etmediği...*”¹⁰²;

“*...bonoları düzenleyenin ismi altında “Kocaali Köyü” biçiminde bir adres gösterilmiştir. Bu adres hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir bir idari birim adını ifade etmemektedir. Ayrıca keşide tarihi de yazılmamıştır. Bu itibarla, suça konu senedin bono vasfını taşımadığı...*”¹⁰³;

“*...suça konu senedin düzenleme yerinin yazmadığı, borçlu ismi yanındaki adres kısmında da idari birim olarak ANT yazdığı, bunun geçerli bir düzenleme yeri olarak kabul edilemeyeceği...*”¹⁰⁴;

“*...idari birim sayılacak bir yerin de belirtilmemesi karşısında;*

¹⁰⁰ Düzenleme yeri köy değil de mahalle ise geçerli bir düzenleme yerinden bahsedilemez. Bkz. Eriş, s. 587-588.

¹⁰¹ Y. 11. CD., 16.12.2019, E. 2017/16964, K.2019/9496 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁰² Y. 11. CD., 16.09.2019, 2019/1781, K. 2019/6297 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁰³ Y.11.CD., 25.06.2019, 2019/3896, K. 2019/5630 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁰⁴ YCGK, 21.05.2019, 2018/171, K. 2019/453 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

senedin bono niteliğini taşımadığı... ”¹⁰⁵;

“...Düzenleme yeri olarak, idari birim adı (kent, ilçe, bucak, köy gibi) yazılması yeterli olup, ayrıca adres gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır... ”¹⁰⁶;

“...takip dayanağı bonoda tanzim yeri gösterilmediği gibi, tanzim edenin adı ve soyadı yanındaki adreste de idari birim yazılı değildir... ”¹⁰⁷;

“...Hukuk Genel Kurulu'nun 02.10.1996 gün ve 1996/12-590 sayılı kararında da benimsendiği üzere tanzim yeri olarak idari birim adının (kent, ilçe, bucak, köy gibi) yazılması zorunlu ve yeterlidir... ”¹⁰⁸;

“...TTK'nun 777. maddesine göre bu eksikliğin düzenleyenin isminin yanında yer alan ve İdari birimi ifade eden adres bilgisi ile tamamlanabileceği... ”¹⁰⁹;

“...Somut olayda, takibe dayanak senedin düzenleme yeri içermediği sadece ‘ camiikebir mah.’ şeklinde bir ibare içerdiği, düzenleyenin adının yanında herhangi bir idari birimin de yer almadığı görülmektedir... ”¹¹⁰;

“...Dosya içerisinde örneği bulunan suça konu bonolarda açıkça düzenleme yeri belirtilmemiş, bonoları düzenleyenin ismi altında “Natoyolu Cad...” biçiminde bir adres gösterilmiştir. Bu adres hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir bir idari birim adını ifade etmemektedir. Bu itibarla, suça konu senedin bono vasfını taşımadığı... ”¹¹¹;

¹⁰⁵ Y.11.CD., 19.02.2019, E. 2018/6811, K. 2019/1632 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁰⁶ Y.12.HD., 24.01.2019, E.2018/11556, K. 2019/1050 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁰⁷ Y.12.HD., 22.11.2018, E.2017/6337, K. 2018/12027 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁰⁸ Y.12.HD., 02.07.2018, E.2017/5880, K. 2018/7116 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁰⁹ Y.12.HD., 31.05.2018, 2018/9648, K.2018/5675 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹⁰ Y.12.HD., 20.03.2018, E.2018/1755, K. 2018/2819 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹¹ Y.11.CD.,18.12.2017, E. 2017/4441, K. 2017/9040 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

“...Dosyada bulunan bono suretinin incelenmesinde, borçlu adresinin “....” olarak gösterildiği,’nun bononun düzenlendiği 10.08.2009 tarihinde İli İlçesine bağlı belde niteliğinde olup belde belediyesinin bulunduğu, 06.12.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6360 sayılı yasa ile Ayaslar Beldesi’nin belde niteliğinin kaldırılarak mahalle statüsü kazandığı ve suça konu bononun düzenleme yeri olarak “....” şeklindeki isminin gösterilmesi sebebiyle senedin yasal unsurlarının tam olduğu anlaşılmıştır... ”¹¹²;

“...senedi düzenleyen ismi altında “Ayaslar Kasabası” biçiminde bir adres gösterilmiştir. Bu adres hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir bir idari birim adını ifade etmemektedir. ... ”¹¹³;

“...belde olup, senedin düzenleme tarihi olan 05.10.2008 tarihinde halen belde statüsünü koruduğundan, düzenleme yerinin bulunduğu kabulü için zorunlu olan idari birim niteliği taşımaktadır... ”¹¹⁴;

“...senedi düzenleyen ismi altında da “H.kavak” biçiminde bir adres gösterilmiştir. Bu adres hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir bir idari birim adını ifade etmemektedir... ”¹¹⁵;

“...Somut olayda, takibe dayanak yapılan senetlerde TTK’nun 776/1-f maddesinde zorunlu kılınan tanzim yeri bulunmadığı, tanzim edenin adı soyadı altında yazılı olan “... . Sok 3/A” ve “... Mah Sok 3/A “adresinin belirgin bir idari birimi belirtmediği anlaşıldığından, TTK’nun 776/1-f maddesinde öngörülen koşulun oluşmadığı sonucuna varılmalıdır... ”¹¹⁶;

“...Somut olaya bakıldığında, takip dayanağı senette düzenlenme yerinin olmadığı, düzenleyenin adı soyadı altında yazılı olan “Halkalı Atatürk Mah. Kiptaş Konut A-11 Halkalı” adresinin belirgin bir idari birimi belirtmediği ve dolayısıyla düzenlenme yeri olarak kabulünün mümkün

¹¹² Y.11.CD., 21.11.2007, E.2017/15877, K. 2017/8009 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹³ Y.11.CD., 19.09.2017, E. 2015/4807, K. 2017/5760 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹⁴ Y.12.HD., 08.06.2017, E.2017/3389, K. 2017/8975 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹⁵ Y.11.CD., 06.06.2017, E. 2015/3880, K. 2017/4207 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹⁶ Y.12.HD., 15.12.2016, E. 2016/7301, K. 2016/25641 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

olmadığı anlaşıldığından... ”¹¹⁷;

“...“mahalle” nin idari birim olarak kabulüne yasal imkan bulunmamakta...Somut olayda, takibe konu senette yazılı olan “Kızıltoprak” mahalle adı olup yasanın aradığı anlamda bir idari birim olmadığından... ”¹¹⁸ ;

“...düzenleyenin adı soyadı altında yazılı olan “Cambaziye Mektep sok. Yokuş Apt. No: 49/4 Kocamustafapaşa” adresinin belirgin bir idari birimi belirtmediği ... ”¹¹⁹;

“...senet borçlusunun ismi altında “GMK Bulvarı 118/6 Tandoğan Maltepe” şeklinde gösterilen adresin de hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir bir idari birim adını ifade etmediği... ”¹²⁰ şeklindeki ifadelerle düzenleme yerine ilişkin bir birliktelikten bahsedilebilir.

Görüldüğü üzere; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 02.10.1996 gün ve 1996/12-590 sayılı kararında da benimsendiği üzere, tanzim yeri olarak idari birim adının (kent, ilçe, bucak, köy gibi) yazılması gerekli ve yeterli olup, ayrıca adres gösterilmesi zorunluluğu bulunmaması görüşü Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarda yeknesaklık kazanmıştır.

Bonoda düzenleme yerini belirlerken şirketin merkezi kavramından yola çıkılması gerekir¹²¹. Her nedense düzenleme yerini belirlerken hangi kıstastan hareket edilmesi gerektiği konusunda bir kaynak araştırması yapılmadığını görmekteyiz. Oysaki bilhassa bononun kullanılma amacı göz önüne alındığında tacirlerin daha çok kambiyo senetlerindeki kredi işlevinden istifade etmeye çalıştıklarını söyleyebiliriz. Haliyle şirketin merkezi kavramının

¹¹⁷ Y.12.HD., 28.04.2016, E.2016/57, K. 2016/12569 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹⁸ Y.12.HD., 15.04.2014, E. 2014/8452, K. 2014/10930 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹¹⁹ Y.12.HD., 01.03.2018, E. 2016/219714, K. 2018/2165 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹²⁰ Y.11.CD., 03.02.2020, E. 2017/14477, K. 2020/756 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹²¹ Zaten aranılacak borç söz konusu olduğu için borçlunun ikametgahında ya da iş yerinde ifası gerektiğinden bahisle kambiyo senetlerine özgü olarak şirket merkezi kavramı esas alınması gerektiği sonucuna da dolayısıyla ulaşılabilir. Aynı zamanda TTK m. 777/3’teki hüküm de bu görüşümüzü desteklemektedir.

birçok yönden sahip olduğu önemi ve işlevinin¹²² bonodaki düzenleme yeri ile benzerlik arz ettiğini ve bu durumun -esasında şirket merkezi kavramı belirlenirken kullanılan irade muhtariyetinin- bonodaki düzenleme yeri için de geçerli olduğunu evleviyetle kabul edebiliriz. Bu yüzden merkezin, açık bir şekilde il veya ilçe (mülki birlik) olarak belirtilmesi gerektiği; ancak ayrıca bir adres gösterilmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir¹²³. Buradan hareketle bonoda düzenleme yerinin mülki idari birim olması gerektiği¹²⁴ kural olarak söylenebilir.

Mülki idari birimlerden ne anlaşılacağı konusunda idare hukukundaki yerinden yönetim ilkesinden yola çıkılmalıdır. Bu bağlamda Anayasa'nın¹²⁵ 127. maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca; "*Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.*" Zaten 5442 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; "*Türkiye merkezi idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere; iller ilçelere ve ilçeler de bucaklara bölünmüştür.*" Ayrıca İl İdaresi Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca; "*İllerde genel idare teşkilatı il, ilçe ve bucak bölümlerine uygun olarak düzenlenir.*" O halde bonoda düzenleme yerinin kural olarak il ve ilçelerden¹²⁶ oluşacağı kabul edilmelidir. Ancak 6360 sayılı Kanun'un¹²⁷ 1. maddesinin 6.fıkrası hükmü ile illerin bucakları ve bucak teşkilatları kaldırıldığından¹²⁸ artık bucakların bonoda düzenleme yeri olmasından bahsedilemeyecektir. Beldeler açısından konuya yaklaşıldığında ise 6360

¹²² Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2001, s. 113.

¹²³ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 112.

¹²⁴ Mülki idari birim olarak gösterilen yerin alışlageldik şekliyle kullanılması yeterlidir. Bu adın resmi makamların nitelendirilmesiyle uyum sağlaması gerekmez. Hatta sınırları belirtilmemiş yerlerin de alışlageldik bir nitelendirmeyi ihtiva etmediği gerekçesiyle düzenleme yeri olarak kabul edilememesi gerekir. Bkz. Jacobi, § 48, s. 355-356.

¹²⁵ RG, 9.11.1982, S: 17863 (Mükerrer), T: 5, C: 22.

¹²⁶ İdari teşkilata ilişkin 6360 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, s.62 vd.

¹²⁷ RG, 6.12.2012, S: 28489, T: 5, C: 53.

¹²⁸ 6552 sayılı Kanunun 129. maddesi ile 5747 sayılı Kanunu'nun 2.maddesinin dokuzuncu fıkrasının değiştirilmesi sonucunda merkezi idarenin taşra teşkilatı yalnızca il ve ilçe idarelerinden teşekküle etmektedir. Bkz. Tahiroğlu, s. 72.

sayılı Kanun'un 1. maddesinin üçüncü fıkrası ile belde belediyelerin varlığına son verilmesi suretiyle bunları bağlı oldukları ilçenin belediyesine bağlanması sağlanmıştır¹²⁹. Bu sefer köy idareleri açısından konuya yaklaşıldığında ise öncelikle Anayasamız bağlamında Türkiye'de köylerin de tüzel kişiliğe sahip üç ayrı mahalli idareden birisi olduğu dile getirilmektedir¹³⁰. Bununla birlikte 6360 sayılı Kanun'un 1. maddesinin üçüncü fıkrasında köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak, mahalle olarak bağlı buldukları ilçelerin belediyesine katılmışlardır. Hatta hükmün dördüncü fıkrası ile de İstanbul ve Kocaeli il mülki sınırları içerisinde bulunan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bağlı buldukları ilçe belediyesine mahalle olarak katılmışlardır. Böylelikle büyükşehir belediyesi bulunan yerlerdeki tüm köylerin varlığı sona ermiştir¹³¹. O halde köylerin bonoda düzenleme yeri olarak kabulü mümkün ise de bu sayının azalacağı evleviyetle söylenebilir. Son olarak ise mahallenin bonoda düzenleme yeri olup olmayacağı tartışılmalıdır. 5393 sayılı Kanun'un¹³² 3. maddesinin d bendi uyarınca; belediye sınırları içinde, ihtiyaç ve öncelikleri benzer özellikler gösteren ve sakinleri arasında komşuluk ilişkisi bulunan idari birimi ifade eden mahallelerin tüzel kişiliğe sahip olmaları da 6360 sayılı Kanun ile köylerin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeye yönelik eleştiriler bir yana bırakılacak olursa¹³³, bonoda düzenleme yeri olarak kabulünü gerektirir. Çünkü bazı köylerdeki köy mahalli idarelerin varlığına son verilmesi halinde bu köylerin mahalli müşterek ihtiyaçlarının başka bir mahalli idare tarafından karşılanmasında hukuka aykırılık yoktur¹³⁴. Zaten halihazırda belediye sınırları içinde nüfusu 500'ün altında mahalle kurulamadığı gibi, (6360 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda 5393 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca) tüzel kişiliği kaldırılan köylerin nüfusu 500'ün altında olsa bile bu yerler mahalleye dönüşeceği için¹³⁵

¹²⁹ 6360 sayılı Kanunu'nun 1.maddesinin üçüncü fıkrası sonucunda bkz. Tahiroğlu, s. 73 vd.

¹³⁰ Kemal Gözler, "6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler (Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Haline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun Mudur?)", 2013, 11(122), Legal Hukuk Dergisi, s. 2 ve 5 <<https://www.idare.gen.tr/6360-elistiriler.pdf>> Erişim tarihi 20.11.2020.

¹³¹ Tahir Muratoğlu, "Mahalli İdareler Mevzuatında 6360 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", 2015, 20(32), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 77 <<https://dergipark.org.tr/pub/duhfd/issue/23032/246225>> Erişim Tarihi 20.11.2020.

¹³² RG, 13.07.2005, S: 25874, T: 5, C: 44.

¹³³ Gözler, s. 5 vd.; Muratoğlu, s. 77 vd.

¹³⁴ Muratoğlu, s. 79.

¹³⁵ Muratoğlu, s. 81.

köylerin mahalleyi ikamesi sonucunda mahallenin de evleviyetle bonoda düzenleme yeri olarak kabulünü gerektirir. Bu yüzden bonoda düzenleme yeri açısından tüzel kişiliği olan idari birim kavramına istisna tanınarak mahallelerin bu kapsama dahil edilmesi gerekir¹³⁶. Oysaki semt, cadde ile sokak adlarının¹³⁷ bonoda düzenleme yeri olarak kabulü mümkün değildir. Zira bu yerleşim adlarının düzenleme yerindeki belirliliği azami düzeyde ortadan kaldıracığını ve bu gibi yerlerin düzenleme yeri olarak kabulünün idari teşkilata dair yapılan düzenlemelerin öngörülme amacına aykırılık teşkil edeceğini söyleyebiliriz.

Yapılan bu tartışmalar ışığında şayet bonoda düzenleme yerine ilişkin bir ihtilaf çıkacak olursa, söz konusu uyuşmazlığa bakan hâkimin re'sen Türkiye Mülki İdare Bölümleri Envanteri'nden¹³⁸ il, ilçe, köy ve mahalle bazında yapacağı araştırma neticesinde düzenleme yerinin geçerli olup olmadığına ve haliyle diğer şartlar da varsa bononun geçerli olup olmadığı konusunda bir karar verebilecektir. Ayrıca yapılan bu tartışmaları en aza indirgemek maksadıyla bonodaki düzenleme yeri yazılırken bu yerin (il ve ilçe haricinde) bağlı olduğu il ya da ilçenin gösterilmesi tavsiye edilebilir.

C) Düzenleme Yerinin Kısaltılarak Yazılabilmesi Sorunsalı

TTK'da bonoda düzenleme yerini hem asli hem de alternatif unsuru olarak kısaltılarak yazılıp yazılmayacağı konusunda herhangi bir düzenleme söz

¹³⁶ Çek hukuku açısından benzer yöndeki görüş için bkz. Sercan Uçar, "6360 Sayılı Büyükşehir Kanun Hükümleri Işığında Çekte "Düzenlenme Yeri" ve "İbraz Süresi" Kavramları Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler", 2019, 31(140), TBB, s. 341 vd. <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1824>> Erişim Tarihi 20.11.2020. Nitekim Kendigelen de çekler bakımından mahallenin düzenleme yeri olarak kabulü noktasında ibraz sürelerinin hesaplanmasında karışıklıklara sebebiyet vereceğinden bahisle tereddütle yaklaşılması gerektiğini ifade etse de, bu durumun poliçe ve bono açısından hukuki güvenliği zedelemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. Kendigelen, Çek, s. 120. Bu yöndeki görüşü destekleyen genel geçer ifade için bkz. Jacobi, § 48, s. 355.

¹³⁷ Açık ve anlaşılır olmadığı gibi sokak adının düzenleme yeri olmayacağı hususunda bkz. Jacobi, § 48, s. 355.

¹³⁸ <<https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx>>Erişim tarihi 16.12.2020. Ayrıca İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğünce, ülkemiz mülki idari sınırlarına dair coğrafi veri tabanlı harita üretim tekniklerine ve konumlama sistemlerine uygun şekilde idari birim sınırlarını sayısallaştırılmasını amaçlayan "Mülki İdari Sınırların Güncellenmesi ve Sayısallaştırılması Projesi (MİDAS)" hayata geçirilmiştir. Bunun için bkz. <<https://www.icisleri.gov.tr/illeridaresi/ıdari-sinirlarin-guncellenmesi-ve-sayisallaştirilmesi-projesi-ısgsp>> Erişim Tarihi 16.12.2020. Böylelikle illere, ilçelere, köylere ve mahallelere dair bir veri tabanı ile bonoda düzenleme yerinin azami düzeyde belirlilik kazanacağı ve yapılan hukuki tartışmaların da bu sistem sayesinde en aza indirgenebileceği söylenebilir.

konusu değildir. Haliyle bonoda düzenleme yerine dair kısaltmaya uygulamada ziyadesiyle fazla karşılaşılması neticesinde ve işlemleri olabildiğince ayakta tutma prensibi çerçevesinde bu tür kayıtların geçerliliği ve buna dair bir kıstasın ne olabileceği sorunsalının çözümlenmesi gerekir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 14.12.1992 gün ve E.1992/1, K. 1992/5 sayılı kararı¹³⁹ ile çeklerde keşide yerinin, hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması koşulu ile kısaltılmış olarak yazılması halinde, çekin sadece keşide yerinin kısaltılmış olarak yazılmış bulunması sebebiyle geçersiz sayılamayacağına karar verilmiştir. Bu karar alınırken gerekçe şu şekilde ifade edilmiştir: *“Keşideci çeki düzenlemekle o konudaki iradesini beyan etmiş olmaktadır. İrade beyanı olmadan çekin vücut bulması mümkün değildir. Bu irade beyanının anlaşılır olması en önemli özelliğidir. Kanun beyan için yazılı olması dışında başkaca bir şekil şartı koymamıştır. Çekin bu niteliği dikkate alındığında, keşidecinin çekte kısaltma kullanmasını engelleyen bir düzenleme olmadığı söylenebilir. Bunun gibi keşide yerinin yazılması da bir irade beyanı olduğundan anlaşılabilir olması koşulu ile bu irade beyanının kısaltılarak yazılması da mümkündür. Okunduğunda hiçbir duraksamaya söz konusu olmaksızın anlamları belirlenebilen kısaltmaların keşide yeri olarak yazılması çeki sadece bu kısaltma sebebiyle geçersiz hale getirmez. G.Antep, Ş. Urfa, K. Maraş, G.Hacıköy, Ş.Koçhisar ve Ş.Karahisar gibi kısaltmaların keşide yeri olarak yazılması halinde çek bu niteliğini korumalı , buna karşın ne anlama geldiği bilinmeyen kısaltmaların yazılması halinde keşide yeri gösterilmemiş sayılmalıdır. Bu konudaki ölçü keşidecinin irade beyanının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olup olmamasıdır... Medeni Kanununun 2.maddesindeki iyi niyet kuralı ve hukuk güvenliği de çeklerde keşide yerinin kısaltılmış olarak yazılmasına olumlu bakılmasını gerektirmektedir. Öğreti de keşide yerinin aynen yazılması konusunda katı bir görüş yoktur...Bu itibarla çeklerde keşide yerinin hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması koşulu ile kısaltılmış olarak yazılması halinde sadece bu nedenle çekin geçersiz sayılamayacağı doğrultusunda içtihatların birleştirilmesine karar verilmelidir.”* Buradan hareketle çekler açısından düzenleme yerinin kısaltılarak yazılması halinde bu ifadenin hiçbir yeri işaret etmiyor olması veyahut birden çok yeri akla getirmesi halinde düzenleme yerinin geçersizliği sonuca varılmalıdır¹⁴⁰.

¹³⁹ RG, 06.05.1993, S:573, s. 41-51.

¹⁴⁰ Moroğlu, s. 516.

Öncelikle bu verilen kararda dikkatimizi çeken ilk husus, Yargıtay'ın Ceza Daireleri arasındaki içtihat farklılığın giderilmesi olup, buradaki aykırılığın keşide yerinin kısaltılmış olarak yazılmasının çekin kambiyo senedi vasfını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve çekin sırf bu sebeple geçersiz olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır. Oysaki çözümlenmesi gereken hukuki mesele bundan da öte olan buradaki kısaltmanın ne şekilde geçerli olduğunun var sayılacağıdır. Yoksa, bu tespit olmadan zaten halihazırda çekin kambiyo senedi olup olmadığı değerlendirmesi yapılamayacaktır. Bu noktada hangi hukuki sorunun çözümü olduğu noktasında yapılan tespit açısından kararın eleştirileceğinden şüphe edilemez¹⁴¹. Çünkü düzenleme yerinin yapılan kısaltmanın belirsiz nitelikte olmasıyla doğrudan ilişkisi vardır. Bunun haricinde her ne kadar doktrinde hemfikir olabilecek şekilde çekler hakkında alınmış bu kararın doğrudan bonoya tatbik edileceği kabul edilmekteyse de¹⁴² kanaatimiz bu yönde değildir. Kanaatimizi açıklamadan önce konuyla ilgili mevzuatı irdelemek gerekir. Bu bağlamda Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin 5.fikrası uyarınca; “*İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.*” Ayrıca söz konusu karar açısından da Yargıtay Kanunu'nun 16. maddesinin 5. bendinden “*Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurul Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek*” şeklinde ortaya çıkan bir görevin Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na verildiğini görmekteyiz. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde uyuşmazlığın benzer hukuki sorunlar olması gerektiği ve ancak bu şekilde daireler arasındaki ayrılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilebileceği kabul edilebilir. O halde benzer hukuki sorunlar, yani benzer olaylardan kasıt çek açısından düzenleme yerinin kısaltılarak yazılması esnasında ortaya çıkabilecek varyasyonlardır; yoksa bono veyahut poliçedeki

¹⁴¹ Sorunun hukuki olmayıp olgu sonucunda inançların birleştirilmesi söz konusu olamayacağı yönündeki karşı oy yazısı için bkz. Çetin Aşçıoğlu, s. 51.

¹⁴² Moroğlu, s. 517; Poroy/Tekinalp, N. 417, s.246; Kendigelen/Kırca, s. 177; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 146; Bozer/Göle, dipnot 90, s. 210; Pulaşlı, s. 242; Kayar, s. 130. Kamu tarafından bilinen ve hataya sebebiyet vermeyen kısaltmaların kabul gördüğü yönünde bkz. Kınacıoğlu, s. 113.

düzenleme yeri açısından bir kıyas yapılmasının içtihatların birleştirilmesi kararı açısından doğru bir yöntem olduğunu düşünmemekteyiz. Aksi halde istisnai olan bağlayıcı mahkeme kararının kural halini almasına sebebiyet verilir ki; bu hukuki güvenlik ilkesini zedeler niteliktedir. Ayrıca düzenleme yerinin yokluğu çek açısından diğer unsurların bulunması kaydıyla adi havale hükmünde iken; bonoda soyut borç ikrarı olacaktır. Bu bile bize çek ile bono arasında bir benzerliğin kurulamayacağını göstermektedir. Pek tabidir ki, bu konuda çekin işleyişi ile bononun piyasadaki tedavül sürecinin de farklılığı vb. şeklinde birçok ayırıcı argüman bu benzerliğin kurulamayacağını bize gösterebilir. O halde bonolar açısından açık bir şekilde düzenleme yerinin kısaltılarak yazılıp yazılmayacağı konusunda bir içtihadı birleştirme kararı verilinceye kadar düzenleme yerinin kısaltılması bakımından bir kriterin benimsenmesini gerektirir. Bu yüzden öncelikle içtihadı birleştirme kararındaki hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması kıstasının Öztan'ın da dile getirdiği üzere¹⁴³ her somut olay örgüsü içerisinde -senet harici unsurlardan hareketle bir sonuç çıkarılamaması esasında olduğu gibi- bu tarz bir genellemeye gidilmemesi gerekir. Hatta kararın karşı oy yazısındaki bir görüşe göre de¹⁴⁴, hangi kısaltmaların hangi anlamlara geleceğini belirleyen listelere yer verilmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır; bu güncel gelişmeler karşısındaki kazuistik metodu çağrıştırmaktadır ve muhakkak reddedilmelidir. Ayrıca hem icra müdürü hem de icra mahkemesi yapılan takiplerde ya da başvurularda bonoda düzenleme yerinin mevcudiyetini re'sen araştıracağından (İİK m. 68, 168/1, 170a)¹⁴⁵ bilhassa ceza hukuku bakımından senedin resmi evrak mı yoksa adi senet mi sayılacağı konusunda içtihadı birleştirme kararının vardığı sonuç kabul edilecek olursa bunun suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyebilecek nitelikte olduğundan hareketle¹⁴⁶ de bu tespiti ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Nitekim içtihadı birleştirme kararındaki gerek çekteki düzenleme yerinin tüm harfleri eksiksiz biçimde yazılarak geçerli kabul edilmesi ile gerek çekte düzenleme yerinin duraksamaya yol açmayacak biçimde anlaşılabilir olması yeterli görülmesi hali arasında sonuç itibariyle -kural olarak- bir farklılık yaratmayacağı gerekçesiyle¹⁴⁷

¹⁴³ Yabancılik unsurunu ihtiva eden senetler bakımından da bu sorun göz önünde tutulmalıdır. Bkz. Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1997, s. 472.

¹⁴⁴ Sami Selçuk, s. 48.

¹⁴⁵ Uyar, TBB, s. 314; Uyar, s. 3; Öztan, s. 87; Moroğlu, s. 509; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 146.

¹⁴⁶ Benzer yöndeki karşı oy yazısı için bkz. Muharrem Dinç, s. 50.

¹⁴⁷ Benzer yöndeki karşı oy yazısı için bkz. Sami Selçuk, s. 44-45.

yol gösterici nitelikte olsa da¹⁴⁸ genel geçer nitelikli bir kriter olarak genel anlamda herkes tarafından bilinen ve tek bir yer şeklinde tespit edilen bir yerin kısaltılması halinde bonoda düzenleme yeri olarak geçerli kabul edilmesi yolu tercih edilmelidir.

Öncelikle bonoda düzenleme yerinin belirli olması şartıyla kısaltılarak da yazılabileceği kabul edilmelidir. Zaten düzenleme yerinin tarafların iradesiyle belirlenebilir ve tek olması kaydıyla kısaltılması halinde de geçerli olarak kabulü tartışmasızdır. Bu bağlamda çekin düzenleme yerinin kısaltılması yalnızca genel olarak biliniyor olması halinde geçerlidir; yoksa bu kısaltma Federal Almanya sınırları dahilinde birçok yere işaret ediyorsa -bu kapsamda birden çok büyük şehri akla getiriyorsa- geçersizdir¹⁴⁹. O halde yapılan kısaltmalarda Ffm için Frankfurt am Main, D'dorf için Düsseldorf, K'lautern için Kasierlautern, Recklingh için Recklinghausen anlaşılacağından düzenleme yerinin geçerli olduğu kabul edilir¹⁵⁰. Bu yüzden düzenleme yeri açık ve anlaşılır bir şekilde gösterilmemesi halinde düzenleme yeri geçersizdir. Misalen Re¹⁵¹ kısaltması bir yer olarak yeterince anlaşılır bir bilgi ihtiva etmemesi dolayısıyla düzenleme yeri olarak kabul edilemez. Çünkü Regensburg, Remscheid gibi anlamlara da gelecek bu ibarenin çok sayıda yere gönderme yaptığı akla gelebilir¹⁵². Nitekim bir ile ya da ilçeye bağlı olmayan şehirler bakımından plaka kısaltmalarına dair bilginin Çek Kanunu bağlamında yeterince açık bir yer bilgisini münhasıran büyük harflerin kullanılması halinde taşıyacağı kabul edilir¹⁵³. Bu yüzden Türk hukuku açısından da TDK'ya uygun olarak kırpılarak kısaltılacak yer adları açısından en azından ilk harfin büyük yazılmaması gerekliliği -özel ad olması hasebiyle- kabul edilmelidir. Ayrıca kısaltma kullanıldığı hallerde düzenleme yerinin açıkça anlaşılabilmesi varsayımında senet metninin yorumlanmasından hareketle düzenleme yeri

¹⁴⁸ Bazı kısaltmaların tereddüde yol açabileceği gerçeği de yadsınamaz. Bkz. Feyzan Hayal Şehirali, "Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek", 1997, 52(1-4), AÜSBFD, s. 669 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3109/43043>> Erişim Tarihi 20.11.2020.

¹⁴⁹ OLG Hamm, Urteil vom 14.10.1994- 7 U 104/94, NJW-RR 1995, 112.

¹⁵⁰ Baumbach/Hefermehl, WG Art.1, Rn. 12, s. 115. Oysaki Wilmersdorf yerine Wdf kısaltmasının senedi geçersiz hale getireceği yönünde bkz. KG JW 25, s. 496.

¹⁵¹ Oysaki RE şeklinde büyük harflerle kısaltılan yer adının geçerli olduğu yönündeki karar için bkz. OLG Hamm, Urteil vom 12.12.1997 – 7 U 89-97, NHW-RR, 1998, 1345.

¹⁵² OLG Hamm NJW-RR 1995, 112, 113.

¹⁵³ OLG Hamm NJW-RR 1995, 112. Plakaların küçük harflerle yazılması halinde düzenleme yeri olarak kabul edileceği yönünde bkz. Bülow, WG Art. 1, Rn. 38, s. 24.

tespit edilmeye çalışılır¹⁵⁴. Buradan da bir sonuç çıkmazsa senedin geçersizliği gündeme gelir¹⁵⁵. Mesela Porta Westfalica için yapılan POW kısaltması genel olarak bilinmemektedir. Her ne kadar bir bankaya dayanılarak -Sparkasse Schaumburg- düzenleme yeri belirlenmeye çalışılmışsa da bu yorum yoluyla dahi tespit edilememektedir. Zira gerek internet ortamında yapılan araştırmalar neticesinde nadiren de olsa PoW kısaltmasının Porta Westfalica anlamında kullanılması gerek başkaca kullanımlarla bu kısaltılmanın yapılabirliği (Porta Westf. Ya da P. Westfalica) düzenleme yerinin geçersizliğine sebebiyet verir¹⁵⁶. Yapılan bu açıklamalarda Alman hukuku açısından yer adlarının plakalar doğrultusunda şekillendirildiği göz önüne alındığında uygulamanın hangi yönde seyir izlediği noktasında kendiliğinden nasıl bir kriterin kabul edildiği çıkarımında bulunulabilir. Oysaki Türk hukukunda böyle bir uygulama olmadığı için bizce 81 vilayeti göz önünde tutarak beş harf ve fazlası için yapılacak kısaltmalarda kural olarak ilk üç sessiz harfin alınması ve birleşik kelimelerin¹⁵⁷ bu kapsamın dışında tutulması gerektiğini söyleyebiliriz.

Nihai olarak bonoda düzenleme yerinin kısaltılarak yazılabileceğini; ancak bu yazımın TDK kuralları çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiğini ve bu kısaltma yapılırken de herkes tarafından ilk görüşte aynı yönde anlaşılması gerekliliğinden bahsedilmelidir¹⁵⁸. Bu gereklilik yerine getirilirken gerektiğinde yorum yoluyla senet metnindeki diğer verilerden hareketle de bir sonuca ulaşılabileceği gerçeği de dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda İst.¹⁵⁹ , Çukurçayır Bl.¹⁶⁰ , Kumbağı Beldesi T.D.¹⁶¹ bonoda düzenleme yeri

¹⁵⁴ Bülow, WG Art. 1, Rn. 38, s. 23. Bununla birlikte senet metni dışındaki diğer hususların yorumda dikkate alınmaması gerektiği hususunda bkz. Meier Hayoz/von der Crone, §7, Rn. 39, s. 130.

¹⁵⁵ OLG Hamm, Urteil vom 12.06.2012 – I-7 U 3/12, BeckRS 2012, 17925.

¹⁵⁶ OLG Hamm, BeckRS 2012, 17925; NJW 2013, 395,396.

¹⁵⁷ Çnk kısaltması ile Çanakkale, Çankırı ya da Çankaya kastedilmiş olabilir. Bkz. Poroy/Te-kinalp, N. 206, s. 130. Bu yüzden Çanakkale için Ç. Kale; Çankırı için Çnkr; Çankaya için Çnky kısaltması kullanılmalıdır.

¹⁵⁸ Bu durumu Kınacıoğlu şu şekilde ifade etmiştir: “*Keşide yerinin yazılmasında kamuca bilinen ve yanılmayan kısaltmalar yapılabilir.*” Bkz. Kınacıoğlu, s. 113. Benzer şekilde Öztan’ da bu durumu şu şekilde dile getirmiştir: “*Keşide yerinin tıpkı keşide tarihi unsurunda olduğu gibi belli ve mümkün bir yer olması icap eder.*” Bkz. Öztan, 1997, s. 472.

¹⁵⁹ Y. 12. HD., 31.05.2018, 2018/9648 E., 2018/5675 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶⁰ Y. 12. HD., 14.04.2014, 2014/8940 E., 2014/10754 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶¹ Y. 12. HD., 19.06.2012, 2012/826 E., 2012/21235 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>

olarak genel anlamda biliniyor olduğundan hareketle geçerli bir şekilde kararlaştırılabileceken; Ant.¹⁶², K. Ören¹⁶³, ESK¹⁶⁴, S.Bolu¹⁶⁵, G. Antep, Ş. Urfa, K. Maraş¹⁶⁶, C.p. mh.H. sk.A Blok D'.13 N:28 Ç.Kale¹⁶⁷, S. beyli¹⁶⁸, L. Burgaz¹⁶⁹ da ise düzenleme yerinin belirsizliğe yol açacağı gerekçesiyle bononun kambiyo senedi vasfını yitirmesine yol açar.

VII. DÜZENLEME YERİNİN YOKLUĞU, NOKSANLIĞI YA DA GEÇERSİZLİĞİ SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ DURUM

Bonoda düzenleme yerinin anlamı, sebep ve sonuçlar bağlamında önem arz eder. Yapılacak nitelendirmede düzenleme yerinin ya da alternatif unsurun varlığı/yokluğu maddi ve şekli hukuk bakımından önemli sonuçlara, dolayısıyla farklılıklara sebebiyet verir.

Bonoda düzenleme yerine açıkça verilmemesi, yokluğu halinde alternatif bir yerin de belirtilmemesi ve genel olarak da düzenleme yerinin birden çok ya da belirsizliğe yol açacak şekilde gösterilmesi hallerinden en azından birisinin somut olayda gerçekleştiği durumlarda bononun geçersizliği¹⁷⁰ söz

>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Bilhassa bu örnekte ilk bakışta tek başına kullanılan yerin belirsizliğe sebebiyet verdiği düşünülecekse de yanındaki ibareyle yorum yoluyla belirlilik sağlanmaktadır.

¹⁶² Y. 12. HD., 26.04.2017, 2016/14087 E., 2017/6541 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶³ Y. 12. HD., 15.12.2016, 2016/6351 E., 2016/25469 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶⁴ Y. 19. HD, 10.02.2016, 2015/15538 E., 2016/2060 K.; Y.12. HD., 22.05.2017, 2007/8344 E., 2007/10563 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶⁵ Y. 27.04.2015, 12. HD., 2015/3687 E., 2015/11312 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Biz bu kararda varılan sonucun doğru olmadığını, bu kısaltmanın doğrudan Safranbolu'ya işaret ettiğini kabul etmeliyiz.

¹⁶⁶ Çarşamba/Samsun ibaresinden hareketle verilen bu örnekler için bkz. Y. 12. HD., 04.05.2012, 2011/29563 E., 2012/15122 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶⁷ Y.12. HD., 24.09.2013, 2013/19150 E., 2013/29669 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶⁸ Y.11.CD., 23.01.2019, 2017/16277 E., 2019/834 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁶⁹ Y. 12. HD., 07.09.2015, 2015/9716 E., 2015/19930 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁷⁰ TBK m. 27/1 bağlamında kanuni şekil şartlarına uyulmaması hali geçersizliğin butlan olarak anlaşılmasını gerektirir. Butlan sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Erdem

konusu olur¹⁷¹. Zira TTK m. 777/4 hükmü uyarınca da düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bononun düzenleyenin adının yanında da yazılı bir yerde yoksa bu senet bono sayılmaz (TTK m. 777/1)¹⁷². Doktrinde¹⁷³ ve Yargıtay'ın verdiği kararlar¹⁷⁴ doğrultusunda bu hallerde bononun geçersizliği kabul edilse de, acaba bonodaki taahhüdün geçerli olmasından hiçbir şekilde bahsedilemeyecek midir?¹⁷⁵

Bu bağlamda düzenleme yeri sarahaten belirtilmemiş ve kanunen de alternatifine yer verilmeyen bir bono kural olarak soyut borç ikrarı sayılır¹⁷⁶. Dolayısıyla kambiyo senedi vasfına sahip olmayan bu belge adi senet olarak kabul edilip senedin alacaklısı kambiyo senetlerine ilişkin özel takibe

Kaşak, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, s. 366-367. Kanuni gerekliliklerin yerine getirilmemesi halinde bono batıldır. Hâkim batıl olan bonoyu re'sen dikkate almalıdır. Hâkimin bu boşluğu doldurma imkânı yoktur (Aynı yönde bkz. Rehfeldt/Zöllner, s. 58; Hueck, § 8, s. 40. Bir ihtirazi kayıtla benzer yönde bkz. Stanzl, s.33). Senet metninden anlaşılan eksiklikler tüm hamillere karşı ileri sürülebilir. Bkz. Meier Hayoz/von der Crone, §7, Rn. 37, s. 129.

¹⁷¹ Benzer yönde bkz. Rehfeldt/Zöllner, s. 58; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 2, Rn. 8, s. 122; BSK Wertpapierrecht- Grüniger/Hunziker/Roth, Art 991 OR, Rn. 22; Schoele, s. 6.

¹⁷² Bonoda düzenleme yerine dair hükmün amaçsal yorumundan hareketle sözleşme özgürlüğünden daha üstün bir değeri korumayı hedeflediği ve söz konusu kanun hükmünün kamu düzenini ve hukuki güvenliği koruması sebebiyle emredici nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kanun hükmünün özünden hareketle emredici karakterde olup olmadığını tespiti konusunda bkz. Kaşak, s.314 vd.

¹⁷³ Doktrinde düzenleme yeri olmayan bonoların geçersizliğini kabul eden görüşler (adi senedin varlığını ayrıca irdeleyen) için bkz. Arslanlı, s. 68; Domanıç, s. 474; İmregün, s. 52; Tekil, s. 117; Kıncıoğlu, s. 117 ve 118; Moroğlu, s. 508; Poroy/Tekinalp, N. 419, s. 285; Öztan, s.87 ve 211; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 145 ve 146; Kendigelen/Kırca, s. 176 ve 178; Bahtiyar, Kıymetli Evrak, s. 122 ve 126; Bozer/Göle, s. 185; Pulaşlı, s. 140; Kayar, s. 129; Eriş, s. 538 ve 540; Uyar, TBB, s. 312; Uyar, s. 33; Börü, s. 147. Çekler açısından bkz. Kendigelen, Çek, s. 116 ve 125. Ayrıca bkz. Bülow, WG Art. 76, Rn.1, s. 349; Wiefels, 49.

¹⁷⁴ Y.19.HD., 10.06.2020, E.2018/3885, K. 2020/928; Y.15.HD., 02.12.2019, E. 2019/951, K. 2019/4947; Y. 12. HD, 18.09.2019, E. 2019/9614, K. 2019/12959; Y. 13. HD., 29.05.2019, E. 2016/11479, K. 2019/6761; Y. 13. HD., 04.03.2019, E. 2016/28981, K. 2019/2844; Y. 12. HD., 22.11.2018, E. 2017/6337, K. 2018/12027; Y.12.HD., 15.11.2018, E. 2017/5738, K. 2018/11596; Y. 13. HD., 22.10.2018, E. 2016/3166, K. 2018/9837; Y. 12.HD., 02.07.2018, E. 2017/5880, K. 2018/7116; Y.12.HD., 20.03.2018, E. 2018/1755, K. 2018/2819; Y.12. HD., 20.03.2018, E. 2016/29762, K. 2018/2821; Y.12.HD., 22.02.2018, E. 2018/850, K. 2018/1873; Y.12.HD., 13.02.2018, E. 2016/27916, K. 2018/1227, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

¹⁷⁵ M. Fadllullah Cerrahoğlu, Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Bonoda Mutlak Defiler,1. Bası, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Hüsnü Tabiat Matbaası, 1974, s. 34 vd.; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s.207.

¹⁷⁶ Baumbach/Hefermehl, WG Art.2, Rn. 14, s. 125; Moroğlu, s. 508-509.

başvuramaz¹⁷⁷. Evvela belirtmek gerekir ki; somut olayda bonoyu düzenleyen kişinin iradesinin ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Yorum yoluyla ulaşılabilecek sonuca göre; akla gelebilecek soru şudur: Acaba taraflar (düzenleyen ile senedin hamili) arasındaki anlaşmaya istinaden senet tedavüle çıkarılırken senette belirtilmeyen düzenleme yerinin sonradan tamamlanması mı söz konusudur? Bu soruya olumlu cevap verilecek olursa açık bonodan¹⁷⁸ bahsedilerek TTK m. 778/2-f bendi hükmü uyarınca; TTK m. 680 hükmünün uygulanması gerekir. Şayet bu soruya olumlu cevap verilemezse, senet metninde yapılacak bir tashihten ziyade senet metnindeki tahrifat¹⁷⁹ gündeme gelebilir. Bu olasılık dahilinde ise doldurma yetkisi anlaşmasının yokluğuna istinaden eksik bononun varlığı kabul edilebilir¹⁸⁰. Bu cihetle eksik bonoda¹⁸¹ noksan unsur olan düzenleme yerinin yetkili olmayan kimse tarafından doldurulmasına kanunen izin verilmediğinden tahrifattan yani bir nev'i evrakta sahtekarlıktan söz edilmesi gerekir¹⁸². Pek tabi burada hiçbir surette emre yazılı ödeme vaadi iddiasında bulunulamaz. Çünkü konu açısından emre yazılı ödeme vaadinden söz edilebilmesi için bono kelimesini ihtiva etmeyen; ancak açıkça emre yazılı olarak düzenlenip, bono için kanunda öngörülen asgari unsurları içeren bir senedin varlığı aranır¹⁸³. Oysaki düzenleme yerinin yokluğu senedi emre yazılı ödeme vaadi olmaktan çıkartan bir unsurdur. O

¹⁷⁷ Öztan, s. 211; Uyar, s. 38.

¹⁷⁸ Karayalçın, s. 90-91; Tekil, s. 118; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 156 vd.; Bozer/Göle, s. 214 vd.; Pulaşlı, s. 150. Açık bononun tahvili mümkün değildir. Bkz. Öztan, s. 88. Ayrıca bkz. Hueck, § 8, s. 40; Meier Hayoz/von der Crone, §7, Rn. 41 ff., 130 vd.; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 2, Rn. 13, s. 124-125; BSK Wertpapierrecht- Grüniger/Hunziker/Roth, Art 991 OR, Rn. 25; Stanzl, s. 33-34.

¹⁷⁹ Öztan, s. 88. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar uyarınca; senet fotokopisinde düzenleme yerinin yazılı olmamasına rağmen, icra kasesindeki senet aslında bunun belirtilmiş olması halinde, senedin bono niteliğini taşıyacağını belirtmişse de Uyar da bu karar katılmamaktadır. Bkz. Uyar, TBB, s. 313. Biz de bu karara katılmamakla beraber burada senette yapılan bir tahrifattan bahsedilmesi gerektiğini, düzenleme iradesinin vuku bulunduğu anda düzenleme yerinin kural olarak yazılması gerektiği kabul edilmelidir.

¹⁸⁰ Poroy/Tekinalp, N. 220, s. 161.

¹⁸¹ Açık bono ile eksik bono farklı kavramlar olduğu ve eksik bonoda tarafların arasında mevcut boşlukların nasıl doldurulması gerektiği hususunda bir anlaşmanın söz konusu olmadığı iddiası lehtar gibi son hamile karşı da ileri sürülebilecektir. Bkz. Bozer/Göle, s. 216.

¹⁸² Öztan, s. 90; Hueck, § 8, s. 40-41. Eksik bilgilerin sonradan tamamlanmasının sahtekarlık anlamına geldiği hususunda bkz. Meier Hayoz/von der Crone, §7, Rn. 39, s. 130. Aynı yönde bkz. Rehfeldt/Zöllner, s. 58.

¹⁸³ Poroy/Tekinalp, N. 422, s. 288; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Özdamar/Gök-türk/Can/Kaşak, s. 208. Emre yazılı ödeme vaadlerini, bonoya ilişkin birtakım özelliklere sahip olmadıkları gerekçesiyle eksik bono saymak gerektiği yönünde bkz. Öztan, s. 211.

halde mezkûr soruda -düzenleme yerinin yokluğu açısından- bonoda kanuni tahvile örnek teşkil eden TTK m. 830 hükmü¹⁸⁴ uygulanamaz mahiyettedir. Bu takdirde bono açısından iradi tahvil müessesesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere düzenleme yerine hiçbir surette yer verilmemiş bono açısından yapılacak hukuki nitelendirmede soyut borç ikrarı bağlamında yalnızca bir kural söz konusudur. Bu kuralın istisnasına -her ne kadar Türk hukukunda BGB § 140'ta olduğu üzere¹⁸⁵ tahvile açıkça yer verilmemiş ise de¹⁸⁶- bononun düzenlenmesi esnasında tahvilin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin her defasında incelenmesi suretiyle ulaşılabilir¹⁸⁷. O halde tahvil için şu şartların sırasıyla kümülatif

¹⁸⁴ Cerrahoğlu, s. 35.

¹⁸⁵ Bülow, WG Art. 2, Rn. 7, s. 34; Baumbach/Hefermehl, WG Art.2, Rn. 9, s. 122-123.

¹⁸⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Basıdan Tıpkı 6. Baskı, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 2014, § 44, N. 26 vd., s. 609 vd.; Cerrahoğlu, s. 35 vd.; Karlı, s. 52.

¹⁸⁷ Bononun geçersizliği irade açıklamasının hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Meier Hayoz/von der Crone, §7, Rn. 38, s. 129; Baumbach/Hefermehl, WG Art.1, Rn. 12, s. 115; BSK Wertpapierrecht- Grüninger/Hunziker/Roth, Art 991 OR, Rn. 25a. “*Taraflar poliçe ve bono düzenlerken, geçerli olarak havale veya adi senet düzenleyebilecek iken, yanılıya düşüp hükümsüz poliçe ve bono düzenlememişlerdir. Taraflar pekâlâ geçerli poliçe veya bono düzenleyebilirlerdi ve aralarındaki gerçek amaç da havale veya adi senet düzenlemek değil, poliçe veya bono düzenlemektir. Bu gerçekleşmediğine, tarafların amacı da havale yapmak veya adi senet düzenlemek değil, poliçe ve bono düzenlemek olduğuna göre, zorunlu husuları içermiyen ve poliçe veya bono olarak sayılamayacakları yasadaki belirlenen belgeleri, olsa olsa taraflar arası ilişkilerde ‘yazılı kanıt başlangıcı olarak kabul etmek gerekir.’*” Bkz. İmregün, s. 54. Bu görüş tahvil için öngördüğümüz şartlardan (6)’nın hiçbir şekilde gerçekleşmeyeceğinden hareket ederek adi senet olasılığını dahi reddetmektedir. Oysaki tahvil olasılığını göz önünde tutarak -ki geçersiz sayılan bono imzası inkar edilmedikçe sebebi gösterilmeyen borç tanınması olarak ayakta tutulabileceği yönünde bkz. Karlı, s. 52- adi senedin varlığını sorgulayan görüşler için bkz. Arslanlı, s. 68; Karayalçın, s. 90-91; Tekil, s.116-117; Öztan, s. 88; Kınacıoğlu, s. 117. Tahvil tartışmasına girmeksizin düzenleme yeri olmayan bononun adi senet olduğu yönünde bkz. Domaniç, s. 474; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 151; Bozer/Göle, s. 185 ve 209-210; Uyar, TBB, s. 312; Uyar, s. 34; Reisoğlu, s. 69. Şekil şartlarındaki eksiklik dolayısıyla bono olarak geçersiz olan senedi adi senet sayabilmek için tarafların bu konuda geçersizliği bilmeleri halinde dahi adi senet yapacakları sonucuna varabilmek gerektiği yönünde bkz. Cerrahoğlu, s. 36. Herhangi bir tahvil tartışması yapmaksızın düzenleme yeri olmayan bono adi senet sayılacaktır. Bkz. Y.13.HD., 18.06.2020, E.2020/6, K. 2020/4926; Y.13.HD., 10.12.2019, E. 2017/2865, K. 2019/12307; YHGK, 27.04.2016, E. 2014/1075, K. 2016/557; -adi yazılı belge- Y. 13. HD, 30.09.2019, E. 2016/21633, K. 2019/9120; -adi belge- Y. 19.HD., 07.03.2016, E. 2015/12666, K. 2016/4048, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Ayrıca tahvil açısından BGB § 780’e göre soyut borç vaadinden ya da tacir düzenleyen ise HGB § 363 Abs.1 S.2 hükmüne göre ticari taahhütten (käufmännische Verpflichtungsschein) bahsedilebilir. Bu son durumda geçersiz bono emre kaydını ihtiva ediyorsa yalnızca emre yazılı senedin varlığı iddiasında bulunulabilir. Emre kaydındaki eksiklik durumunda senet metninde emre yazılı senedin meydana getirilmesinde

olarak aranması gerekir¹⁸⁸: (1) Tahvil için kesin hükümsüz bir işlem olmalıdır -ki bonoda düzenleme yeri hem asli olarak hem de alternatif şekilde yok ise TBK m. 27/1 hükmü ile TTK m.1530/1 hükmü uyarınca, (2) Bononun geçersiz olduğu düzenleyen ile hamil tarafından bilinmemelidir -ki bu takdirde tacirler arasındaki hususlar haricinde ilke olarak taraflardan yalnızca birisinin hükümsüzlüğü bilmesi tahvile engel teşkil etmez-, (3) Tahvil hükümsüzlüğü öngören normun anlam ve amacına ters düşmemelidir – teminat, kredi, ödeme işlevlerinden birine veyahut işlem güvenliğine aykırılık yoksa, yedek işlemin geçerlilik şartları oluşmalıdır – (4) Adi senet olarak nitelendirilebilmesi için senet metninin belgelendirdiği hukuki işlem hakkında tam bir bilgiyi ihtiva etmesi ve senedin altının senet aleyhine delil teşkil edecek düzenleyen tarafından el yazısıyla imzalanması gerekir¹⁸⁹-, (5) Yedek işlem kesin hükümsüz işlem ile aynı veya benzer sonuçlar doğuran; ancak ondan daha ileriye gitmeyen bir nitelik taşımalıdır- zaten adi senet ile kambiyo senedi ile ulaşılmak istenilen amaç kısmen de olsa karşılanacaktır-, (6) Tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi yedek işlemi istemiş olacakları söylenebilir -hatır bonolarıyla ilgili duruma istisna tanıyarak olayın hal ve şartlarına göre, taraflar yaptıkları işlemin hükümsüz olduğunun farkına varmış olsalardı, tamamen aynı sonuçları doğurmamasına rağmen, yedek işlemin, yani adi senedin sağladığı sonuçlarla yetinmeyi kabul ederlerdi diye düşünmek mümkün olabiliyorsa¹⁹⁰, bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır-

O halde tahvil için aranan şartlardan her birinin somut olayda ayrı ayrı gerçekleşmesi halinde düzenleme yerini bir şekilde ihtiva etmeyen bono soyut borç ikrarına havi bir adi senet olarak karşımıza çıkar. Ancak (2) şart bakımından tacirlerin ticaretine ait tüm faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü söz konusu olduğundan düzenleme yerine dair bilgisizliğin bu konuda hukuki bir telafisi olamaz. Bu yüzden bononun taraflarının tacir olması halinde tahvilin şartları gerçekleşmeyeceğinden soyut borç ikrarından

düzenleyenin iradesinden yola çıkıldığında tahvile başvurulamaz. Bülow, WG Art. 76, Rn. 1, s 350; Stanzl, s. 34; Baumbach/Hefermehl, WG Art.1, Rn. 14, s. 125. Bu yöndeki tartışmalar için ayrıca bkz. Hueck, § 8, s. 40; BSK Wertpapierrecht- Grüniger/Hunziker/Roth, Art 992 OR, Rn. 4. Kambiyo senedi benzeri ödeme vaadi olasılığı açısından bkz. Meier Hayoz/von der Crone, §7, Rn. 38, s. 130. Borç vaadi olduğu yönünde bkz. Rehfeldt/Zöllner, s. 58.

¹⁸⁸ Kocayusufoğlu, § 44, N. 31 vd., s. 614 vd.

¹⁸⁹ Yazılı belgede borçlunun imzası yok ya da imzası sahte ise, bu belge senet sayılmaz. Bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2017 s. 254.

¹⁹⁰ Cerrahoğlu, s. 36.

bahsedilemeyecekse de, adi senedin şartları varsa somut olayda en azından adi senedin varlığı kabul edilebilir. Bunun dışında (6) şart bakımından hatır bonolarında alacaklının menfaatine düzenlenen tedavül gayesi olanların¹⁹¹ artık en azından adi senet olarak geçerli sayamayacağımızdan düzenleme yeri olmayan bononun geçersizliği daimidir¹⁹². Zira tedavül gayesi ortadan kalktığından hatır bonosunu tedavül kabiliyetine sahip olmayan bir senedi bono olarak dahi ayakta tutamayız¹⁹³. Oysaki tedavül gayesi olmayan hatır bonolarında¹⁹⁴ ise tahvilin işletilebileceği; çünkü (5) şartın (6) ile birlikte sağlandığı kabul edilebilir. Zaten hatır senetlerinde diğer bedelsiz senetlerden farklı olarak ciddi borç altına girme iradesinin olmaması yönünde taraflar anlaşmışlardır¹⁹⁵.

Soyut borç ikrarı ile adi senet kavramlarının örtüştüğü noktalar olsa da aynı anlama gelmediklerini söylemeliyiz. Bu bağlamda düzenleme yerinin yokluğu, noksanlığı ya da geçersizliği söz konusu olduğunda soyut borç ikrarının¹⁹⁶ hukuki niteliği açısından kabul ettiğimiz görüşe göre¹⁹⁷; TBK m. 18'deki ifadeden söz konusu ikrara hangi sonuçların bağlanması gerektiği belirtilmediğinden taraflar sözleşme serbestisi gereğince; ya yalnızca ispat soyutluğu ile yetinebilir ya da kurucu bir borç vaadi düzenleyebilir. O halde bonodaki düzenleme yerinin olmaması halinde¹⁹⁸ tarafların o hukuki işlemin

¹⁹¹ Nurkut İnan, *Türk Hukukunda Hatır Senetleri Ve Özellikle Hatır Bonoları*, 1. Bası, Bilgi Basımevi, 1969, s. 50-51.

¹⁹² Benzer yöndeki görüş için bkz. Cerrahoğlu, s. 37. Oysaki mevcut bir borç ilişkisinden doğan bir alacak için düzenlenen bononun hükümsüzlüğü bildikleri takdirde tarafların adi senet düzenleme konusunda tereddütte bulunmayacakları yönünde bkz. Cerrahoğlu, s. 36-37. Hatta inançlı işlemler geçerli olduklarından soyutluk ilkesine gidilmesine gerek olmaksızın tedavül gayeli hatır senetleri bu şekilde geçerli kabul edilebilir. Bkz. İnan, s. 116.

¹⁹³ Benzer yöndeki görüş için bkz. Cerrahoğlu, s. 37.

¹⁹⁴ Hatır senetlerinde temel alacak farazi olarak dahi yoktur. Bkz. İnan, s. 55. Bununla birlikte tedavül gayesi olmayan hatır senetlerinin hem muvazaalı hem de soyutluğa rağmen muvazaa sebebiyle hükümsüz oldukları sonuca varılabilse de, muvazaalı olsun ya da olmasın hükümsüzlüğü iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bkz. İnan, s. 118.

¹⁹⁵ İnan, s. 56.

¹⁹⁶ TBK m.18; "*Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir.*"

¹⁹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 47 vd., s. 121 vd. Türk hukukunda esas olarak sözleşme teorisini benimsenmekle beraber tek taraflı irade beyanı teorisinin izlerine de rastlandığı yönünde bkz. Karlı, s. 39.

¹⁹⁸ Oysaki Karayalçın'a göre; emre muharrer senet nitelikli soyut borç senedi olduğu için zorunlu şartların yokluğu halinde ilgililerin o işlemi istemiş olacaklarını kabul etmek; yani mücerret borç senedi lehine bir karinenin varlığından söz etmek gerekir. Bkz. Karayalçın, s. 90-91. Bu bağlamda yazara göre tahvilde belirttiğimiz (6) şartın gerçekleştiğine dair bir

varlığına işaret etmesi sağlayacak şekilde ispat soyutluğundan istifade etmeleri lehine bir adi karineden bahsedilir¹⁹⁹. Zira her iki seçimlik yetki bakımından bütün soyut borç ikrarlarında ispat soyutluğu vardır²⁰⁰. Ayrıca tarafların bu ikrara ispat yükünün yer değiştirmesinin²⁰¹ ötesinde bir hukuki sonuç bağlamak istedikleri²⁰² -kurucu bir borç ikrarı- iddiası adi karineyi çürütürken ispatlanabilir. Mezkûr adi karineden hareketle somut olayda bonoda düzenleme yeri bir şekilde yoksa şartları varsa adi senetten; o da yoksa senedin geçersizliğinden bahsedilir. Bununla birlikte hukuki sebebi ispat külfetinden kurtulan alacaklının aleyhine bu adi karine çürütülebilirse de soyut borç ikrarına havi bir adi senetten bahsedilecek ve buna göre bir işlem yapılacak demektir.

Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir (HMK m. 202/2). O halde düzenleme yerinin ihtiva etmeyen

karinenin varlığı kabul edilecek olursa soyut borç ikrarının adi senetten bir farkı kalmayacağı gibi temel ilişkiye bağlanan kambiyo senedinin de kural olarak her defasında geçersizliği gündeme gelecektir. Nitekim yazarın görüşünün açıkça aksi kararlaştırılmadıkça mevcut bir borç için soyut borç senedi verildiği zaman bunun ifa amacı ile verilmiş sayılacağı mantığından (Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 49, s. 123; Karlı, s. 110) ileri geldiğini düşünmekteyiz. Oysaki bir kere alacaklı soyut alacağını elde edince temel ilişkiden doğan alacağın sona ermesinden hareketle bononun geçerliliğini etkileyebilecek yasak bir kaydın varlığı şüphesi hasıl olabilir. Zira bonoyu asıl borç ilişkisine bağlayan kayıtlar bononun geçersizliğine yol açar. Ancak bononun hangi amaçla düzenlendiğinin bizzat bono üzerinde gösterilmesi bir sorun teşkil etmez. Diğer bir deyişle yalnızca borcun sebebine, bononun düzenlenme gerekçesine yer verilmesi senedi geçersizliğine yol açmaz. Bu konuda bkz. Kendigelen/Kırca, s. 195. Gerçekten de bu durum soyut borç ikrarı ile adi senet arasında farka işaret etmektedir. Bu farklılık ayrıca kıymetli evrakta hâkim olan hukuki görünüş teorisiyle tamamlanmış sözleşme teorisinin de bir sonucudur. Ayrıca TBK m. 605/1 hükmü uyarınca; “*Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır.*” Buna göre, kumar ve bahis borçları için düzenlenen soyut borç ikrarlarının soyutluk kuralı rafa kaldırılmıştır (Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N.55, s. 128) Bu hükmün istisnai olduğu kabul edilmelidir. Bu yüzden Karayalçın’ın ilgili karine görüşü kabul edilecek olursa soyut borç ikrarı sonucu temel borç ilişkisinden tamamen bağımsız yeni bir borç doğduğu görüşü uygulanamaz hale gelecektir.

¹⁹⁹ Söz konusu kararın bu şekilde anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Düzenleme yerine sahip olmayan bononun borç ikrarını içeren adi senet hükmünde olduğu ve ispat külfetinin davalıda olduğu yönünde bkz. Y. 13. HD., 16.02.2016, E. 2015/3196, K. 2016/6282, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

²⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 53, s. 126; Karlı, s. 82.

²⁰¹ Karlı, s. 74.

²⁰² Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 53, s. 126.

bonoların (yazılı) delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturabileceği kabul edilebilir²⁰³. Oysaki Yargıtay kararlarından zamanaşımına uğramış bonoların (yazılı) delil başlangıcı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır²⁰⁴. Düzenleme yeri yokluğu halinde de şayet iddia konusu hukuki işlemi muhtemelen gösteren yazılı bir belgenin kendisine karşı ileri sürülen kişi ya da temsilcisi tarafından verilmişse ya da gönderilmişse²⁰⁵ bono başkaca bir hukuki işlem özellikle de temel borç ilişkisi açısından (yazılı) delil başlangıcı addedilebilir²⁰⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 14.12.1992 tarih ve 1/5 ve Ceza Genel Kurulu'nun 24.03.1998 gün ve 51/106 sayılı kararlarında açıklandığı üzere; kambiyo senetlerinde yapılan sahteciliğin resmî belgede yapılmış sayılabilmesi için²⁰⁷, ilgili kambiyo senedinin Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen bütün unsurları taşıması gerekir. Bonoda düzenleme yerinin herhangi bir sebeple bulunmaması ceza hukuku açısından bononun özel belge olarak kabul edilmesini gerektirir²⁰⁸. Bu takdirde bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, TCK m. 207/1²⁰⁹ hükmü uyarınca; özel belgede

²⁰³ Hatta çekte mücerret borç ikrarı olmadığı için bonodan farklı olarak bu belgenin (yazılı) delil başlangıcının maddi unsuru niteliği tanınsa dahi inandırıcılığına şüphe ile yaklaşılabilecektir. Bkz. Haluk Konuralp, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin Yayınları, Tıpkı Basım, 2009, s. 66.

²⁰⁴ Eriş, s. 583-584. Y.13.HD., 18.06.2020, E.2018/1461, K. 2020/4901; Y.19.HD., 01.06.2020, E. 2018/3795, K. 2020/713; Y.13.HD., 10.03.2020, E.2020/111, K. 2020/3119; Y.23.HD., 04.03.2020, E. 2017/142, K. 2020/1470, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2007 gün ve 2007/18-153 E-2007/183 sayılı kararında da benimsendiği gibi "Zamanaşımına uğrayan ve imzası inkâr edilmeyen bono, temel borç ilişkisi bakımından (yazılı) delil başlangıç niteliğindedir." Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Konuralp, s. 67 vd.

²⁰⁵ (Yazılı) delil başlangıcının şartları için bkz. Kuru, s. 268.

²⁰⁶ Benzer yöndeki görüş için bkz. Kuru, s. 268. Bu bağlamda bonodaki zorunlu unsurları bulunmaması halinde eksik unsurlu bononun temel alacak bakımından adi bir senet sayılabilecekse de (yazılı) delil başlangıcı olabileceği ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Bkz. Konuralp, s. 66. Bu olasılığın düşünülmesi gerektiği hususunda bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 152.

²⁰⁷ TCK m. 204/1; "*Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

²⁰⁸ Hasan Tahsin Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik (TCK M.207), 2010, 68(2010/1), Ankara Barosu Dergisi, s. 220 ve 222 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33777/374082>> Erişim Tarihi 20.10.2020.

²⁰⁹ "*Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

sahtecilik suçuna vücut verecektir. Zira TCK m. 201/1 hükmü uyarınca; özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, **emre veya hamile yazılı kambiyo senedi**, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bununla birlikte özel belgenin suça konu olabilmesi için doğrudan hukuki sonuç doğurması gerekir²¹⁰. Bu yüzden bonoda düzenleme yeri herhangi bir şekilde olmadığı takdirde özel belgede sahtecilik suçunun oluşabilmesi için an azından bu belgenin soyut borç ikrarı veyahut hiç olmazsa adi yazılı senet olması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim özel belgenin hukuken korunan bir içeriği ile doğrudan hukuki sonuç doğuran bir irade beyanının ya da bir hususu yansıtması şeklinde anlaşılması²¹¹ da bunu gerektirir. Bu cihetle, Yargıtay kararlarında bilhassa bu düşüncenin izinden gidilerek bir sonuca varılması gerekir. Ancak Yargıtay'ın böyle bir araştırma yapmaksızın doğrudan bonoda düzenleme yerinin eksikliğine istinaden bonoda sahtecilik yapılması halinde, fiilin özel belgede sahtecilik suçunu oluşturacağını kabul etmektedir²¹².

Son olarak şunu da belirtmekte fayda vardır ki; Yargıtay'ın düzenleme yeri olmayan bononun kural olarak soyut borç ikrarı olmasından değil; adi havale niteliğinden bahsederek birçok hükmü bu şekilde kurduğuna²¹³ tanık olmaktadır. Ancak hukuki niteliği itibariyle kararlardan varılan bu yöndeki nitelendirmelerin şartları varsa ancak polîçe ve çek için geçerli olabileceği²¹⁴ söylenmelidir.

²¹⁰ Gökcan, s. 221.

²¹¹ Gökcan, s. 221.

²¹² Düzenleme yeri olmayan bononun özel belge niteliği taşıdığı yönünde bkz. Y.11. CD.,14.09.2020, E. 2018/7035, K. 2020/4424; Y.15.CD., 02.07.2020, E. 2020/3967, K. 2020/7290; Y.11.CD., 03.02.2020, E. 2017/14477, K. 2020/756; Y.11.CD., 16.12.2019, E. 2017/16964, K. 2019/9496; Y.11.CD., 02.12.2019, E. 2017/14044, K. 2019/8617; Y. 15 CD., 30.09.2019, E. 2017/14701, K. 2019/9162; Y. 11.CD., 25.09.2019, E. 2017/12369, K. 2019/6703; Y.11.CD., 16.09.2019, E. 2019/1781, K. 2019/6297; YCGK, 21.05.2019, E. 2018/171, K. 2019/453; YCGK, 05.02.2019, E. 2017/527, K. 2019/69, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020. Ayrıca bkz. Gökcan, dipnot 59, s. 222.

²¹³ Y. 12. HD., 07.06.2012, E. 2012/28673, K. 2013/5263; Y. 12. HD., 21.02.2013, E. 2013/20060, K. 2013/27679; Y. 12. HD., 10.09.2013, E.2013/34573, K. 2014/45; Y.12. HD., 20.01.2014, E. 2014/6090, K. 2014/9054; Y.12.HD., 12.12.2013, E. 2014/16505, K. 2014/18215; Y.12.HD., 12.01.2016, E. 2015/22265, K. 2016/395; Y.12. HD., 07.02.2017, E. 2016/10094, K. 2017/1393; Y.12.HD., 29.11.2018, E. 2017/8073, K. 2018/12492, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

²¹⁴ Benzer yönde bkz. Moroğlu, s. 508.

SONUÇ

Bono mevsuf (nitelikli) bir soyut borç ikrarıdır. Bonoda düzenleme yeri alternatif zorunlu bir şekil şartıdır. Bonoda düzenleme yerinin genel olarak ne şekilde gösterileceğine dair herhangi bir bilgiye Kanun'da yer verilmemiştir. Nitekim düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır. Açıklık bulunmadığı takdirde senedin düzenlendiği yer, ödeme yeri ve aynı zamanda düzenleyenin yerleşim yeri sayılır.

Bonoda düzenleme yeri devletler özel hukuku, medeni usul ve icra iflas hukuku ile ceza hukuku bakımından önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bonoda düzenleme yeri açık, anlaşılır ve okunaklı olması kaydıyla herhangi bir şekilde senetteki taahhüdü ihtiva eden imza ile bağlantı kurularak senedin herhangi bir yerinde belirtilebilir.

Bonoda düzenleme yerinin yabancı bir dilde yazılabileceğini; ancak 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un kapsamının çizilmesi suretiyle kabul edebiliriz.

Düzenleyicisi tek olan bonoda birden fazla düzenleme yeri gösterilirse, bono geçersiz olur. Bununla birlikte bononun birden fazla düzenleyicisi varsa birden fazla düzenleme yerinin tayin edilmiş olmasının bononun geçersizliğine yol açmayacağı doktrinde ifade ediliyorsa da, bu duruma birtakım istisnaların getirilmesi gerekir.

Bonoda düzenleme yerinin kısaltılarak yazılabileceğini; ancak YİBGK'nın çek için hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde öngördüğü kıstasın bono için kabul edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu yüzden bonoda düzenleme yerinin belirliliği çerçevesinde bu yerin kısaltılarak yazılması gerekli ve yeterlidir.

Bonoda düzenleme yerinin bir mülki idari birim olması gerekir. Bu bağlamda mevcut bir yer olması kaydıyla il, ilçe, köy, mahalle bonoda düzenleme yeri olarak tayin edilebilir. Bu yüzden bu yerin semt, cadde, sokak vb. şekilde hukuki belirlilikten uzak bir şekilde kararlaştırılmayacağı evleviyetle söylenebilir.

Bonoda düzenleme yerinin yokluğu, noksanlığı veyahut geçersizliği sonucunda sırasıyla soyut borç ikrarı, adi senet, (yazılı) delil başlangıcı araştırması yapılarak bir sonuca varılması gerekir; meğerki açık bono ya da bonoda tahrifattan bahsedilsin. Bu yüzden bonodaki düzenleme yerinin olmayışı

kategorik bir yaklaşım biçimine başvurarak her defasında Yargıtay kararlarına da yansıdığı üzere adi senet şeklindeki kabule tereddütle yaklaşılmasını gerektirir. Hatta soyut borç ikrarı ile adi senedin de farklı kavramlara işaret ettiği de her somut olay açısından göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.

KAYNAKÇA

- Alışkan M, “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, 2005, VIII(1-2), AÜEHFD, s. 349-377, <<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=1305>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2020.
- Bahtiyar M, Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Notları- Soru Örnekleri), Güncellenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020 (Bahtiyar, Kıymetli Evrak).
- Bahtiyar M, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 2005, 18(61), TBB, s. 47-106, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-61-183>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2020 (Bahtiyar, TBB).
- Bahtiyar M, “805 Sayılı, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”un Kapsamı ve Yaptırım Sorunu”, 2007, II, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, s. 1731-1750 (Bahtiyar, 850).
- Bahtiyar M, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, 1. Bası, Beta Yayıncılık 2001. (Bahtiyar, Anasözleşme)
- Basler Kommentar Wertpapierrecht, Marc G/ Bruno H/ Gerhard R, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2012.
- Baumbach A/ Hefermehl W, Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen und einer Einführung in das Wertpapierrecht, 22. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C.H.Beck München 2000.
- Bozer A/ Göle C, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2018.
- Börü L, “Bonoya Dayalı Kambyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte Yetki”, 2016, 65(1), AÜHFD, s. 137-182, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622108>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020.

- Bülöw P, Wechselgesetz/Scheckgesetz, 5. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller 2013.
- Cerrahoğlu M. F, Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İtihatlarına Göre Bonoda Mutlak Defiler,1. Bası, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Hüsnü Tabiat Matbaası, 1974.
- Domaniç H, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, 1. Bası, Eskin Matbaası 1990.
- Eriş G, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014.
- Gökcan Hasan T, “Özel Belgede Sahtecilik (TCK M.207), 2010, 68(2010/1), Ankara Barosu Dergisi, s. 209-236, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33777/374082>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020.
- Gözler K, “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler (Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Haline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun Mudur?”, 2013, 11(122), Legal Hukuk Dergisi, s. 37-82, <<https://www.idare.gen.tr/6360-elestiriler.pdf>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020.
- Hueck A, Recht der Wertpapiere, 10. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH Berlin und Frankfurt a. M. 1967.
- İmregün O, Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler-Kambiyo Senetleri-Makbuz Senedi-Varant), 1. Bası, Filiz Kitabevi 1995.
- İnan N, Türk Hukukunda Hatır Senetleri Ve Özellikle Hatır Bonoları, 1. Bası, Bilgi Basımevi 1969.
- Jacobi E, Wechsel-Und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Unveränderter Nachdruck, Walter De Gruyter & CO. 1956.
- Karayaçım Y, Ticaret Hukuku Dersleri (II. Ticari Senetler -Kambiyo Senetleri-, Üçüncü Baskı, Güzel İstanbul Matbaası 1964.
- Karlı Ö, Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması (Mücerret Borç İkrarı) BK. Mad. 17, 1. Bası, Vedat Kitapçılık 2008.
- Kaşak F E, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık 2019.
- Kayar İ, Kıymetli Evrak Hukuku, Altıncı Bası, Detay Yayıncılık 2013.

- Kendigelen A, Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, Onikilevha Yayıncılık 2019 (Kendigelen, Çek).
- Kendigelen A/Kırca İ, Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Esaslar-Kambiyo Senetleri), Güncellenmiş 3. Bası, Onikilevha Yayıncılık 2020.
- Kınacıoğlu N, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel Yayınevi 1999.
- Kırca İ, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine”, 2007, II, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, s. 1929-1947.
- Kocayusufpaşaoğlu N/ Hatemi H / Serozan R/ Arpacı A, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Basıdan Tıpkı 6. Baskı, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi 2014.
- Konuralp H, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları 2009.
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Bası, Yetkin Yayıncılık 2017.
- Meier Hayoz A / von der Crone H, Wertpapierrecht, Zweite, überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern 2000.
- Moroğlu E, “Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri”, Makaleler, Onikilevha Yayıncılık, 2010, s. 507-517.
- Muratoğlu T, “Mahalli İdareler Mevzuatında 6360 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, 2015, 20(32), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 59-96, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/duhfd/issue/23032/246225>> Erişim Tarihi 20.11.2020.
- Narbay Ş, “Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan “Yer” Kavramına “De Lege Lata” ve “De Lege Ferenda” Çözüm Önerileri”, 2003, I, Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan, s. 793-821. (Narbay, Armağan)
- Narbay Ş, “Türk Ticaret Kanununun Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler Ve Değişiklik Önerilerimiz”, 2005, 7(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan, s. 173-222, <<http://earsiv.ersincan.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/3313/%c4%b0RFAN%20BA%c5%9eTU%c4%9e%20ARMA%c4%9eANI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, Erişim Tarihi 20

Kasım 2020.

Özdamar M/ Göktürk K/ Can Mehmet Ç/ Kaşak E, Kıymetli Evrak Hukuku, Birinci Bası, Adalet Yayınevi 2020.

Özdemir H, “Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, 1999, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları No: 7, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, s. 261-276.

Öztan F, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi 2017.

Öztan F, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi 1997 (Öztan, 1997).

Poroy R/ Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (Çek Kanununun Yorumu İle), Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık 2013.

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi 2017.

Rehfeldt B / Zöllner W, Wertpapierrecht, 10. Auflage, Verlag C H Beck München 1972.

Reisoğlu S, Çek Hukuku, 1. Bası, Yazarın Kendi Yayını 2011.

Schoele W, Der Wechsel, Heft 78, R. Booberg Verlag 1956.

Stanzl G, Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht, I. Band, Hermann Böhlau Nachf. / Graz-Köln 1957.

Şanlı C / Esen E / Ataman-Figanmeşe İ, 2. Bası, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık 2014.

Şehirali, Feyzan H, “Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek”, 1997, 52(1-4), AÜSBFD, s. 661-691, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3109/43043>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020.

Teichmann A, Handelsrecht, 3. Auflage, Nomos UTB 2013.

Tekil F, Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Bası, Beta Yayınevi 1980.

Teoman Ö, BONO, Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar) KİTAP: 12 2004-2007, 2008, s. 123-128 (Teoman, Hukuki Mütalaalar 149).

Turanlı H, “Türk Hukukunda Alonj”, 2017, 3(1), TFM, s. 119-128, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/31322/341754>> Erişim Tarihi 20 Kasım

2020.

Uçar S, “6360 Sayılı Büyükşehir Kanun Hükümleri Işığında Çekte “Düzenlenme Yeri” ve “İbraz Süresi” Kavramları Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler”, 2019, 31(140), TBB, s. 331-354, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1824>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020.

Uyar T, “İcra Hukukunda Bono’nun (Emre Muharrer Senet’in) Geçerlilik Koşulları”, 2008, 20(74), TBB, s. 290-325, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-74-395>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2020.

Uyar T/Uyar A/ Uyar C, İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167-170b), 4. Baskı, Bilge Yayınevi 2013.

Ülgen H / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan F, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bası, Vedat Kitapçılık 2019.

Wiefels J., Recht der Wertpapiere, 41.-43. Tausend Neu bearbeitete Auflage, 9. Band, 1956.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU KAPSAMINDA HAKEM KARARLARININ İPTALİ SEBEPLERİ VE HÂKİMİN KARARA MÜDAHALESİ

Gizem YILMAZ*

ÖZ

Devlet yargısına alternatif bir yargılama faaliyeti olan tahkim, yapısı gereği mahkemenin müdahalesine kapalıdır. Ancak gerek görülürse önceden belirlenen sınırlı sebepler dairesinde hakem kararlarına müdahale söz konusu olabilmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde, mahkemenin müdahale imkânı olabildiğince sınırlı tutulmaya çalışılmakta ve böylece taraf iradelerine öncelik veren tahkim yargulamasının hedeflendiği gibi hızlı sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Nitekim kararın esasına yönelik çok sıkı bir kontrol mekanizması işletmek, hakem mahkemesinin takdir yetkisine müdahale anlamı taşır ve bu da tahkimin bağımsızlığına aykırı düşer. Öte yandan, tahkim kararlarının denetimden yoksun bırakılması da keyfiyete dayalı kararlar verilmesine sebep olabilir. Bu nedenle, bir yandan taraf iradelerine üstünlük tanınırken diğer yandan kararın kamu düzeni gibi unsurlar bakımından denetimi ile dengenin sağlanabilmesi için sınırlı da olsa karara müdahale ihtiyacı duyulmaktadır. Bu ihtiyaç, bazı hukuk sistemlerinde temyiz kanun yolu aşamasında, bazı hukuk sistemlerinde ise iptal davası veya yargulamanın iadesi gibi hukukî imkânlar çerçevesinde giderilmektedir. Türk hukukunda ise hakem kararlarına müdahale, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 439'da sayılan haller ile sınırlı tutulmaktadır. Ancak uygulamada, Kanun'da öngörülme hallerde de istisnâ olarak hakem kararının iptali gerekebilmektedir. Bu durumda, iptal kararının Kanun'daki hangi hukukî sebep kapsamında verilebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Huzurdaki çalışmada, tüm bu hususlar dikkate alınarak Türk hukukundaki iptal sebepleri çerçevesinde mahkemenin hakem kararına müdahalesinin sınırları incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İç tahkim, temyiz, hakem kararına sınırlı müdahale, denetim, iptal sebepleri.

* Avukat (L.L.M), İstanbul Barosu/İSTANBUL, e-posta: av.gizemy@gmail.com.
ORCID : 0000-0003-2715-5291.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933992

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 31/03/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/03/2021

CANCELLATION REASONS FOR THE REFEREE JUDGMENTS AND JUDGE'S INTERVENTION TO DECISION WITHIN THE SCOPE OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

Arbitration, one of the alternative judicial activities for the state judiciary is closed to the interference of the court due to its nature. However, if it is deemed necessary, interventions can be made for the decisions given in the arbitration within the framework of limited reasons determined beforehand. In today's legal systems, the court's ability to intervene is trying to be limited as much as possible, thus it is aimed to conclude the arbitration that give priority to the will of the parties as intended. Indeed, operating a very strict control mechanism on the basis of the decision means interference with the discretionary power of the arbitral tribunal, which goes against the essence of the arbitral proceedings. On the other hand, deprivation of control of the arbitration decision may also lead to unjustified decisions. For this reason, on the one hand, while the will of the parties is given superiority, on the other hand, there is a need to intervene in the decision, though limited, in order to achieve balance in terms of public order. This requirement is met in some legal systems at the appeal stage and in others within the framework of legal opportunities such as filing of annulment or the return of trial. In Turkish Law, interference with arbitral awards is limited to the cases listed in article 439 of the Code of Civil Procedure. However, in practice, in cases that are not stipulated by the Law, the decision of the referee may be required exceptionally. In this case, the problem arises under which legal reason in the Law the cancellation decision can be made. In this study, considering all these issues, the limits of the interference of the court in the arbitral award will be examined within the framework of the reasons for annulment in Turkish Law.

Keywords: *Internal arbitration, appeal, limited intervention to the arbitral award, audit, reasons for cancellation.*

I. KONUNUN TAKDİMİ

Tahkim yargılaması, özellikle devlet yargısına kıyasla gerek daha hızlı bir yargılama ile çabuk ve etkili bir sonuç elde edilebilmesi gerekse devlet yargısının katı usûl kuralları yerine taraflarca belirlenecek esnek usûl kuralları çerçevesinde yürütülebilmesi bakımından başvurulması son derece avantajlı bir yargılama faaliyetidir. Nitekim taraflar, aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıklarla ilgili tahkim yargılamasını tercih ederek uygulanacak usûlü, esasa uygulanacak hukuku ve getirtilebilecek delilleri kendileri belirleyebilmektedir. Bununla birlikte, belirli bir süre içinde sonuçlandırılması

öngörülen tahkim yargılaması ile devlet yargısına oranla çok daha hızlı netice alabilmek mümkündür. Ne var ki bu yargılama faaliyeti, avantajlı olmasının yanı sıra, özellikle hakem ücretleri bakımından oldukça pahalı olabilmektedir. Yine de tarafların, uyuşmazlığın kaderini devletin yargıcının eline bırakmaktansa kendilerinin belirlediği hakemlerin eline bırakmayı tercih ettiği görülmektedir.

Tahkim yargılamasına başvuran taraflar, bu yargılamadan çıkacak hakem kararına razı olduklarını önceden kabul etmiş sayılırlar. Nitekim yargılamayı yürütmek üzere seçilen hakemlerin, uyuşmazlık konusunun uzmanı kişiler olduğu dikkate alındığında, tarafların hukukun doğru uygulanmasına yönelik riski bertaraf ettikleri belirtilebilir¹. Bu nedenle, kural olarak, devlet yargısında olduğu gibi verilen kararın beğenilmeyerek esastan incelenmek üzere üst derece mahkemesine taşınması mümkün görülmemektedir. Aksi durum, tahkim yargılamasının yıllarca uzamasına ve çabuk sona erdirilmesinden beklenen menfaate ulaşamamasına yol açar. Ancak belirtilmelidir ki taraflar, her tahkim yargılamasında, hakem olarak uyuşmazlık konusunda uzman kişileri seçmemektedir. Ayrıca tahkim mahkemesinden verilen kararın her durumda koşulsuz kabul edilmesi gerektiğini söylemek de kararı denetimden yoksun bırakacağından hukuk güvenliğini ihlal edebilir.

Bu tür sonuçların ortaya çıkmasını engellemek için, İngiltere² gibi bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde hakem kararına karşı temyiz kanun yolu uygulanmaktadır, ancak ülkemizde 1086 sayılı HUMK döneminde uygulanan bu sistem terkedilmiş³ ve kabul edilen 6100 sayılı HMK ile bundan farklı bir itiraz yolu getirilmiştir. Buna göre hakem kararının, HMK m.439 uyarınca kanunda sayılan sebeplerin varlığı halinde iptal davasına⁴ konu edilebileceği, iptal davasında verilen karara karşı ise Yargıtay'a temyiz başvurusu yapılabileceği düzenlenmiştir. Bunların dışında, HMK m.443 uyarınca koşulları varsa yargılamanın iadesine başvurulabilmektedir.

Çalışmamızın amacı, HMK'ya göre uygulanan iç tahkimde; hâkimin veya Yargıtay'ın, iptal davasına konu edilen sebepleri inceleme yetkisinin kapsamı

¹ Bkz. İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m.407-444), Adalet Yayınevi, 2016, s.220; Haluk Konuralp, Medeni Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınevi, 2008, s.213.

² Bkz. Arbitration Act 1996, m.69 vd.

³ Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444), Beta Yayınları, 2013, s.194.

⁴ Alman Hukuku'nda da hakem kararlarını ortadan kaldırmak için tek usûli imkân iptal başvurusudur (Bkz. ZPO m.1059).

ve hakem kararına müdahalesinin sınırına yöneliktir. Bu nedenle, kanunda sayılan iptal sebeplerinin neler olduğu, mahkemenin esaslan inceleme yapıp yapamayacağı ve açılan iptal davalarında ileri sürülen sebeplerin, kanunda sayılan sebepler dairesinde kalıp kalmadığının belirlenmesinde mahkemenin sahip olduğu takdir yetkisi ele alınmıştır. Buna karşılık, hakem kararına karşı başvurulabilecek yargılamanın iadesine, iptal davasının yargılama usûlüne ve iptal davası sonunda verilen kararın özelliklerine temas edilmemiştir. Terminoloji bakımından ise tahkim yargılamasında bazen tek hakem bazen de birden fazla hakemin bir araya getirilmesiyle oluşan heyet bulunduğu için, hakem veya hakem heyeti ifadeleri yerine hakem mahkemesi ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

II. HAKEM KARARLARINA KARŞI MÜRACAAT EDİLECEK KANUN YOLUNUN ZAMAN BAKIMINDAN TESPİTİ

1086 sayılı HUMK döneminde hakem kararlarına karşı temyiz kanun yolu bulunmaktaydı. 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK ise doğrudan temyiz usûlünü kaldırarak hakem kararlarına karşı öncelikle iptal davası açılması usûlünü getirmiş, ancak iptal davası neticesinde verilen karara karşı temyiz başvurusunda bulunulabileceğini düzenlemiştir⁵. Bu kanun değişikliğiyle birlikte, HUMK m.533'te sınırlı sayıda düzenlenen temyiz sebepleri, HMK m.439/2'de iptal sebepleri olarak neredeyse iki katına çıkarılmış ve daha kapsamlı düzenlenmiştir. Anılan farklılıklar nedeniyle, HUMK döneminde imzalanan tahkim anlaşmasının hangi kanun hükümlerine göre sonuç doğuracağı ya da halihazırda başlamış ve devam eden bir tahkim yargılaması varken gerçekleşen kanun değişikliğine göre uygulanacak kanun hükümlerinin değişiklik gösterip göstermeyeceği sorunu gerek Yargıtay daireleri arasında gerekse öğretilerde çokça tartışılmıştır.

Uygulamada, tahkim yargılamasının zaman yönünden tâbi olduğu kanunun belirlenebilmesi için tahkim sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Bu doğrultuda, Yargıtay 15'inci ve 23'üncü Hukuk Dairelerince tahkim şartını içeren sözleşmelerin TBK anlamında bir vekâlet sözleşmesi olduğu, sözleşmenin varlığı ve geçerliliğinin de maddî hukuk kurallarına göre belirlenebileceği ileri sürülmüştür⁶. Zira

⁵ 6100 sayılı HMK aynı zamanda 412/1 maddesinde; tahkim sözleşmesinin, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma olduğu şeklinde normatif bir tanım getirmiştir.

⁶ Yargıtay 15 HD, 136/3211, 17.05.2013 ve aynı yönde Yargıtay 15 HD, 2013/2388 E,

maddî hukuk sözleşmelerinin geçerlilikleri yapıldıkları tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerine göre belirleneceğinden, zaman bakımından HUMK döneminde akdedilen tahkim sözleşmelerine HUMK hükümleri uyarınca temyiz kanun yolu uygulanmalıdır⁷. Ayrıca hakem kararının maddî hukuka ve sözleşmeye uygun olup olmadığı ancak temyiz incelemesine konu edilebilir. HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen tahkim yargılaması kapsamında ve anılan tarihten sonra verilen hakem kararlarına karşı HUMK sisteminde öngörülen temyize ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁸.

2014/113 K., 9.1.2014 tarihli kararı: “... Her ne kadar tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakemde mi görüleceğine ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin düzenlenmesi ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Tahkim şartı ya da sözleşmesi yapılması maddi hukuk işlemi olduğundan sonradan çıkartılan yeni kanunlar, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini geçersiz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldığı tarihteki yasa hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında tartışmasız kabul edilmektedir. Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyumsuzluğun hakemde ve açıkça geçerli kanunlar, (Türkiye Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan kanunlar uygulanacaktır.) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'ya göre çözümünü kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı olduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir.” için bkz. Seyhan Selçuk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, 2018, s. 379, dnp.1524.

⁷ Yargıtay 15 HD, 2012/6217 E., 2013/3185 K., 16.05.2013 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

⁸ YİBGK. 2016/2 E., 2018/4 K., 13.04.2018 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020. Aynı yönde Yargıtay 15 HD, 2325/5858, 20.10.2014 tarihli kararında; “...Her ne kadar tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakemde mi görüleceğine ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de bu sözleşmenin düzenlenmesi ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Tahkim şartı ya da sözleşmesi yapılması maddi hukuk işlemi olduğundan sonradan çıkartılan yeni kanunlar, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini geçersiz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldığı tarihteki yasa hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında tartışmasız kabul edilmektedir. Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyumsuzluğun hakemde ve açıkça geçerli kanunlar (tüm hukuk kuralları, hukuk usülleri, yasa hükümleri ve Yargıtay emsal kararları) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'a göre çözümünü kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı olduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir.”; Yargıtay 15 HD, 2014/5988 E., 2015/1011 K., 26.2.2015 tarihli kararında; “..Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin tahkime dair 67/3. maddesinde hakem kurulunun kararını Türk maddi hukuku ve Türk hukuk usulü kurulları çerçevesinde verecekleri hükmeye bağlanmış olduğundan Yargıtay İçtihadı Birleştirme H.G.K.'nun 28.1.1994 gün ve 4/1 Sayılı kararı uyarınca ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nun tahkime dair 439. maddesinde

Öte yandan, tahkim sözleşmesi aynı zamanda bir delil sözleşmesi niteliğindedir (HUMK m.287; HMK m.193). HUMK dönemindeki kanun yolu usûlüne göre tahkim yoluna başvuran tarafların HMK'nın temyize başvurulmasını engelleyen 448'inci maddesi uyarınca 439'uncu maddede sayılan sebepler dairesinde iptal davasına yönlendirilmesi, Yargıtay'ca taraf iradelerine aykırı ve kazanılmış hakları ihlal eder nitelikte görülmüştür⁹.

Yargıtay'ın bu görüşüne karşılık, Türk hukuk öğretisinde ağırlıklı olan görüş; tahkim sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu ve usûl hukuku ilkelerine tâbi tutulması gerektiği şeklindedir¹⁰. Usûl hukukunda, maddî hukuktan farklı olarak usûle ilişkin kanun değişiklikleri derhal uygulanmaktadır¹¹. Nitekim usûl hukukunda değişiklik yapan devletin, kamu düzenini yakından ilgilendiren yargılama hukukuna dair kurallarını

hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabileceği hükmü getirilmiş ise de; Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartının konulduğu sözleşme, maddî hukuk işlemi olup sözleşmenin yapıldığı tarihteki hükümlere tabi olacağı ve eldeki davanın dayanağı sözleşmenin yapıldığı 14.9.2000 tarihinde yürürlükte bulunan ve somut olayda uygulanması gerekli 1086 Sayılı HUMK'nun 516 vd. maddelerinde hakem kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden hakem kurulunca verilen en son hakem kararının Türk hukuk kurallarına ve sözleşmeye uygun olup olmadığının temyiz yoluyla incelenebileceği kabul edilerek temyiz incelemesi yapılmıştır..." denilmektedir. Kararlar için bkz. Fikret Yıldırım, "Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan III. Cilt, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 3011-3012, dpn. 24.

⁹ Yargıtay 15 HD, 136/3211, 17.05.2013; YHGK. 15-444/554, 18.07.2007; Yargıtay 15 HD, 2013/2388 E., 2014/113 K., 09.01.2014 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹⁰ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. VI, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, 2001, s. 5937; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, 2000, s. 958; H. Yavuz Alangoya, Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1973, s.38 vd.; Cevdet Yavuz, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tâbi Olduğu Hükümler", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009, s.143; H. Afşin İlhan, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, 2016, s. 10; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3 (225-452), 3.Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s.3695 vd. Ayrıca Yargıtay 11 HD, 7084/21572, 28.11.2013 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 22 Aralık 2020; Selçuk, s. 383.

¹¹ Muhammet Özkes, "Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, 2010, s. 2871; Sema Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, 2013, s. 84 vd. Bu yönde Yargıtay 13 HD, 8533/14394, 5.6.2012 tarihli karar için bkz. Hakan Pekcanitez, "Tahkim Usûlü ile İlgili İptal Sebepleri", Makaleler Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 731, dpn.3.

değiştirirken eski hükümlerden daha iyi ve adil hükümler getirdiği ve kişi haklarının daha iyi korunacağı kabul edilmektedir¹². Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bu görüşü benimseyerek kanun değişikliğinin meydana geldiği tarih itibariyle tamamlanmayan işlemler yönünden yeni kanunun uygulanması gerektiğini ve bu sebeple tahkim yargılaması sonucunda başvurulabilecek hukukî imkânın iptal davası olduğunu kabul etmiştir¹³.

Bununla birlikte, bir geçiş veya yürürlük hükmü öngörülme hallerde uygulanmak üzere düzenlenen HMK m.448'de, HMK'nın tamamlanmış işlemler bakımından uygulanmayacağı açıkça belirtilmiş olduğundan, söz konusu usûl işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığına göre bir sonuca varmak gerekebilir¹⁴. İşlemlerin tamamlanması ile kastedilen, önceki kanun hükümlerine göre yapılmış ve tamamlanmış olmasıdır. Yeni kanunun tamamlanmış işlemlere de uygulanmasını kabul etmek, tamamlanmış hukukî duruma (*ex post facto*) müdahale etmek anlamına geldiğinden kabul edilmemektedir¹⁵. Bu durumda HMK m.448'e göre, henüz başlamamış veya tamamlanmamış işlemler bakımından HMK derhal uygulanmalıdır¹⁶. Burada esas olan tahkim sözleşmesinin imzalandığı tarih değil, tahkim yargılamasının başladığı tarihtir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13 Nisan 2018 tarihinde oldukça ayrıntılı bir karar vererek tüm bu tartışmaları ortadan kaldırmış ve tahkim sözleşmesinin hangi kanun döneminde akdedildiğine bakılmaksızın; 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra verilen

¹² Üstündağ, s.74. Aynı yönde bkz. İbrahim Özbay, "Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014/16, s. 781-782.

¹³ Yargıtay 11 HD, 2014/17217 E, 2015/6520 K., 07.05.2015 tarihli kararı: "...*Hakem Heyeti tarafından verilen 25.09.2014 tarihli karar taraflara tebliğ edildikten sonra kararın aslı ile dosyanın tamamı HMK'nın 436/3. maddesi uyarınca saklanmak üzere mahkemeye teslim edilmesi üzerine davalı tarafta hakem heyeti kararı temyiz edilmiştir. Buna göre, 6100 sayılı HMK'nın 439. maddesi hükmü gereğince hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılması mümkün olduğundan davalı vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmektedir.*" ile aynı yönde Yargıtay 11 HD, 2012/7084 E, 2013/21572 K., 28.11.2013; Yargıtay11 HD, 1584/11861, 06.06.2013 tarihli kararlar için bkz. Selçuk, s. 381.

¹⁴ Özbay, s.782.

¹⁵ Taşpınar Ayvaz, s.85.

¹⁶ Yargıtay 11 HD, 2012/9675 E., 2013/10830 K., 24.05.2013 tarihli kararına göre; "...*karar tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK'a göre temyiz edilmesi gerekirken karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'da öngörülen iptal davası açılması doğru olmamıştır.*" <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

hakem kararlarına karşı HMK m.439'da yer alan iptal davası açma yoluna başvurulması gerektiğini kabul etmiştir¹⁷. Kararın gerekçesinde, yukarıda yapmış olduğumuz tüm açıklama ve görüşler değerlendirildikten sonra, tahkim sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu ve HMK'nın da doğrudan yargılama usûllerini düzenleyen bir kanun niteliğinde bulunduğu, yargılama (usûl) hukukuna ilişkin kanunların zaman bakımından uygulanması hususunda derhal uygulanma temel ilkesinin kabul edildiği sonucuna varılmıştır. Gerekçenin devamında; tahkim sözleşmesinin, mukayeseli hukuktaki ve Türk hukuk öğretisindeki baskın görüşe göre bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu belirtilmiş, usûl sözleşmelerinin kuruluşları ve geçerlilikleri bakımından maddî hukuka tâbi olmakla birlikte ortaya çıkardıkları sonuçları bakımından usûl hukukuna tâbi olduğu, bunun sonucu olarak da geçerlilikleri yönünden geçmişe etkili olmama kuralını, etkileri bakımından ise derhal uygulanma kuralını uygulamak gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış tahkim sözleşmelerinin kuruluş ve geçerlilikleri hakkında HUMK hükümleri uygulanmaya devam etmektedir.

Kararda yer alan açıklamaların devamında; HMK'nın ayrı bir yürürlük ve uygulama kanunu ya da özel bir geçiş hükmü bulunmadığından, usûl hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması ile ilgili genel ilke niteliğindeki HMK 448'inci maddesinin tahkime ilişkin hükümler bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir. Tahkim sözleşmesi HUMK yürürlükte iken yapılmış olsa bile hakem kararı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilmişse, hakem kararlarına karşı başvuru önceki bir işlemin devamı mahiyetinde olmayıp yeni bir usûl işlemi olduğundan HMK'da öngörülen iptal davası yoluna başvurulmalıdır.

Gerekçede, tarafların tahkim yargılamasına HUMK hükümlerinin uygulanmasını açıkça kararlaştırmış olmaları halinde tahkimin HUMK'a göre mi yoksa bunun yerini alan HMK'ya göre mi yapılacağı sorusunun cevabı da verilmiştir. Buna göre, böyle bir kararlaştırma yapılmış olsa bile, taraflara iptal veya temyiz konusunda uygulanacak kanunu seçme özgürlüğü verilmediğinden¹⁸, HMK yürürlüğe girdikten sonra verilen hakem kararları HUMK'a değil, HMK'ya tâbi olmalıdır¹⁹.

¹⁷ YİBGK., 2016/2 E., 2018/4 K., 13.04.2018 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹⁸ Taraf iradeleri, kanunun tahkim kısmındaki emredici kurallar ile sınırlıdır (HMK m.424).

¹⁹ Aynı yönde Yargıtay 11 HD, 2012/9675 E., 2013/10830 K., 24.05.2013 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

Neticede HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra başlayan tahkim yargılamalarının HMK'ya tâbi olacağı hususu açıktır. HMK yürürlüğe girmeden önce başlayıp da HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte devam eden tahkim yargılamaları bakımından ise Yargıtay, henüz tamamlanmayan veya başlamamış usûl işlemleri bakımından HMK'nın derhal uygulama alanı bulacağını benimsemiş, böylece tartışma bir sonuca bağlanarak ortadan kaldırılmıştır.

III. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU MADDE 439/2 İLE SINIRLI İPTAL SEBEPLERİ

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, UNCITRAL Model Kanun ile uyumlu biçimde oluşturulan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınarak düzenlenmiştir. Kanun'un 439'uncu maddesinin Hükûmet Gerekçesinde, hakem kararlarının iptali sebeplerinin, tahkim yargılamasının amacı, niteliği ve tarihsel gelişimi gereğince tahkimde sürati²⁰ temin etmek için sınırlı olarak sayıldığı (*numerus clausus*) belirtilmiştir²¹.

İptal sebepleri, 439'uncu maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır²². Bu sebepler, genel olarak yargılamanın seçilen usûle ve hukuka uygun yürütülmemesinden kaynaklanan sebepler olabileceği gibi uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması veya hakem kararının kamu düzenine aykırı olmasından da kaynaklanabilmektedir. Fakat hakem mahkemesinin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi olarak değerlendirilmemektedir. Bir başka ifadeyle, kanunun gerekçesinde, hakem kararının maddî hukuka uygunluk denetiminden geçirilemeyeceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce bu gerekçeyi doğrudan kabul etmek, taraf iradelerine göre şekillenen tahkim yargılamasıyla örtüşmemektedir. Gerekçede, iptal

²⁰ Bkz. madde 431 gerekçesi: “Tahkime gidilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de tahkimdeki sürattir”. Aynı yönde Özbay, s.786, dipnot 23.; Özbay ve Korucu, s.218. HMK'da tahkimin hızlılığını temin etmek için hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılabilmesi kabul edilmiş ve bu yola da her durumda başvurulup tahkim sürecinin uzamaması için iptal sebepleri sınırlı sayıda belirlenmiş, temyiz aşamasında da inceleme bu sebeplerle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca iptal davası açılmasının veya bu dava neticesinde alınan kararın temyizinin, hakem kararının icrasını durdurmayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hakemlerin kendi yetkisine dair karar verebilmesi kuralı ile de tahkimde hız kazanılmaya çalışılmıştır.

²¹ Özbay, s. 786; Selçuk, s. 81 vd.

²² Türk hukukundaki iptal sebeplerinin Almanya ve İsviçre hukuklarıyla karşılaştırmalı olarak incelemesi için ayrıca bkz. Pekcanitez, İptal Sebepleri, s. 732 vd.

davası sırasında hakemin yerine geçerek takdir yetkisinin kullanılmayacağı ve tahkime konu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun maddî hukuk kuralları bakımından incelenerek hakem gibi inceleme ve değerlendirme yapılamayacağı ifade edilmek istenmiş olmalıdır. Yoksa taraflarca tahkim yargılamasının esasına uygulanmak üzere seçilen bir maddî hukuk varsa, hakem mahkemesinin kararı verirken bu hukuku uygulayıp uygulamadığının iptal davasını gören mahkemece denetimi gerekecektir. Nitekim 28.01.1994 tarihli ve 4/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu hususa işaret edilerek;

“Usûl Yasamızın 533. maddesinin sadece sözcüklerine bakmak suretiyle bir yorum yapmak gerekirse, bu maddenin sınırlı bir temyiz biçimini kabul ettiği söylenebilir. Ancak, bu maddenin, Mehas Yasaya göre eksik tercüme ile Usûl Yasamıza alındığı ve bu eksikliğin, hakem kararlarının Yargıtay’ca denetimi yönünden günün gereksinmelerine cevap vermediği anlaşılmıştır.

Mukayeseli hukukta, hakemlerin maddî hukuk kurallarına göre karar vermelerinin asıl olduğu ve bu kurallara aykırı davranmanın, yöntem değişik olmakla beraber, Yargıtay denetimine kadar uzandığı bir gerçektir. Türk öğretisindeki baskın görüş de hakem sözleşmesi veya şartında, taraflarca öngörülen ve uygulanması istenilen maddî hukuk kurallarına uyulmaması halinin Yargıtay denetimine tâbi tutulması biçimindedir.

(...) Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddî hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler.”²³

şeklinde hüküm kurulmuştur²⁴. Bu durumda, kanun gerekçesindeki ifadenin yorumlanmasında lafzi yorum ile yetinilmemesi gerekir. Zira hakem mahkemesi, taraflarca seçilen maddî hukuku uygulamadan karar vermişse, bu durumda hakem mahkemesinin sözleşmede belirlenen usûle uymadığı ve yetkisini aştığı gerekçesiyle iptal davası açmaya imkân tanımak gerekir²⁵.

²³ YİBGK. 1993/4 E. 1994/1 K., 28.01.1994 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020. Ayrıca Yargıtay 3 HD, 1215/2321, 31.03.1961 tarihli karar için bkz. Üstündağ, s. 974.

²⁴ Bazı Yargıtay üyelerinin kanun gerekçesini dayanak göstererek bu görüşe karşı çıktığı görülmektedir.

²⁵ Üstündağ, s. 974; Ekşi, s. 196, 200.

A. Taraflarca İleri Sürülmesi Gereken İptal Sebepleri

İptal davası, bir dava olması özelliği sebebiyle tahkim yargılamasının taraflarınca başvurulabilen bir çeşit karara karşı itiraz yoludur. Mahkeme ise mevcut kanun sistemine göre davada ileri sürülen iptal sebepleri çerçevesinde ve bu sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapmakla yükümlüdür²⁶. Ancak bu incelemeyi yaparken, taraflarca ileri sürülmesine bile, kararın açıkça Türk hukukunda kabul gören kamu düzenine aykırı olduğunu veya uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını tespit ederse, hakem kararının iptaline karar verebilir²⁷. Bunun dışında, HMK 439/2 hükmünde sayılan diğer iptal sebeplerinin incelenmesi, davacı tarafın kanunda sayılan hangi iptal sebebinin hakem kararında ne şekilde gerçekleştiğinin açık ve net bir biçimde belirtilmiş olmasına bağlıdır.

1. Tahkim Sözleşmesinin Taraflarından Birinin Ehliyetsiz Olması ya da Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması (439/2-a)

Tahkim sözleşmesi, yukarıdaki YİBGK kararıyla da ortaya koyduğumuz üzere bir usûl hukuku sözleşmesi olmasına rağmen, bu sözleşmenin geçerliliği veya sözleşme taraflarının ehliyetli olup olmadığına ilişkin hükümler maddî hukuk karakterlidir²⁸. Bu nedenle, mahkemenin tahkim sözleşmesinin geçerlilik koşullarıyla taraf ehliyetlerine yönelik yapacağı inceleme, diğer bentlerdeki iptal sebeplerinden farklı olarak²⁹ maddî hukuka ilişkin bir incelemedir³⁰.

Geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin yazılı olması ve tarafların tahkim iradelerinin açık ve sağlıklı bir şekilde beyan edilmiş olması gerekir³¹.

²⁶ Ceyda Süral, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014/16, s. 1385; Selçuk, s. 80.

²⁷ Pekcanitez, İptal Sebepleri, s.733; Ali Yeşilırmak, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 127 vd.

²⁸ Ş. Tuba Ulukoş Bulut, MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, 2018, s.107.

²⁹ HMK m.439/2'nin a bendi dışındaki diğer bentlerinde yer alan iptal sebeplerine yönelik inceleme ağırlıklı olarak usûle yönelik hükümlere ilişkin olarak yapılmaktadır.

³⁰ Fatih Aydemir, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.384, 386.

³¹ Selçuk, s. 98.

Tahkim anlaşması, esas sözleşmenin içinde bir tahkim şartı olarak yer alabileceği gibi, ayrı bir şekilde de akdedilebilir yahut taraf iradelerinin şüpheye yer bırakmayacak derecede açık olması koşuluyla tahkim şartı içeren başka bir belgeye yollama yapılmak suretiyle de yapılabilir (HMK m.412). Burada önemli olan koşul, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde akdedilmiş olmasıdır, yazılılık koşulunun ise son derece geniş değerlendirildiği³² görülmektedir. Yazılı ancak imzasız tahkim anlaşmaları da geçerli kabul edilmektedir³³. Bununla birlikte, taraflar arasındaki yazışmalar bir tahkim anlaşması ihtiva ediyorsa, yazılı bir metindeki tahkim şartına gönderme yapılıyorsa³⁴ veya tahkim anlaşmasının varlığı başkaca bir yazılı delille ispatlanabiliyorsa³⁵ burada yazılılık koşulu gerçekleşmiş sayılmaktadır (HMK m.412/3). Davacı tarafın yazılı bir tahkim anlaşmasının var olduğunu iddia etmesi karşısında davalı tarafın cevap dilekçesinde buna yönelik bir itirazı bulunmaması durumunda da geçerli bir tahkim anlaşması var kabul edilmektedir³⁶.

Tarafların aslolan devlet yargısının yerine alternatif yargılama faaliyeti olan tahkimi seçme iradesinin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta³⁷ ve belirli bir uyumsuzluğa özgülünmüş olması aranır³⁸. Bu anlamda, tarafların hem mahkeme hem de tahkim yargısını seçtiğini gösterir şekilde yer alan ifadeleri açık değildir. Yine mevcut bir uyumsuzluk için yapılmayan genel bir tahkim anlaşması da taraf iradelerinin açık olmadığı şeklinde değerlendirilmektedir³⁹.

³² Esnetilmiş yazılılık şekli hakkında bkz. Ali Yeşilirmak, “Tahkim Sözleşmesinin Hazırlanması”, XII. Milletlerarası Tahkim Semineri, 27.12.2014, s. 9.

³³ Yazılılık hakkındaki bu düzenleme, Uncitral Model Kanun’dan esinlenilerek getirilmiştir. TBK m.14’te yazılılık için aranan imza şartı burada her zaman aranmamaktadır.

³⁴ Mahmut T. Bırsel ve Ali Cem Budak, “Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?”, Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Tahkim Örneği -Cilt I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1997, s.175.

³⁵ Bu durumda elektronik posta ile tahkim anlaşmasının yapılabileceği kabul edilmelidir.

³⁶ Selçuk, s. 106-107.

³⁷ “...Tahkim anlaşmasının kurucu unsuru uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması olup, bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir.” Yargıtay 15 HD, 2014/2153 E., 2015/918 K., 23.02.2015 tarihli karar için bkz. Selçuk, s.108, dpn. 464.

³⁸ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 3.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 98 vd.; Selçuk, s. 112-113. Ayrıca bkz. Yargıtay 15 HD, 2016/4735 E., 2017/259 K., 23.01.2017 tarihli karar için <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

³⁹ Akıncı, s. 111; Ulukuş Bulut, s. 112.

Tahkim sözleşmesinin irade sakatlığı nedeniyle geçersizliği veya iptali TBK hükümleri kapsamında incelenir⁴⁰.

Sözleşmeyi geçersiz kılacak hallerden biri de taraf ehliyetsizliğidir. Tahkim yoluna başvurulmasını öngören bir tahkim şartı veyahut ayrı bir tahkim sözleşmesi imzalanması durumunda, bu sözleşmenin geçerli hukukî sonuç doğurabilmesi için öncelikle anlaşma taraflarının sözleşme yapma ehliyetine, bir başka ifadeyle TMK m.9'a göre fiil ehliyetine⁴¹ sahip olmaları veya temsil hükümlerine⁴² uygun olarak özel yetkiyle yetkilendirdikleri bir temsilci aracılığıyla bu sözleşmeyi yapmaları gerekir (HMK m.74)⁴³. Tahkime özel yetkisi bulunmayan bir vekaletname ile vekil tayin edilen kişi, müvekkili adına tahkim sözleşmesi yapamaz⁴⁴. Yetkisiz yapılan tahkim sözleşmeleri geçersiz olur. Vasi veya kayyumun tahkim sözleşmesi yapabilmesi ise vesayet makamının iznine bağlıdır (TMK m.462/I-8). Taraflardan birinin ehliyetsiz veya yetkisiz olması durumunda, tahkim anlaşması kesin hükümsüzlük ile sakat olur ve bu hükümsüzlük hali, iptal davası neticesinde ortaya konulmaktadır.

Tahkim şartının içinde yer aldığı esas sözleşmenin geçersiz olması, kural olarak, tahkim sözleşmesinin de geçersiz olduğu sonucunu doğurmayacağından

⁴⁰ Bu husus, Alangoya tarafından ayrıntılı bir biçimde şöyle izah edilmektedir: “...Tahkim sözleşmesi veya şartı, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde etkileyen nedenlerden Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddeleri tahkim sözleşmelerinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. ...Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğer taraf üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasını veya tamamını seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir.” bkz. Alangoya, s.86.

⁴¹ TMK m.10'a göre, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Erginlik 18 yaşın doldurulmasıyla başlar. Tahkim sözleşmesinin taraflarından birisinin fiil ehliyetine sahip olmaması o sözleşmenin butlanını gerektirir (TMK m.15).

⁴² Şirketler hukukunda temsil için TTK m.223, m.308, m.565, m.371 ve m.629; Gemi kaptanının temsili için TTK m.1300; ticari temsilciler için TBK m.548, m.549, m.551 hükümlerine bakılabilir.

⁴³ HMK m.74, tahkim sözleşmesi yapılması ve tahkime başvuru için özel yetki verilmesini aramaktadır. Avukat, simsar (TBK m.520/II) ve komisyoncu (TBK m.532/II; m.504/III), özel yetki aranan kişiler arasındadır. İngiltere Tahkim Kanunu'nda ise bu hususta ayrıca özel bir yetki verilmesine gerek olmaksızın genel temsil hükümleri çerçevesinde tahkim sözleşmesi yapıp tahkime başvurulabilmektedir; ayrıntılı bilgi için bkz. Karen Maxwell, (England Country Report) Practitioners Handbook on International Arbitration, Ed. by Weigand, 2002, s. 597.

⁴⁴ Yargıtay 4 HD, 6614/4098, 13.09.1965 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

böyle bir itirazda bulunulamaz (HMK m.412/4). Türk hukukunda da kabul edilen ayrılabilirlik (*separability*) ilkesine göre, esas sözleşmeden doğan veya esas sözleşme ile ilgili ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yargılaması yolu ile çözümlenmesini düzenleyen tahkim anlaşmasının geçerliliği, esas sözleşmenin kaderine bağlı kılınamaz ve esas sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir⁴⁵. Ancak istisnaî olarak, tahkim sözleşmesinin esas sözleşme ile ortak kadere tâbi olduğu durumlar da söz konusu olabilmektedir⁴⁶. Örneğin, esas sözleşme yanılma, hile veya korkutma gibi irade sakatlığına konu hallerden biri altında imzalatılmışsa, bu sözleşme geçerli hukukî sonuç doğurmayacağından, sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartının da geçerli ve bağlayıcı olacağından söz edilemez⁴⁷. Bu gibi irade sakatlıkları, tahkim yargılamasında veya iptal davası aşamasında ileri sürülebilir (HMK m.439/2-a). Tahkim sözleşmesinin geçersizliği veya tarafların ehliysiz oluşu nedeniyle iptal edilen tahkim sözleşmesine dayanılarak yeniden tahkim yoluna başvurulamaz⁴⁸.

Burada önemli olan, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürüldüğü an bakımından dürüstlük kurallarına uygun hareket edilip edilmediğidir. İptal davasını açan taraf, tahkim sözleşmesinin karşı tarafının ehliysiz olduğunu biliyor ve buna rağmen tahkim yargılamasına katılıyorsa veya tahkim sözleşmesinin başka bir nedenden dolayı geçersiz olduğuna dair tahkim yargılaması boyunca bir itirazda bulunmamışsa ve fakat hakem kararı aleyhine çıktıktan sonra iptal davası açarak bu geçersizliği ileri sürüyorsa, davacı tarafın TMK m.2 anlamında dürüstlük kurallarına uygun hareket ettiğinden bahsedilemez⁴⁹. Çelişkili davranış oluşturan hallerde davacı tarafın,

⁴⁵ Tahkim anlaşmasının müstakil bir sözleşme olduğu hakkında bkz. Mustafa Erkan, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınevi, 2013, s.82; ayrıca YHGK 2011/11-742 E., 2012/82 K., 22.02.2012 tarihli karar: “...Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klorları içinde geçerlidir. Bu sebeple tahkim klorunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz.” için bkz. Selçuk, s. 115, dñn. 487.

⁴⁶ Ekşi, s. 106; ehliysizlik bu hallerden biridir.

⁴⁷ Özbay ve Korucu, s. 228; Alangoya, s. 96, Nevhis Deren Yıldırım, “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 2007, s. 53.

⁴⁸ Ulukuş Bulut, s. 116.

⁴⁹ Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.III, 15.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.2743. Selçuk ise buradaki hukukî dayanağın TMK m.2

tahkim sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen buna muvafakat ederek tahkim yargılamasına katılmış olması nedeniyle sonradan ileri sürdüğü geçersizlik itirazı itibar görmez⁵⁰. Ancak yargılama sırasında sözleşme tarafının ehliyetsizliği ve sözleşmenin geçersizliğine dair itirazda bulunulmuş olmasına rağmen bir sonuç alınamamışsa, aleyhine karar verilen tarafın bu itirazını iptal davası açarak ileri sürmesi halinde kararın iptal edilmesi mümkün olabilir⁵¹.

2. Hakem veya Hakem Kurulunun Seçiminde Sözleşmede Belirlenen veya Kanunda Öngörülen Usûle Uyulmaması (439/2-b)

Taraf iradelerine üstünlük tanıyan tahkim yargılamasının başlayabilmesi için hakem seçiminin gerçekleştirilmiş olması gerekir (HMK m.426/1). Hakem seçiminde taraflar arasında eşitlik sağlanmalıdır⁵². Hakem mahkemesinin seçim usûlü taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği gibi, böyle bir kararlaştırma yoksa Kanun'un 416'ncı maddesinde öngörülen usûl uygulanır. Buna göre, tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından atanır. Heyet şeklinde üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem ataması yapılır. Üçüncü hakem, hakem mahkemesi başkanı olarak görev yapar. Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler, taraflarca eşit sayıda belirlenir. Hakem mahkemesinin birden fazla kişiden oluşması hâlinde, en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır (HMK m.416/1)⁵³.

Hakemlerin seçim usûlünü kararlaştırmış olmalarına rağmen; taraflardan biri sözleşmeye uymazsa, kararlaştırılmış olan usûle göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri

veya HMK m.409 olmayıp HMK m.412/3 olması gerektiğini savunmaktadır; bkz. s. 105.

⁵⁰ Bu yönde Yargıtay 19 HD, 1995/6153 E., 1996/610 K., ve 1995/6154 E., 1996/611 K., 26.01.1996 tarihli kararlar için bkz. Akıncı, s. 280.

⁵¹ Sibel Özel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayınları, 2008, s.86.

⁵² Özbay ve Korucu, s. 230; Ulukuş Bulut, s. 119.

⁵³ 5 yıllık kıdemin hukukçularda hangi tarihten itibaren başlayacağı konusunda belirsizlik bulunması hakkında ve hükmün eleştirisi için bkz. Pekcanitez, İptal Sebepleri, s. 734.

gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa veya hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından atama usûlüyle hakemler belirlenir. Mahkemenin, verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usûl uygulanır (HMK m.416/2). Hakem sekreterinin tarafsızlığı da aynı hükümlere tâbidir⁵⁴.

Taraflarca belirlenen usûle uyulmamasının bir iptal sebebi olarak düzenlenmesi, tahkim yargılamasında taraf iradelerinin ön planda olmasından kaynaklanmaktadır. Taraf iradelerine öncelik verilmiş, ancak taraflar bu öncelik hakkını kullanmamışlarsa, bu defa HMK'nın emredici hükümleri uygulanır ve emredici hükümlere aykırı bir usûlün uygulanması yine iptal sebebi oluşturur⁵⁵. Taraflarca sözleşmede hakemlerin niteliklerinin belirlenmiş olması halinde atamanın buna aykırı yapılmış olması da iptal sebebidir⁵⁶. Üç kişilik bir hakem heyetiyle yargılama öngörülmüşken tek hakem atanması örnek bir iptal sebebi oluşturur⁵⁷. Hakemlerin seçiminde öngörülen uzmanlık alanlarına göre atanmaması da iptal sebebi olabilir⁵⁸.

Seçilen hakemlerden birinin tahkim yargılaması sırasında herhangi bir sebeple görevine devam edemeyecek hale gelmesi durumunda⁵⁹, bazı yazarlarca tahkimin sona ereceği belirtilse de⁶⁰ HMK m.421 hükmünde bu gibi durumlarda taraflara yeni hakem seçimi imkânı getirildiği ve böylece tahkim yargılamasının devamının amaçlandığı görülmektedir. Hakemin görevinin sona ermesi halinde tahkim yargılamasının da sona ereceği ancak m.421/3 hükmü kapsamında belirtilebilir. Hükme göre; tahkim sözleşmesinde hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu

⁵⁴ Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2749.

⁵⁵ Özbay ve Korucu, s.230.

⁵⁶ Pekcanitez, İptal Sebepleri, s. 735 vd; Selçuk, s. 117.

⁵⁷ Hakem sayısının HMK m.415/1'de belirlenen tek sayıda hakem belirleme kuralına ilişkin görüşler ve kuralın aksine çift sayıda hakemin belirlenmiş olması durumunda nasıl yorum yapılabileceği hakkında bkz. Selçuk, s. 119 vd.

⁵⁸ Pekcanitez ve Yeşilırmak, s. 2747.

⁵⁹ Bir ceza kovuşturması neticesinde hakem hakkında hapis kararı verilmesi buna örnektir.

⁶⁰ Turgut Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2010, s. 133; Ulukuş Bulut, s. 117.

ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde, tahkim de sona erer.

3. Kararın Tahkim Süresi İçinde Verilmemiş Olması (439/2-c)

Tahkim yargılmasının tercih edilme nedenlerinden belki de en önemlisi, yargılamanın hızlı bir şekilde sona erdirilmesi gerekliliğinin Kanun ile güvence altına alınmış olmasıdır⁶¹. Kanun'da belirlenen süre 1 (bir) yıldır (HMK m.427/1). Bu süre, tarafların devlet yargısına başvurma olanağını kaçırmaması bakımından kamu düzenine ilişkin bir husus olarak kabul edilmektedir ve kural olarak bu süre geçtikten sonra hakem mahkemesi tarafından yapılan işlemlerin ve hakem kararının iptal edilmesi gerekir⁶².

Tahkimin ne zaman başlayacağı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir; ancak böyle bir kararlaştırma yoksa, bir yıllık yargılama süresi HMK m.427'de belirtilen şekilde başlar. Buna göre bir yıllık süre, tek hakemli davalarda hakemin seçtiği, heyet halinde görev yapılacak davalarda ise hakem heyetinin ilk toplantı tutanağını düzenlediği, diğer bir ifadeyle hakemlerin ilk defa bir araya gelerek yargılamaya başladığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu süre, tarafların anlaşması veya anlaşamamaları halinde taraflardan birinin mahkemeye başvurmasıyla mahkemece uzatılabilir. Hakem mahkemesinin süre uzatımına dair karar verme yetkisi yoktur⁶³.

Bir yıllık yargılama süresinin geciktirilmemesi, yargılama ile elde edilmek istenen faydanın sağlanması bakımından son derece önemlidir. Ancak uygulamada, bilirkişi raporlarında veya delillerin toplanmasında yaşanan beklemeler, uyuşmazlığın zorluğu, tarafların ve hakem heyetinin tahkim tecrübeleri ile tahkime yaklaşımları gibi sebeplerle tahkim yargılmasının süresinde bitirilemediği ve süre uzatımı alındığı görülmektedir. Uzayan tahkim neticesinde verilen karar hakkında iptal davası açıldığında ve bu dava neticesinde verilen kararın bir de temyize götürülmesi halinde, tahkim

⁶¹ Kemal Dayınlarlı, "Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, 1986, s. 777. Rasih Yeğencil, Tahkim (L'arbitrage), Cezaevi Matbaası, 1974, s. 306.

⁶² Alangoya, s. 205; Pekcantez ve Yeşilırmak, s. 2754; Akıncı, s. 178; Kalpsüz, s. 68; Dayınlarlı, Bozma Sebepleri, s. 784; Özbay ve Korucu, s. 231; Ulukuş Bulut, s. 120, 123. Ayrıca Yargıtay 15 HD, 4207/6858, 13.12.2010 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020; Yargıtay 15 HD, 5159/920, 04.03.1976 tarihli karar için bkz. Özbay ve Korucu, s. 161, dpn. 657.

⁶³ Akıncı, s. 183; Kalpsüz, s. 71; Ekşi, s. 185; Dayınlarlı, Bozma Sebepleri, s. 788; Özbay ve Korucu, s. 162; Selçuk, s. 161.

yargılmasının sona ermesi üç-dört yıllık bir süre zarfına yayılabilmektedir. Bu anlamda, Kanun'un iptal sebebi olarak düzenlediği 439/2-c bendinin pratikte önemli bir etkisi bulunmadığı ifade edilebilir⁶⁴.

4. Hakem veya Hakem Kurulunun Kendi Yetkisini Tayin Ederken Hukuka Aykırı Karar Vermesi (Kompetenz - Kompetenz Prensibi⁶⁵) (439/2-ç)

HMK madde 422'ye göre hakem mahkemesi, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Hakem mahkemesinin kendi yetkisine kendisinin karar vermesine *kompetenz- kompetenz*⁶⁶ kuralı denilmektedir⁶⁷. Hakemlerin sahip olduğu bu yetki, tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsızlığıyla yakından ilgilidir⁶⁸. Hakem mahkemesi, kendi yetkisini belirlerken tahkim sözleşmesine göre tâbi olduğu hukuk uyarınca karar vermelidir.

Hakemler, hakemlik görevini şahsen ifa ile zorunlu olduklarından vekaletname ile yerlerine bir başkasının hakemlik görevini yürütmesine izin veremezler⁶⁹. Hakemin yetkisine itiraz edilecekse bu itirazın derhal⁷⁰ yapılması gerekir ve hakem mahkemesi tarafından ivedilikle bir ön sorun olarak incelenerek karara bağlanır. Hakem mahkemesi yetkili olduğuna karar verirse tahkim yargılmasını sürdürür. Hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar veren hakem mahkemesinin bu kararı bir iptal sebebidir.

⁶⁴ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s. 2754-2755. Kararın mutlaka bir yıllık süre içinde verilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Özbay ve Korucu, s. 161 vd.; Ulukuş Bulut, s. 120 vd.

⁶⁵ *Competence-competence*.

⁶⁶ Bu kavram, Alman Hukukundan Türk hukukuna geçmiştir.

⁶⁷ Kerem Ertan, Deniz Hukukunda Londra'da Tahkim, Beta Yayınevi, 2011, s.77; Leyla Keser Berber, "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin Yayınları, 2001, s.123; Recep Çakrak, "Kompetenz-Kompetenz Prensibi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 31, Yıl 2017, s.659.

⁶⁸ Âlim Taşkın, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, Y. 1997, s. 179; Akıncı, s. 161; Kalpsüz, s. 76; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s. 2678; Ulukuş Bulut, s. 125; Selçuk, s. 167.

⁶⁹ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, s.1249; Özbay ve Korucu, s. 232.

⁷⁰ İtirazın yapılmasındaki gecikmenin haklı bir nedenden kaynaklanması durumunda tahkim yargılmasının sonuna kadar yapılacak taraf itirazı kabul edilebilir. İtirazın zamanı ve farklı görüşler için bkz. Selçuk, s.169 vd.

Yargılama süresi içinde yetkiye dair verilen bu karara karşı uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi beklenmeden iptal davası açılmalıdır⁷¹. Nitekim tahkim yargılaması sırasında hakemlerin yetkisine itiraz etmeyen tarafın, dava sonuçlandıktan sonra iptal davası açarak yetki itirazında bulunması mümkün olmayacaktır⁷².

5. Hakem veya Hakem Kurulunun Yetkisini Aşarak Tahkim Sözleşmesi Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi veya Talebin Tamamı Hakkında Karar Vermemiş Olması (439/2-d)

HMK m.439/2-d bendinde bir iptal sebebi olarak düzenlenen yetki aşımı, hakem mahkemesinin tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi (*ultra petita*) veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi (*infra petita*) ya da yetkisini aşması (*extra petita*) halleri olarak kabul edilmektedir⁷³.

⁷¹ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2756. Uncitral Model Kanun'da ise, yetkisizlik itirazı üzerine hakem mahkemesinin itirazı bir ön sorun olarak inceleyebileceği gibi, esasa ilişkin kararında da hükme bağlayabileceğinin kabul edildiği hakkında bkz. Taşkın, s.179. Ulukuş Bulut'a göre, hakem mahkemesinin hukuka aykırı olarak yetkili olduğuna karar vermesi halinde yargılama devam edeceğinden, bu karara karşı ancak yargılamanın sona ermesi halinde iptal davası açılabilir; yetkisizlik kararına karşı ise derhal iptal davası açmak gerekir. Görüş için bkz. Ulukuş Bulut, s.126-128. Yetkiye ilişkin olarak verilen kararın kısmî nihai karar olup olmadığı yönünde öğretide iki farklı görüş yer almaktadır. Bir görüşe göre; hakem mahkemesince verilen yetkiye, zamanaşımına, sözleşmenin geçerliliğine, tarafların sorumluluğuna ve uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kararlar, kısmî nihai kararlardır ve bunlar, yargılama sonunda verilecek kararın iskeletini oluşturmak için öne çıkan sorunları kesin bir şekilde çözmek için verilen kararlardır (Bu görüşün Fransız hukukunda geçerli olduğu ve Türk hukuku bakımından kabul edilemeyeceği yönünde bkz., Bilgehan Yeşilova, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, 2008, s. 472; Selçuk, s.38). Türk hukukunda kabul gören diğer görüş ise hakem mahkemesince verilerek kararların nihai ve ara kararlar şeklinde sınıflandırılması gerektiğini, nihai kararların kendi içinde tam ve kısmî olmak üzere ikiye ayrıldığını, kısmî nihai kararda hakem mahkemesinin esas talepten önce karara bağlanması gereken meseleleri değil, davacının talep sonucunun bir kısmını sonuçlandırarak karara bağladığını ortaya koymaktadır. Bu bakımdan yetkiye, zamanaşımına, sözleşmenin geçerliliğine, tarafların sorumluluğuna ilişkin kararların birer kısmî nihai karar olmayıp genel olarak birer ön (ara) sorun olduğu ifade edilmektedir (Görüş için bkz. Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2737; Yeşilova, s.470; Selçuk, s.38)

⁷² Ulukuş Bulut, s.128.

⁷³ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2756; Akıncı, s.301; Dayımlarlı, Bozma Sebepleri, s.790. İngiliz hukukunda, hakem mahkemesinin yetkilerini aşması ciddi bir usulsüzlük olarak görülmekte ve bu şekilde hakem kararlarına karşı itiraz etme imkânı tanınmaktadır; İngiliz Tahkim Kanunu m.68/2-b için bkz. Arbitration Act 1996. İtalyan hukukunda ise hakemlerin yetki aşımında bulunması halinde, tarafların yargılama esnasında itiraz etmiş olması kaydıyla yargılama sonunda hakem kararının iptalini talep edebileceği kabul edilmektedir; İtalyan hukuku için bkz. Özbay ve Korucu, s.235, dpn. 937.

Hakem mahkemesinin yetkisi, tahkim sözleşmesinde yer alan uyuşmazlık konusu ve uyması kararlaştırılan kurallar ile sınırlıdır⁷⁴. Bu sınırların dışına çıkarak hüküm kurması iptal sebebidir⁷⁵. Bu sebeple, taraflar arasında birden fazla uyuşmazlık bulunsa bile hakem mahkemesi, sadece tahkim yargılamasına konu edilen uyuşmazlık kapsamında karar verebilir⁷⁶. Aksi halde, hakem mahkemesinin yetkisini aştığı kısım, karardan ayrılabilen bir kısım ise kısmen iptal edilebileceği gibi, ayrılamaması durumunda kararın tümünün iptal edilmesi de gündeme getirilebilir⁷⁷.

Hakem mahkemesi, taleplerin tümü hakkında karar vermelidir⁷⁸. Nihai kararlar, talebin tamamen veya kısmen kabulü veya reddi şeklinde olabilmektedir⁷⁹. Hakem veya hakem kurulu, kendisine sunulan uyuşmazlığın tamamını değil, sadece bir kısmını karara bağlayacak şekilde kanaat açıklamışsa, kısmî (nihai) karar; buna karşılık, kendisine sunulan uyuşmazlığın tamamını (tümüyle) çözüme kavuşturacak şekilde kanaat açıklamışsa, tam karar söz konusudur⁸⁰. Uyuşmazlığın tümü hakkında değil de bir kısmı

⁷⁴ Turgut Kalpsüz, “Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri”, Yargıtay’ın 128’inci Ankara Üniversitesi’nin 50’nci Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 70’inci Kuruluş Yıldönümü- Ortak Bilimsel Toplantı, 23-24 Mayıs 1996, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 524, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No: 39, 1997, s. 125; İbrahim Özbay, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınevi, 2004, s. 186; M. Serhat Sarısözen, Medeni Usûl Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı, 2005, s. 40; Üstündağ, s. 972; Kalpsüz, s. 136; Dayınlarlı, Bozma Sebepleri, s. 792; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s. 2756.

⁷⁵ Alangoya, s. 208; Kalpsüz, s. 136; Özbay ve Korucu, s. 232.

⁷⁶ Örnek olarak; taraflar arasında şirketin feshi ve tasfiyesi davası için tahkime başvurulmuşsa, hakem mahkemesi şirketin ayrıca zarara uğratılmış olmasıyla ilgili tazminat kararı veremeyecektir. Aynı şekilde, yoksun kalınan kâr nedeniyle tahkime gidildiğinde, hakem mahkemesi ayrıca sözleşmede yer alan cezai şart hükmünün de uygulanmasına karar veremeyecektir. Ayrıca bkz. Pekcanitez ve Yeşilirmak, s. 2757; Akıncı, s. 246; Kalpsüz, s. 136.

⁷⁷ Akıncı, s. 284; Ulukuş Bulut, s. 130.

⁷⁸ Hakem mahkemesi, uyuşmazlıkların bir kısmına veya tamamına ilişkin karar verebileceği gibi yargılamanın devamını sağlayan usûlî kararlar da verebilir. Kısmî nihai hakem kararı ve tam nihai hakem kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Bahadır, Medeni Usul Hukukunda Kısmî Karar, Yetkin Yayınları, 2018; Yeşilova, s. 469; Selçuk, s. 36 vd.

⁷⁹ Yeşilova, s. 469; Selçuk, s. 36.

⁸⁰ Kısmî kararlar belirtilmek istenen, talebin kısmen kabulü kısmen reddine ilişkin verilen karar demek değildir. Kısmî kararlar, bazı istemlerin hükme bağlanması uzun süren bir araştırma ve incelemeyi gerektirecekse, bu nedenle diğer istemlerin hükme bağlanmasını geciktirmeden, onların azar azar (bölüm bölüm) hükme bağlanması imkânı verilmektedir. Buna göre, kısmî karar, talep sonucu ve buna uygun olarak dava malzemesi bölünebilir ve bölünebilen nitelikteyse söz konusu olur. Kısmî karar, içeriğine göre, hükmün geri kalan

hakkında karar verilmesi veya karşı dava hakkında karar verilmemesi⁸¹ halleri de iptal sebebi olabilir. Örneğin, anapara alacağına karar verilmiş olmasına rağmen faize karar verilmemesi⁸² veyahut ticarî avans faizi talep edilmiş olmasına rağmen yasal faize hükmedilmesi, kanunî vekâlet ücretine hükmedilmemesi⁸³ halleri sayılabilir. Bu gibi durumlarda, taraflardan her biri, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla karara bağlanmayan talebi hakkında tamamlayıcı karar verilmesini isteyebilir (HMK m.437/4).

Hakem mahkemesinin yetki aşımı, genel olarak tahkim sözleşmesi kapsamı dışında kalan bir konuda, talebi aşar bir şekilde karar verilmesi şeklinde kendini gösterir⁸⁴. Hakemlerin talepten fazlaya hükmetmesi⁸⁵ ya da faiz talep edilmemesine rağmen faize de karar vermesi⁸⁶, alacağın davalılardan müteselsilen tahsili talep edilmemiş olmasına rağmen davalıların müteselsilen ödemeye mahkûm edilmesi⁸⁷ buna örnek gösterilebilir. Malın aynen teslimi dava edilmişse bunun yerine tazminata hükmedilmesi kararı da böyledir⁸⁸.

kısımından bağımsız olmalıdır. Kısmî karar, değindiği konularda nihaî olmakla birlikte, tahkimin tamamen sona ermesi sonucunu doğurmaz. Konu hakkında bkz. Umar, s.1238; Selçuk, s.36-37.

⁸¹ Kuru, C.VI, s. 6101-6102; Dayınlarlı, Bozma Sebepleri, s. 793; Ulukuş Bulut, s. 130.

⁸² Yargıtay 15 HD, 2010/7197 E., 2011/2857 K., 11.05.2011 tarihli karar için bkz. Ulukuş Bulut, s. 131, dpn. 352. Yargıtay 11 HD, 737/1315, 11.04.1974 tarihli karar için bkz. Özbay ve Korucu, s. 233, dipnot 929. Aynı yönde bkz. Dayınlarlı, Bozma Sebepleri, s. 791.

⁸³ Yargıtay 15 HD, 5570/689, 23.02.1976 tarihli karar için bkz. Kalpsüz, s.39. YTD. 2390/2224, 25.09.1958 tarihli karar için bkz. Dayınlarlı, Bozma Sebepleri, s.793.

⁸⁴ Yargıtay 15.HD. 2010/7197 E., 2011/2857 K., 11.05.2011 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020. Davalı tarafın zamanaşımı def'inde bulunmamasına rağmen hakemlerin zamanaşımını kendiliklerinden nazara almalarının talep aşılması niteliğinde olduğu hakkında; Yargıtay 11 HD, 9171/7869, 26.12.1988 tarihli karar için bkz. Kuru, C.VI, s. 6098. Yoksun kalınan kâr ile ilgili tahkime gidileceği kararlaştırılmış olmasına karşın hakem mahkemesinin cezai şarta ilişki de hüküm kurmasının yetki aşımı olduğu hakkında bkz. Akıncı, s.301; Ulukuş Bulut, s.132.

⁸⁵ YTD 3887/3146, 19.10.1964; YTD 1899/4585, 14.06.1971; YHGK 708/93, 16.02.1972; Yargıtay 15 HD, 2519/485, 08.03.1983 tarihli kararlar için bkz. Kuru, C.VI, s. 6096 vd.

⁸⁶ Yargıtay 15 HD, 277/317, 06.12.1973; Yargıtay 15 HD, 68/212, 13.11.1973 tarihli kararlar için bkz. Kuru, C.VI, s. 6095-6096. Bu yönde ayrıca bkz. Özbay ve Korucu, s. 235; Kalpsüz, s. 137; Akıncı, s. 285; Alangoya, s. 210. Tam tersi olarak faiz talep edilmiş olmasına rağmen faize hükmedilmemiş olması da buna örnek gösterilebilir. Bu yönde bkz. Dayınlarlı, s. 796; Sarısözen, s. 107; Selçuk, s.191; Özbay ve Korucu, s.233; Kuru, C.VI, s. 6101; Alangoya, s. 211.

⁸⁷ Yargıtay 15 HD, 68/212, 13.11.1973 tarihli karar için bkz. Kuru, C.VI, s.6095-6096.

⁸⁸ YHGK T/711-1212, 19.12.1973; Yargıtay 11 HD, 18.10.1988 tarihli kararlar için bkz. Kuru, C.VI, s. 6096-6097, 6112. Ayrıca bkz. Ulukuş Bulut, s. 132.

Yoksa hakemlerin maddî hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığının denetimi yetki aşımı kapsamında değerlendirilen bir mesele değildir⁸⁹.

Hakem mahkemesinin taraflarca belirlenen usûl ve esaslar dairesinden çıkararak vermiş olduğu kararlar da bu kapsamda incelenir⁹⁰. Hakem mahkemesi, taraflarca açıkça maddî hukuk kurallarına göre karar verileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen maddî hukuk kurallarını uygulamadan karar verirse yetkisini aşmış olur⁹¹. Kararın gerekçeli olma zorunluluğu, bu anlamda örnek gösterilebilir. Taraflar açıkça yetkili kılmış olmadıkça hakem mahkemesi, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar veremez (HMK m.433/3); kararını hukukî gerekçeyle birlikte vermek durumundadır⁹². Aksi halde, hak ve nısfete göre karar verebileceği yönünde açıkça yetkilendirilmeyen hakem mahkemesi bu şekilde karar verirse, yetkisini aşmış olacağından kararın HMK m.439/2-d hükmü gereğince iptali istenebilir⁹³.

Yetki aşımına dair bir diğer örnek, hakem mahkemesinin teknik uzmanlık gerektiren bir konuda bilirkişi incelemesi deliline başvurduktan sonra, bilirkişi incelemesi sonuç raporunu değerlendirmeye almaksızın takdiren karar vermesi olarak gösterilebilir. Nitekim HMK'nın 266'ncı maddesi uyarınca hâkimin/hakemin özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir halin varlığına kanaat getirmesi durumunda, kural olarak, bilirkişi incelemesinden kaçınamayacağı kabul edilmektedir⁹⁴. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, çözümü özel ve teknik

⁸⁹ Bkz. madde 439 gerekçesi.

⁹⁰ Akıncı, s.287; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2012, s. 1766; Özbay ve Korucu, s. 234.

⁹¹ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s. 2757; Sarısözen, s. 104; Özbay ve Korucu, s.234; Selçuk, s. 198. Aksi görüş için bkz. Kalpsüz, Temyiz Sebepleri, s. 37.

⁹² YHGK. 1995/15-1114 E., 1996/302 K., 24.04.1996 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

⁹³ Yavuz Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim, Adalet Yayınevi, 2015, s.181; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2757; Özbay ve Korucu, s.235; Sarısözen, s.104; H. Yavuz Alangoya, "Medeni Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V - Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, 2006, s. 45.

⁹⁴ Bu konuda genel olarak bkz. Hatice Seval Arslan, Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ve Bağlayıcılığı, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s. 5 vd.; Umar, s.759; Üstündağ, s.744; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usûl Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Yayınları, 2011, s. 360.

bilgi gerektiren hallerde hakem mahkemesinin bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiğini, bu konuda takdir hakkının ise bulunmadığı görüşündedir: “...gibi konular tümüyle özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği gibi, yabancı para birimiyle ödenecek iş bedelinin gecikerek ödenmesi nedeniyle temerrüt faizinin, uzatılan süre nedeniyle eskalasyon katsayısının ve buna göre hesaplanan fiyat farkının, yine uzatılan sürede yabancı süpervizörlere yapılması gereken ek ödemenin hesabının da özel bilgiyi gerektiren konular olduğu gözetilerek bu konularda uzman bilirkişilerden rapor alınarak taraflara bilirkişi raporuna karşı itiraz imkanı da verilip gerektiğinde, itiraz edilen konular hakkında ek bilirkişi raporları alınarak Yargıtay denetimine elverişli şekilde dayanakları gösterilmek suretiyle hüküm kurulması gerekirken, hukukçulardan oluşan hakem heyetince, hiçbir bilirkişi incelemesi yaptırılmadan dava ve karşı dava konusunda hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...”⁹⁵.

Taraflar, bilirkişi raporundaki teknik tespit ve hesaplamalara rağmen hakem mahkemesinin taktiren karar verebileceği hususunda mahkemeye açık yetki vermiş olabilir; ancak böyle bir yetki yoksa hakem mahkemesi, bilirkişi raporundaki teknik tespit ve hesaplamalar ile bağlı olmalıdır. Aksinin kabulü halinde, bilirkişi incelemesine başvurmanın bir anlamı ve faydası kalmaz.

Kanun koyucu, meselenin çözümü için gerekli olan özel ve teknik bilgi için bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiğinin taraflarca öngörülmesi ve hakem mahkemesinin de bu kaniya ulaşarak bilirkişi incelemesine başvurması durumunda, bu meseleyi hakem mahkemesinin sahip olduğu genel ve hukukî bilgiyle çözemeyeceğini, hakem mahkemesinin inceleme için gerekli olan teknik uzmanlığa sahip olmadığını taraflarca ve hakem heyeti tarafından önceden kabul edildiğini benimseyerek bilirkişi raporu sonucunda elde edilecek teknik değerlendirmenin yargılamada esas alınıp alınmayacağına yönelik tereddütleri ortadan kaldırmaktadır.

Özellikle karmaşık bir incelemeyi gerektiren ve hakem heyetinin uzmanlığı dışında kalan bilanço, proje, defter veya hesaplar üzerindeki incelemelerin bilirkişi vasıtasıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁹⁶. Bu

⁹⁵ Yargıtay 15 HD, 4114/4916, 22.09.1995 tarihli karar için bkz. Kemal Dayınlı, Milli Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlı Yayıncılık, 1994, s.74 ve Selçuk Öztekin, “Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usûlü”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009, s.346.

⁹⁶ Bu konuda Yargıtay 13 HD, 11780/18059, 06.12.2005; Yargıtay 11 HD, 13396/10151, 21.10.2004 tarihli karar metinleri için bkz. Yılmaz (2012), s. 1184-1185.

konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, şirketin mali durum tespitinin teknik bir mesele olması nedeniyle bilirkişi incelemesine başvurunun zorunlu olduğunu, bunun aksinin usûle etkili bir bozma sebebi addedildiğini belirtmektedir⁹⁷. Bilirkişi incelemesine başvurunun kanun yolu denetimiyle zorunlu tutulduğu hallere ilişkin Yargıtay yaklaşımı da dayanağını HMK'nın 266'ncı maddesinde bulmaktadır.

Aynı şekilde, bilirkişi incelemesi yaptırılmış olmasına rağmen bilirkişi raporunun kabul edilmemesi halinde, bunun gerekçesi açık, somut ve yeterli bir şekilde gösterilmedikçe bu durum, devlet yargısında usûlden bozma sebebi teşkil etmektedir (HMK. m.297)⁹⁸. Burada esas olan keyfi bir değerlendirmenin önüne geçmektir. Nitekim bilirkişi raporunu takdir yetkisi bağımsız bir yetki olmayıp bu yetkinin kanuna, akla veya işin icabına uygun bir gerekçeye dayandırılması zorunludur⁹⁹. Tartışılması gereken ise tahkim mahkemesinin takdir hakkının objektif tespitlerin önüne geçip geçemeyeceği meselesidir. Hakem mahkemesinin takdir yetkisinin kapsamı, hükümde dayanmadığı nesnel verileri ölçebilecek yeterlilikte olmalıdır. Hakem mahkemesinin bilirkişiye başvurma nedeni de uzmanlık alanı dışında kalan bir konuda nesnel tespitler içeren bir rapor alma arzusudur. Bu durumda rapor hakkında takdiren değerlendirme yapması, uzmanı olmadığını peşinen kabul ettiği bir konuda yorum yapması anlamına gelir¹⁰⁰.

Görüşümüze göre, hakem mahkemesinin inceleme konusu hakkında yeterli tecrübe ve bilgiye sahip olmaması nedeniyle bilirkişi raporunu her durumda içerik yönünden denetleme ve gerekçelerini göstererek eleştirme olanağı bulunmamaktadır. Aynı yönde Kalay, özel ve ihtisas kişi olarak tanımlanması nedeniyle bilirkişinin düşünce ve tespitlerinin sonucu etkileyeceğini kabul etmek gerektiğini ifade etmekte¹⁰¹, Mavioğlu ise

⁹⁷ YHGK. 292/270, 14.11.2007 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20.12.2020.

⁹⁸ Toraman, s.651.

⁹⁹ Mustafa Reşit Belgesay, Kanunî ve Takdiri Deliller ve Temyiz Mahkemesinin Delilleri Tetkiki, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, 1938, s.17.

¹⁰⁰ S. Mücahit Tanverdi, Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişilik, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1991, s. 121; Saim Üstündağ ve S. Mücahit Tanverdi, "Alman Usûl Hukukunda Bilirkişilik", Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125.Yıl Dönümü, 1992, s. 29 ve ayrıca s. 11'de naklen: "Bilirkişiye madem ki hâkimde eksik olan bilgileri elde etmek üzere başvurulmaktadır; o halde hâkim nasıl olur da verilen bu bilgileri takdir edebilir?"; Barış Toraman, Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınları, 2017, s.319.

¹⁰¹ Ali Kalay, "Bilirkişilik Kurumu, Fayda ve Sakıncaları", Maliye Dergisi, 1980/43-48, s. 154.

mahkemenin söz konusu olayda yetersiz olduğunu kabul edip bilirkişiye başvurduktan sonra bilirkişi raporunu onaylamayarak kendine uygun bir çözüm geliştiremeyeceğini belirtmektedir¹⁰². Yıldırım'a göre de mahkeme, uzman kişinin sunduğu rapora adeta katılmak zorundadır¹⁰³. Daha ılımlı yaklaşan Karafakih'e göre, mahkeme bilirkişi raporunu serbestçe takdir edebilmelidir, ancak bu takdir hakkı tanık delilini değerlendirmede sahip olduğu kadar serbest olmamalıdır¹⁰⁴. Zira mahkeme, bilirkişiye giderek inceleme yaptırdığı konu hakkında yetersiz bilgiye sahip olduğunu¹⁰⁵ kabul etmiş olduğundan mahkemenin kararını mutlaka tatmin edici bir bilirkişi raporuna dayandırması gerekmektedir¹⁰⁶. Bilirkişi raporu tatmin edici yeterlilikte değilse mahkemenin, ek rapor aldırarak veyahut yeni bir bilirkişi veya heyetten rapor aldırarak çelişkinin giderilmesini sağlaması gerekir¹⁰⁷. Yerleşik Yargıtay uygulaması

¹⁰² Oral Mavioğlu, “Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1970/1-4, s. 384. Ayrıca bkz. Hasan Köroğlu, Uygulamada ve İctihatta Bilirkişilik, 1995, s.37.

¹⁰³ Kâmil Yıldırım, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, 1990, s. 205.

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. Necip Bilge, Medeni Yargılama Hukuku, 2.Baskı, 1967, s. 485.

¹⁰⁵ Her özel veya mesleki tecrübe kuralının edinilmesi ve ilgili olduğu alanda doğru kullanılmasının, arkasında uzun yıllara ve tecrübelerle dayanan başka bir meslek dalının deneyimleri yatar. Eksik veya hatalı edinilmiş bilgilerle bu sahada hüküm vermeye çalışmak beraberinde büyük sakıncalar ve yanlışlar getirebilecektir. Yetersiz bir bilgiye sahip olanın, o bilgi sahasında uzman olan kişinin yerine kendisini koymaya çalışması veya o konudaki uzmanın raporunu eksik bilgileri ile değerlendirmeye kalkışmasının doğru olmayacağı ve buna izin verilmemesi gerektiği açıktır: Tanverdi, s.123.

¹⁰⁶ Hakkı Karafakih, Hukuk Muhakemesi Usûlü Esasları, 1952, s.220; Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, 1979, s.229-230; Akil Önder, “Mevzuatımızda Bilirkişi Müessesesi”, Yargıtay 100. Yıl Dönümü Armağanı, 1968, s.532; Bilge, s.485; Karafakih, s.220.

¹⁰⁷ Hasan Duman, “Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Bilirkişi Raporlarının Bağlayıcılığı”, Manisa Barosu Dergisi, 1986/5, s.17; Önder, s.532; Köroğlu, s.37; Kuru, C.III, s.2770; Üstündağ, s.754-755; Tanverdi, s.131, 191; Mavioğlu, s.382; Önen, s.358. Çelişen raporlardan birine göre hüküm kurulmasının bozma nedeni olduğu hakkında bkz. Yargıtay 18 HD, 11867/11154, 28.09.1999 tarihli karar için bkz. YKD. 2000/2, s.248; Yargıtay 10 HD, 1350/3776, 18.4.1995 tarihli karar için bkz. YKD. 1995/9, s.1041; Yargıtay 14 HD, 1215/3767, 16.4.1990 tarihli karar için bkz. YKD. 1990/9, s.1350; Yargıtay 10 HD, 7579/4474, 29.4.1993 tarihli karar için bkz. YKD. 1993/12, s. 1827. Bilirkişi incelemesinin çelişkiyi gidermek üzere gerekirse 5.defa yapılması gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 9 HD, 13141/27782, 29.04.1975 tarihli karar için bkz. Kuru, C.III, s.2777 vd. Aynı yönde Yargıtay 15 HD, 2006/4403 E. 2007/5430 K., 18.09.2007 tarihli karar; “...1. ve 2. Bilirkişi raporları çelişkili olduğu ve çelişkinin giderilmesi için HUMK'nın 284. Maddesine göre oluşturulacak yeni bir kurul marifetiyle inceleme yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır...” için bkz. Cenk Akil, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 3, Yıl 2011, s.709, dpn. 38.

da bu yöndedir¹⁰⁸. Mahkeme, özel veya teknik konularda şahsi bilgisiyle kendisini bilirkişilerin yerine koyamaz¹⁰⁹. Aynı yönde görüş bildiren Önen de mahkemenin, birkaç bilirkişi incelemesine rağmen bunlara değer vermeden kendi görüşüne göre hüküm vermesi halinde, bilirkişiden görüş sormasına gerek bulunmadığını; ancak mahkeme bunu gerekli bulduğuna göre hükmünü bilirkişinin görüş ve düşüncesi doğrultusunda vermek durumunda olduğunu benimsemektedir¹¹⁰.

Bilirkişi raporu mahkemede yeterli bir kanaat oluşturabilecek yeterlilikte ise mahkemenin yeniden bilirkişiye başvurma zorunluluğu bulunmadığını da belirtmek gerekir. Burada mahkemenin, bilirkişi raporundan elde ettiği kanaati ya da bilirkişi raporunun aksine oluşan kanaatini mutlaka kararında gerekçelendirmesi gerekir. Buradaki takdir hakkı, mahkemenin bilirkişi raporlarını keyfi biçimde değerlendirebilme ve ondan ayrılma yetkisine sahip

¹⁰⁸ YHGK 4-734/766, 24.12.2008 tarihli karar; “Bilirkişi müessesesi tenkit edilebilir. Verdikleri raporlar hukuki çerçevede yok sayılabilir. Ama o müessese kaldığı sürece yeniden rapor alınmasını gerektiren durumlarda, başka bir bilirkişi heyetinden rapor aldırılabilir. Yoksa hâkim bilirkişi heyeti yerine geçirilemez. Özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda da şahsi bilgisine göre kusur belirlemesi sonucu karar vermesi istenilemez. Şimdiye kadarda hukuk dairelerinin tümü bilirkişi incelemesi yapılmasını icap ettiren hallerde bilirkişiden rapor alınmasının şart olduğunu içtihat etmişlerdir.” için bkz. Akil, s.696. Yargıtay 2 HD, 4901/5270 30.5.1989 tarihli karar; “Gerçekten hâkim bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir (m. 286). Bu hükmün amacı, hâkimin uygun görmediği rapor karşısında yeniden bilirkişiden mütalâa almasına veya gerekirse başka bilirkişinin düşüncesine başvurmasına imkân sağlamaktır. Bu itibarla hâkimin bilirkişi yerine geçerek kişisel düşünce ve müşahedelerine dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir.” için bkz. (YKD., 1990/1, s.23). Aynı yönde Yargıtay 20 HD, 11716/6273, 13.07.1993 tarihli karar; “HUMK. 286. maddesinde yazılı, hâkimin bilirkişi görüşü ile bağlı olmadığı kuralının, çözümü için özel veya teknik bilgiye ihtiyaç duyulan hallerde, hâkimin yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmak veya açıklık bulunmayan konularda ek ve tamamlayıcı görüş alabilmek yetkisini haiz olduğu şeklinde anlaşılması gerekir.” için bkz. YKD., 1993/11 s.1708. Ayrıca bkz. Yargıtay 2 HD, 6948/6497, 11.9.1975 tarihli karar için bkz. YKD., 1976/2, s.144; Yargıtay 2 HD, 4901/5270, 30.5.1998 tarihli karar için bkz. YKD. 1998/1, s.23; Yargıtay 9 HD, 3821/4409, 30.4.1982 tarihli karar için bkz. YKD., 1985/10, s.1465; Yargıtay 5.HD. 20714/24725, 20.12.1993 tarihli karar için bkz. YKD. 1994/2, s.206-207; YHGK 4-462/648, 08.12.2004 tarihli karar; “Hâkim özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde şahsi bilgisi ile kusur belirlemesi yapamayacağına göre, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekecektir...” ve aynı yönde YHGK 11-81/118, 02.03.2005; YHGK 11-42/45, 30.01.2008; YHGK 4-655/664, 05.11.2008 tarihli kararlar için bkz. AKİL, s.695.

¹⁰⁹ YHGK. 1984/4-847 E. 1986/338 K., 02.04.1986; YHGK. 19-601/938, 08.11.1995; YHGK. 4-185/263, 02.04.2003; YHGK. 11-94/113, 07.03.2007; YHGK. 11-262/260, 19.03.2008; YHGK. 11-392/377, 14.05.2008 <<https://www.kazanci.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 23.01.2021).

¹¹⁰ Önen, s.229.

olduğu anlamına gelmez¹¹¹.

Hakem mahkemesi, farazi bir takım gerekçelerle yahut söz konusu rapor haricinde taraflarca tartışılmamış bir takım değerlendirmelere dayanarak raporu hükme esas almaktan imtina edemez¹¹². Açık bir gerekçe sunmadığı, somut olarak bir diğer ispat aracını, bilirkişi raporunu veya kendi kişisel kanaatini, diğerine göre neden daha ikna edici bulduğunu açıklayamadığı sürece, bu sayılanları elindeki rapora üstün tutamaz¹¹³. Uluslararası Barolar Birliği Konseyinin 29.05.2010 tarihli kararıyla kabul edilen Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kurallarının 6/7'nci maddesinde de bu yönde bir düzenleme yer almakta olup hüküm mealen şöyledir; Heyetçe atanmış bilirkişi tarafından hazırlanacak her Bilirkişi Raporu ve Raporda varılan sonuçlar, Hakem Heyetince davanın tüm koşullarıyla birlikte dikkate alınarak değerlendirilecektir¹¹⁴.

Bilirkişi raporunda yer alan sonuçların bilimsel ve teknik içeriği arttığı ölçüde, hakem mahkemesinin, bilirkişi incelemesine konu bilgileri ve bilirkişi görüşünü değerlendirme imkânından giderek yoksun kaldığı ve delilleri serbestçe takdir etme yetkisinin sınırlandırıldığı kabul edilmektedir¹¹⁵. Gerçekten de hakem mahkemesinin bilirkişi raporunu eleştirel bir gözle değerlendirebilmesi gerekmektedir; ancak mahkemeden bunu beklemek, sahip olmadığı bir bilgi alanında hüküm vermesini istemek anlamına gelmektedir¹¹⁶.

¹¹¹ Akil, s.706.

¹¹² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özeker, Medeni Usûl Hukuku, 9.Baskı, Yetkin Yayınları, 2010, s.810-811; Nilüfer Boran Güneysu, Medeni Usûl Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, 2014, s.182; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, 2001, s. 3051 vd.

¹¹³ Bu yönde Yargıtay 4 HD, 2269/369, 21.01.2010 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹¹⁴ IBA kuralları için bkz. <<http://www.ibanet.org/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹¹⁵ Bkz. Konuralp, s.107; Ramazan Arslan, “Bilirkişilik Uygulaması ve Yargıtay’ın Bu Uygulamaya Etkisi”, Yargıtay Dergisi, C. 15, S. 1-4, 1987, s.157; Haluk Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, Türkiye Barolar Birliği Samsun Barosu Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s. 503, Toraman, s. 645. Ayrıca bkz. Yargıtay 7 HD, 3541/2563, 09.06.2009; Yargıtay 4 HD, 2269/369, 21.01.2010; Yargıtay 19 HD, 6584/5193, 28.04.2010; Yargıtay 19.HD. 469/5510, 05.05.2010 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹¹⁶ Tanverdi, s.122. Özel ve teknik bir konuda bilgi eksikliği açıkça bilinen hâkimin, “eksik olan bilgisini” kararın dayanağı yapmasının onaylanamayacağı, bu gibi durumlarda hâkimin, bilirkişi yerine geçerek kişisel görüş ve düşüncelerine dayanarak karar veremeyeceği yönünde bkz. Duman, s.17; Köroğlu, s.36.

Bu anlamda, hakem mahkemesinin delilleri takdir yetkisini kullanırken delil hakkında ulaştığı sonuç ve kanaatleri rasyonel bir takım gerekçelere dayandırması, raporun içeriği, elde edilen tespitler ile varılan sonuçlar arasında bir tutarlılık¹¹⁷ bulunması gerekir¹¹⁸. Anılan husus, açıkça yetki verilmedikçe; hakem kararının hakkaniyete ve nasafete göre verilemeyeceği ve denetime elverişli¹¹⁹, gerekçeli bir karar olmadıkça iptal edilebileceğine ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızı da desteklemektedir.

6. Tahkim Yargılamasının, Sözleşmede Öngörülen Usûle veya Bu Yönde Bir Sözleşme Bulunmaması Hâlinde Kanuna Uygun Olarak Yürütülmemesi ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması (439/2-e)

HMK madde 424'e göre, taraflar, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, hakem mahkemesinin uygulayacağı yargılama usûlüne ilişkin kuralları serbestçe kararlaştırabilirler ya da mevcut bir kanun veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Böyle bir kararlaştırma yapılmamışsa hakem mahkemesi, kanunun tahkim hukukuna ilişkin usûlünü gözeterek uygun bulduğu şekilde tahkim yargılamasını yürütür.

Anılan hüküm ile taraf serbestisine öncelik verildiği, ancak emredici hukuk kurallarıyla bunun sınırının çizildiği, taraf serbestisinin kullanılmadığı hallerde ise kanunun bu kısımdaki hükümlerinin yedek hukuk kuralı olarak uygulanacağı, oluşacak boşlukların ise hakem mahkemesince doldurulacağı belirtilebilir¹²⁰.

Tahkim yargılamasındaki usûle aykırılığın kararın esasına etki edecek mahiyette olması ile kastedilen, yeniden esastan inceleme yapılmasını gerektirecek bir usûlsüzlük değil, kararın esasını etkileyecek derecede ciddi bir usûlsüzlüktür¹²¹. Örneğin, yargılama sırasında dilekçeler teatisinin veya tebligatın usûlüne riayet edilmemesi, tarafların hukukî dinlenilme hakkını ihlal ettiği gibi iddia veya savunma hakkının tam anlamıyla kullanılmasını da temin

¹¹⁷ YHGK. 19-27/50, 03.02.2010; YHGK 11-234/244, 12.03.2008; Yargıtay 19 HD, 6584/5193, 28.04.2010 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹¹⁸ Toraman, s.642. Ayrıca bkz. YHGK. 19-824/839, 14.11.2007 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹¹⁹ YHGK. 19-481/595, 05.10.2011 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹²⁰ Bkz. madde 428 gerekçesi.

¹²¹ Kalpsüz, s.139; Özbay ve Korucu, s.236; Ulukuş Bulut, s.138.

edemediğinden kararın esasına etkili kabul edilir¹²². Kararın gerekçesiz olması¹²³ veya dava konusuz kalmış olmasına rağmen yargılamaya devam edilerek karar verilmesi¹²⁴ esasa etkili bir usûlsüzlük olarak değerlendirilmektedir. Somut uyuşmazlığa tanık olan kişilerin yargılama esnasında dinletilmesi için taraflarca talepte bulunulmuş olmasına karşın, hakem mahkemesinin tanıkları dinlememesi de bu kapsamda değerlendirilebilir¹²⁵. Bilirkişi incelemesine gerek duyulmasına rağmen inceleme yaptırılmadan karar verilmiş olması yine esasa etki eden bir usûl kuralına aykırılık olabilir¹²⁶. Yargılama sırasında taraflardan birinin ölümü halinde mirasçılarının usûlüne uygun davet edilip duruşma gününden haberdar edilmemesi hali de uygulamada esasa etkili usûlsüzlüklerden kabul edilmektedir¹²⁷.

Usûle aykırılıklar hakkında vermiş olduğumuz bu örneklerin, kararın esasına her durumda etkili olacağı söylenemez. Nitekim sırf şekle uyulmamış olması, her tahkim yargılaması için bir iptal sebebi oluşturmayabilir. Yargılamadaki usûlsüzlüğün kararın esasına etkili olup olmadığı, her somut olayın koşullarına göre iptal davasını gören mahkeme tarafından değerlendirilir¹²⁸. Bir davada esasa etkili usûle aykırılık olarak kabul edilen bir durum, diğer bir davada tahkim yargılaması içinde başka bir şekilde telafi edilmiş olabilir, bu durumda bu aykırılığın kararın esasına etki ettiğinden söz edilemeyeceği için iptal sebebi olması da mümkün olmaz. Söz konusu usûle aykırılık yapılmıyaydı hakem kararının başka türlü verilme ihtimalinin

¹²² Kalpsüz, s.139; Akıncı, s.292-293; Ulukuş Bulut, s.139.

¹²³ Akıncı, s.298; Kalpsüz, s.228; Özbay ve Korucu, s.237; Ulukuş Bulut, s.139.

¹²⁴ Selçuk, s.211.

¹²⁵ Kararın esasına etkili usûle aykırılığın, HMK m.371'de yer alan "taraflardan birinin dayandığı delilin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi" şeklindeki, hükmün sonucunu etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekmeyen mutlak bozma sebeplerine benzetilebileceği hakkında yorum için bkz. Ulukuş Bulut, s.138.

¹²⁶ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usûl Hukuku, 14.Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 946; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, s. 624; Selçuk, s.210. Ayrıca hakem veya hakemlerin uzmanlık alanının dışında olan bir konuda uzman veya bilirkişiye başvurulmasını gerektiren bir durumda, hakem veya hakemler, o konuda uzman veya yetkili olmayan bir kişiyi bilirkişi olarak atamış ve yargılama sonunda da o bilirkişinin raporuna dayanarak kararlarını vermişse, burada da kararın esasına etki eden usûlî bir hata olduğu kabul edilir: Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2761; Selçuk, s.211.

¹²⁷ Yargıtay 20 HD, 2011/15825 E., 2012/1321 K., 07.02.2012 tarihli kararı için bkz. Özbay ve Korucu, s. 237, dpn. 945 ve ayrıca bkz. Akıncı, s. 295.

¹²⁸ Akıncı, s.311; Kalpsüz, s.139; Ulukuş Bulut, s.142.

bulduğu takdirde, usûlsüzlüğün kararın esasına da etki ettiği görüşü benimsenmektedir¹²⁹.

Kural olarak, iptal davasında maddî hukukun uygulanmasına dair aykırılıklar incelenirse de iptal davasına konu bu sebep bakımından uyumsuzluğun esasına girerek inceleme yapmak gerekebileceği belirtilmelidir¹³⁰.

7. Kararın Tarafların Eşitliği İlkesi ve Hukukî Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmeden Verilmiş Olması (439/2-f)

Kanunun Hükûmet Gerekçesinde belirtildiği gibi tahkimde, tarafların eşit hak ve yetkiye sahip olmaları ve taraflara hukukî dinlenilme hakkını kullanma imkânının verilmesi, tahkim usûlüne ilişkin genel ilkelerdir ve gözetilmeleri gerekir.

Taraflar, tahkim yargılamasında kural olarak, hakemleri seçerken, tahkim usûlünü belirlerken, uyumsuzluğa uygulanacak hukuku kararlaştırırken ve iddia ve savunmaları kapsamında delillerini sunarken eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Bununla birlikte, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmesinden anlaşılması gereken, taraflara iddia ve savunmalarını sunma imkânının eşit koşullar altında tanınması (*eşit muamele ilkesi*) ve yargılamanın hakem mahkemesinde adil biçimde yürütülmesidir (HMK m.423)¹³¹. Hakem mahkemesi, tahkim yargılaması süresince bir tarafın diğerinden daha elverişli duruma geçmesini önlemelidir¹³². Bu anlamda, taraflara eşit süre verilmemesi, bir tarafın tanığı dinlenirken diğerinin tanık dinletmesine izin verilmemesi gibi durumlar eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir¹³³.

Hukukî dinlenilme hakkı, genel olarak iki boyutuyla ele alınmaktadır. Bunlardan birincisi tarafların yargıya erişimi, diğeri ise yargılamada söz hakkının kullanılabilmesidir. Bazı yabancı hukuklarda, taraflardan sadece biri tahkim yargılamasına başvurabilirken diğerinin böyle bir imkânı bulunmadığı yönündeki tahkim anlaşmaları, tarafların irade serbestisi bakımından hukuka uygun kabul edilmektedir¹³⁴. Türk hukukunda ise yargıya erişim,

¹²⁹ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2759, 2761; Kalpsüz, s. 138; Selçuk, s.208.

¹³⁰ Kalpsüz, s.138. Aksi yönde bkz. Selçuk, s.206.

¹³¹ Ayrıca bkz. Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2763.

¹³² Akıncı, s.315; Kalpsüz, s.140; Özbay ve Korucu, s.239; Ulukuş Bulut, s.143; Selçuk, s.225.

¹³³ Özbay ve Korucu, s.238; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, s.147.

¹³⁴ Son yıllarda verilen İngiliz mahkeme kararlarında, tahkime başvuru hakkının taraflardan yalnızca birine tanındığı tahkim anlaşmaları geçerli görülmektedir. Bu kararın gerekçesi ise,

anayasal bir ilke¹³⁵ olan hak arama özgürlüğünün bir görünüm biçimi olarak değerlendirildiğinden, taraflardan birinin yargıya erişim hakkını kısıtlayan veya ortadan kaldıran tahkim anlaşmaları kabul görmemektedir (HMK m.27, m.423/2)¹³⁶.

Hükme göre hareket etmeyen hakem mahkemesince verilen karar, HMK. m.439/2-f gereğince iptal edilebilir¹³⁷; ancak hukukî dinlenilme hakkının ihlali açıkça ispatlanmış olmalıdır. Kendisine eşit davranılmadığını iddia eden tarafın, nasıl ve hangi işlemler bakımından kendisine eşit davranılmadığını ve hukukî dinlenilme hakkının hangi aşamalarda nasıl ihlal edildiğini somut bir şekilde ortaya koyması gerekir¹³⁸. Nitekim taraflar, yargılamaya ilişkin kuralları serbestçe kararlaştırabildiğinden, aykırılık halinde bunun bir iptal sebebi olarak dikkate alınabilmesi için menfaatleri ihlal edilen tarafça ileri sürülmesi gerekir¹³⁹.

Duruşmalara katılma hakkı, dosya hakkında tam olarak bilgi edinme hakkı gibi ispat hakkı da hukukî dinlenilme hakkının bir unsurudur¹⁴⁰. Tarafların iddia ve savunmalarını karşılıklı olarak eşit muamele içinde sunabilmeleri¹⁴¹, silahların eşitliği ilkesi olarak ifade edilmektedir¹⁴². Hakem mahkemesinin, taraflardan birinin ticarî defterlerinin incelenmesine karar verirken, inceleme talebi bulunmasına rağmen diğer tarafın ticarî defterlerinin incelenmesine gerek görmemesi veyahut bir tarafın beş adet tanığını dinlerken diğer tarafın

sözleşme serbestisine sahip olan tarafların tek tarafa tahkime başvurma hakkı vermesinin her iki taraf için de bir sakınca teşkil etmemesi halinde kabul edilmesi gereği olarak açıklanmaktadır. Bu yönde; 13.10.2004 tarihli NB Three Shipping Ltd v Harebell Shipping Ltd (The “Arctic Trader” and “Arctic Voyager”) QBD Kararı için bkz. <<https://www.lmln.com/arbitration/procedure/>> ve 14.09.2005 tarihli Law Debenture Trust Corporation Plc v Elektrim Finance BV & Ors Kararı için bkz. <<https://www.casemine.com/judgement/uk/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹³⁵ YHGK. 13.05.2015 tarih ve 2013/8-2201 E., 2015/1326 K. sayılı kararda; “...*Mahkeme iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermemelidir. Taraflara hukukî dinlenilme hakkı verilmesi Anayasal bir haktır.*” denilmektedir. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹³⁶ Akıncı, s.316; Özbay ve Korucu, s.241.

¹³⁷ Korucu, s.184-185; Selçuk, s.220.

¹³⁸ Pekcanitez, İptal Sebepleri, s.748; Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2764.

¹³⁹ Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2764; Özbay ve Korucu, s.238; Selçuk, s.226.

¹⁴⁰ Bkz. madde 32 gerekçesi. Ayrıca bkz. Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2766-2767.

¹⁴¹ Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2765.

¹⁴² Ulukuş Bulut, s.144.

sadece bir adet tanığını dinlemesi hali, hukukî dinlenilme hakkının ihlaline örnek olarak verilebilir.

İddia ve savunmanın etkili bir şekilde ortaya konulabilmesi için tahkim yargılamasına tanınan münhasır özelliklerden biri de iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının esnek bırakılmış olmasıdır. Bu husus HMK m. 428/3'te; "*Taraflar, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler*" şeklinde ifade edilerek tahkim yargılaması boyunca tarafların devlet yargısında olduğu gibi (HMK m.141 ve m.319) herhangi bir safha ile sınırlı olmaksızın iddia ve savunmasını değiştirip genişletebileceği kabul edilmektedir (HMK m.428). Ancak tahkim faaliyeti de belirli süre içinde sona erdirilmek üzere tasarlanan bir yargılama türü olduğundan, tarafların bu hakkını kullanırken sınırsız bir serbestiye sahip olduğu söylenemez. Nitekim HMK'nın 428'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre taraflar, bu iddia ve savunmalarını değiştirmek veya genişletmek isteklerini yargılamada geç bir safhada yapmışlarsa veya bu talep karşı taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yaratacaksa, hakem mahkemesi tüm durum ve koşulları birlikte değerlendirerek böyle bir değişikliğe veya genişletmeye izin vermeyebilir. Yine tahkim sözleşmesi kapsamı dışına çıkacak bir değiştirme veya genişletmeye izin verilmesi de söz konusu olamaz.

Hukukî dinlenilme hakkı, kararların gerekçeli verilmesini gerektirir¹⁴³. Hakem kararı, salt hak ve nasafete dayalı olarak verilemez. Kararın denetime elverişli, tarafların iddia ve savunmalarının tam olarak ortaya konulduğunu gösteren, delillerin hukukî değerlendirmesini içeren ve bu değerlendirmelerle bağlantılı sonuçlar kuran bir gerekçe ile verilmesi gerekir (HMK m.436). Gerekçenin eksik veya şekli olarak kaleme alınması, taraf iddia ve savunmalarının tam olarak dinlenip anlaşıldığını ispata yetersiz kalacağı gibi delillerin ne şekilde değerlendirildiği, kararın hukukî sebeplerinin neler olduğu hususlarını ortaya koymada da yetersiz kalır¹⁴⁴. Kararların gerekçeli olması anayasal bir ilke olduğundan, devlet yargısında gerekçesiz karar verilmesi bir mutlak temyiz nedeni olarak kabul görmektedir. Bu nedenle, tahkim yargılamasında tarafların kararın gerekçesiz verilmesi şeklinde aralarında anlaşması mümkün değildir¹⁴⁵.

¹⁴³ Pekcanitez, İptal Sebepleri, s.753; Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2769.

¹⁴⁴ Sürpriz karar yasağı hakkında bkz. YHGK. 2013/8-2201 E. 2015/1326 K., 13.05.2015 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹⁴⁵ 1950 ve 1979 tarihli İngiliz Tahkim Kanunlarında gerekçeli karar verme zorunluluğu

B. Mahkeme Tarafından Re'sen Dikkate Alınacak İptal Sebepleri

1. Uyuşmazlığın Türk Hukukuna Göre Tahkime Elverişli Olmaması (439/2-g)

Genel olarak, tahkim anlaşmasının konu itibariyle yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklara ilişkin olarak yapılabileceği¹⁴⁶; buna karşın üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek alanlarda yapılamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁷. Bu anlamda, üçüncü kişilerin haklarına etki ettiği sürece rekabet hukukuna ve fikri mülkiyet haklarının varlığına ilişkin uyuşmazlıklar¹⁴⁸, vergi, iflâs¹⁴⁹ ve takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar¹⁵⁰, boşanma¹⁵¹, ayrılık ve velayet gibi aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, soybağı gibi kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar¹⁵², iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar¹⁵³, şirket genel kurul kararının iptali gibi

bulunmamaktadır. Ancak 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu 54'üncü maddesinde, hakem mahkemesinin, sadece hakkaniyet ve nisfete dayalı karar veremeyeceği ve kararlarını hukuki zemine dayandırarak gerekçeli olarak vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Ancak Kanun'un 52/4'üncü maddesinde, tarafların aralarında yapacakları bir anlaşmayla kararın gerekçesinde iptal sebeplerine yer verilmeyeceğini kararlaştırması durumunda, gerekçe zorunluluğunun istisnai olarak ortadan kaldırılmasına da izin verilmiştir.

¹⁴⁶ Alangoya, s. 82, 83; Yılmaz, Şerh, s. 1715; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2632; Kalpsüz, s. 143; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, s.766; Özbay, s.177; Kalpsüz, İç Tahkim, s.25; Kuru, C. VI, s. 5945, 5946.

¹⁴⁷ Maxwell, s.600. Türk hukuku için bkz. Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2772. Sübjektif ve objektif tahkime elverişlilik ayrımı hakkında açıklamalar için bkz. Selçuk, s.242-244.

¹⁴⁸ Huysal, s.146, 219 vd.; Akıncı, s.276.

¹⁴⁹ Yargıtay 23 HD, 2015/397 E., 2016/2509 K., 20.04.2016; Yargıtay 23 HD, 4113/4498, 28.06.2013, <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹⁵⁰ Akıncı, s.267; Kalpsüz, s.144; Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, 2010, s.145-146.

¹⁵¹ Yılmaz, Şerh, s. 1715.

¹⁵² Selçuk, s.248.

¹⁵³ Yargıtay, işçi ile işveren arasında eşit müzakere gücü bulunmadığından hareketle işe iade davalarının tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için, tahkim sözleşmesinin iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılmış olması şartını aramaktadır: Yargıtay 9 HD, 5830/29774, 03.11.2008 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 18 Ocak 2021. Yargıtay verdiği bir kararda, işçinin zayıf ve işverenin denetimi altında bulunan bir taraf olmasından hareket ederek, iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında akdedilen tahkim sözleşmesinin de geçersiz olacağına karar vermiştir: Yargıtay 11 HD, 1595/1780, 07.04.1983 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 18 Ocak 2021. Yargıtay'ın bu görüşüne benzer bir görüş için bkz. Alangoya, s. 83; Üstündağ, s. 943, 944. Yargıtay, daha yakın tarihli verdiği bir kararda, tahkim sözleşmesinin, iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olmasının tek başına sözleşmenin serbest irade ile akdedilmediğini göstermeye yetmeyeceğine; iradenin

mahkemeden talep edilebilecek (TTK m.445) veya kamu düzeninden kabul edilen tapu sicilinde değişiklik gerektirecek şekilde taşınmazlar üzerindeki aynı haklara yönelik uyuşmazlıklar ile mahkemelerin yenilik doğurucu (inşai) hükümleri tahkime konu edilemez (HMK m.408)¹⁵⁴. Buna karşın, anılan hususlarda gerçekleştirilecek tahkim yargılamasının yalnızca taraflar arasında sonuç doğuracağını düzenleyen tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilir¹⁵⁵. O hâlde, yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarla ilgili sulh olabilecekleri uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğundan söz edilir¹⁵⁶.

Tahkime elverişli olmayan bir konu üzerinde hakem mahkemesince karar verilmiş olması halinde bu karar, HMK m.439/2-g kapsamında iptal edilebilir¹⁵⁷. Ayrıca belirtelim ki, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı bir iptal sebebi olarak taraflarca ileri sürülmesi bile, tahkime elverişlilik kamu düzeninden sayıldığı için iptal davasına bakan mahkemenin bu sebebi re'sen incelemesi gerekir¹⁵⁸.

2. Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olması (439/2-ğ)

Kamu düzeni, en genel tanımıyla, toplumların kendi kültürel kodlarına göre huzur ve uyum içinde yaşayabilmelerini sağlayan kurallar bütünü olarak

sakatlandığının ayrıca ispatlanması gerektiğine karar vermiştir: Yargıtay 9 HD, 37878/35335, 26.11.2007 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 18 Ocak 2021. Tüketici, işçi ve kiracı yönünden geliştirilen bu yaklaşımın, taraflarca serbestçe tasarrufta bulunulabilecek bir yargılama türü olan tahkimi tercih etmiş olmaları karşısında eleştirisi için bkz. Selçuk, s. 252.

¹⁵⁴ Huysal, s.57; Yılmaz (2012), s.1668.

¹⁵⁵ Özel, s.46.

¹⁵⁶ Ulukuş Bulut, s.149.

¹⁵⁷ Özbay ve Korucu, s.247; Ulukuş Bulut, s.149. Umar'a göre bu kararlar yok hükmündedir; bkz. Umar, s.1251.

¹⁵⁸ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2774.

ifade edilebilir¹⁵⁹ ve ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir¹⁶⁰. Bu kurallar, önceden belirlenemeyeceği gibi tek tek sayılması da mümkün değildir¹⁶¹. Ancak kamu düzenini sağlayabilmek adına önceden ihlal edilmemesi gereken bazı sınırlar belirlenebilir. Bu sınırlar, taraflarca aksi kararlaştırılmayan emredici hükümler, genel ahlaka ve temel hak ve özgürlüklere aykırılık gibi genel olarak vazgeçilemeyen temel ilkeler kapsamında çizilir.

Kamu düzeni kavramı çok geniş olduğu için, uygulama alanı bakımından son derece titiz bir inceleme gerektirmektedir¹⁶². Her ne kadar bazı yazarlar¹⁶³ kamu düzeni denetiminde esasa müdahalenin söz konusu olamayacağını ifade

¹⁵⁹ Kamu düzeni kavramının içeriği, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 10.02.2012 Tarih ve 2010/1 E. ve 2012/1 sayılı kararında aynen ifade ile; "*Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmî açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen "toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü" olarak tanım yapılabilir. (...) Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. (...) İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.*" şeklinde belirtilmektedir. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹⁶⁰ Dayınlarlı, s. 7; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s. 2775.

¹⁶¹ Bu nedenle iptal davasına bakacak hakimlere takdir yetkisi tanımak gerekir; Akıncı, s. 273. Ayrıca Yargıtay 15 HD, 2183/3226, 12.05.2014 tarihli kararı: "*Kamu düzeni, takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur. (Schwarz, Andreas B: Borçlar Hukuku Dersleri, Çev. B. Davran, İstanbul 1948, sh.343) Gerçekten de ünlü Fransız hukukçusu Niyabet'in de açıkladığı gibi kamu düzeni kavramı ifade edilebilmeden çok duyulabilen, sezinlenebilen şeylerdir.*" için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹⁶² YİBGK. 10.02.2012 Tarih ve 2010/1 E., 2012/1 K. sayılı kararında; "*Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. ... Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. ... O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.*" denilmektedir. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020. Kavram için ayrıca bkz. Tülin Kurtoğlu, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılması, Yetkin Yayınları, 2017, s.295.

¹⁶³ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2775.

etse de öğretide bunun aksini savunan görüşte yazarlar da bulunmaktadır¹⁶⁴. Uygulamada görüldüğü üzere gerçekten de bazı durumlarda kamu düzenine aykırılığın tespiti için davanın esasına da girilmesi gerekebilir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.09.2015 tarih ve 2013/13-1847 E., 2015/2020 K. sayılı kararında; “*Hemen belirtmek gerekir ki, kamu düzenine aykırılık itirazlarının değerlendirilebilmesi için, işin esasının da incelenmesi gerekli olabilir. Aksi halde kamu düzenine aykırılık itirazını değerlendirmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda zorunlu olarak işin esası ile ilgili hususların araştırılması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamında da değildir. (Prof. Dr. Cemal Şanlı, “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, 3. bası, İstanbul, Haziran 2005, sh. 209)*” şeklindeki değerlendirmesiyle kamu düzenine aykırılığın usüle ilişkin olmasının yanı sıra esasa ilişkin de olabileceğini ortaya koymuştur.

Hakem kararının emredici kanun hükümlerine aykırı olması durumunda kamu düzenine aykırılık gündeme getirilebilir. Örneğin; dava şartlarından olan ehliyet, kamu düzenine ilişkin olarak incelenmektedir. Taraf veya dava ehliyetinin, davanın açılması sırasında bulunmamasına rağmen hakem mahkemesinin yargılamaya devam edip karar vermiş olması bir iptal nedeni iken¹⁶⁵, dosyaya sunulan delillerin hakem mahkemesi tarafından takdir ve değerlendirilmesine ilişkin hususlar kamu düzeni çerçevesinde incelenemez. Kişilik haklarının ihlali (TMK m.23), hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak davalı tarafın edimini yerine getirmeye mahkûm edilmesi¹⁶⁶, rüşvet gibi suç teşkil edecek bir edimin yerine getirilmesine yönelik hakem kararları kamu düzenine aykırı kabul edilebilecektir.

Kamu düzenine aykırılık sebebine dayalı olarak hakem kararının iptali talep edildiğinde, o sıradaki kamu düzeni anlayışına göre bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşmak gerekir¹⁶⁷. Zira kamu düzeni zamana göre değişebilen bir anlayıştır.

¹⁶⁴ Özbay ve Korucu, s.251; Turgut Kalpsüz, “İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, 11.4.1997, s. 45.

¹⁶⁵ Özbay ve Korucu, s.248.

¹⁶⁶ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2777.

¹⁶⁷ Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2774.

IV. İPTAL DAVASI SONUCUNDA VERİLEN KARARIN TEMYİZİ HALİNDE HÂKİMİN İNCELEME VE KARARA MÜDAHALE YETKİSİ OLUP OLMADIĞI SORUNU

Tahkim yargılaması, adli yargılama türüne göre hakem heyeti kararına daha az müdahaleyi gerektiren bir yargılama türü olarak ifade edilmektedir. Taraflar, tahkime başvurarak adli yargıda işleyecek süreci kısaltmak istemekte ve hakem heyetinden çıkacak karara en baştan güvenmektedirler. Bu sebeple, bazı hukuk sistemlerinde temyiz kanun yolu, bazılarında ise iptal davası gibi karara karşı itiraz yolları düzenlenmiş, ancak bunlardan hangisi tercih edilirse edilsin üst mahkemenin yapacağı inceleme, yasal düzenlemeyle sınırlandırılarak tahkim yargılamasının karakteri muhafaza edilmeye çalışılmıştır.

Ülkelerin hukuk sistemlerinde uygulanan itiraz usûlüne göre üst mahkemenin hakem kararına müdahalesinin sınırları da değişkenlik göstermektedir. Örneğin İngiltere tahkim uygulamasında, hakem karara karşı itiraz olarak doğrudan temyiz kanun yolu kabul edilmiş ve hakem kararının temyiz sebepleri özel olarak belirtilmiş olsa da temyiz mahkemesinin maddî hukuka ilişkin esastan inceleme yetkisi daha geniş bırakılmıştır¹⁶⁸. Türk hukukunda ise 6100 sayılı HMK ile tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının temyizi kanun yolu terk edilmiş, bunun yerine iptal davası açma imkânı getirilmiştir. İptal davasının bir kanun yolu olup olmadığı son derece tartışmalı olmakla birlikte¹⁶⁹, devlet yargılamasında ilk dereceyi temsil

¹⁶⁸ İngiliz Hukukunda ise, hakem heyetinin yetkisine, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve hakem kararına itiraz etmek mümkündür. Karara itiraz, iptal davası şeklinde olmayıp kanun metninde açıkça “*appeal*” kavramıyla ifade edildiği üzere temyiz şeklinde gerçekleştirilmektedir. Ayrıca esastan temyiz yapılmasına da izin verilmektedir. Ayrıntılı düzenlemeler için bkz. Arbitration Act 1996, m.32, m.67; m.72 için bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020.

¹⁶⁹ Türk hukukunda kanun yolu kavramının genel olarak dar anlamda anlaşıldığı, iptal davasında kanun yolunun temel iki karakteristik özelliği olan erteleyici ve aktarıcı etkisinin bulunmadığı ve iptal davasının teknik olarak bir kanun yolu olmadığı, fakat bir hukukî çare olduğu hakkında bkz. Turgut Kalpsüz, Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda İç Tahkim (m.411-448) Paneli, 23 Mart 2007, Bankacılık Enstitüsü, 2007, s. 28; Ramazan Arslan, Medeni Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), 1977, s.10; Sülün Güçer, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Tarafından İptal Davasının Kabulüne Bağlı Farklı Sonuçlar”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.451-452; Şule Gültek, Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası, DEÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 62; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2734-2735; Alangoya, Tahkimin Niteliği, s. 192 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (2013), s.869; Yıldırım, s.3007-3008, 3023; Selçuk s.65-68. Ayrıca iptal davası ile kanun yolunun amaçları ve sonuçları bakımından ayrımı için bkz. Selçuk, s.

etmekte ve iptal davası neticesinde verilen karara karşı temyiz kanun yoluna başvurma imkânı bulunmaktadır.

A. Maddî Hukuk Yönünden Müdahalenin Mümkün Olup Olmadığı Tartışması

Türk hukukunda, hakem kararının esastan incelenmesine kural olarak izin verilmemekte, ancak kamu düzeni gibi çok önemli ve genel bir sorun bulunması halinde kararın denetime tâbi tutulabileceği kabul edilmektedir. Kanun koyucu, hakem kararına olabildiğince az müdahale edilmesini sağlamak için hakem kararının iptal edilebileceği sebepleri, genel olarak yargılama usûlüne ilişkin sebepler olarak sınırlandırmıştır¹⁷⁰. Hakem kararına karşı ancak kanunda sınırlı sayıda belirtilen hallerden biri varsa iptal davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle iptal davasındaki incelemenin, hakem mahkemesinin takdir hakkının kullanımına yönelik bir denetim içermediği söylenebilir¹⁷¹. Ancak delillerin değerlendirilmesinde veya yargılamada bir usûle aykırılık varsa hakem kararının denetimi ile iptali söz konusu olabilmektedir¹⁷². Daha açık bir ifadeyle, iptal davasına bakan mahkemenin yapabileceği inceleme, etkisini kararın esasında, maddî hukukta gösteren usûl hukukuna dayalı aykırılıklara ilişkindir.

İptal davasına bakan mahkemenin inceleme yetkisi bu şekilde sınırlandırılmış olmakla birlikte, aynı sınırlandırmanın, bu mahkeme tarafından verilecek kararı temyizden inceleyecek üst derece mahkemesi için

62-65. İptal davasının geniş anlamda kanun yolu olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı yönünde değerlendirme için bkz. Arslan (Yargılamanın Yenilenmesi), s. 9; Selçuk, s. 68. İptal davasının inşai bir dava olduğu yönünde görüş için bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014/16, s. 472, dpn. 10; Özbay ve Korucu, s.221; Selçuk, s. 71-72.

¹⁷⁰ Madde 415 gerekçesi: “Tahkim yargılamasının niteliği ve yargılama kurallarının, tahkim sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılabildiği göz önünde bulundurularak, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi, bu Kısımda sayılan hâller ile sınırlı tutulmuştur.”

¹⁷¹ Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ise yargılamanın sözleşmeye ve kanun hükümlerine uygun yürütülüp yürütülmediğine dair hakem kararının esasına ilişkin inceleme yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. C. Serhat Konuralp, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim (Arabuluculuk – Uzlaştırma), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s.360; Kalpsüz, s.101-102.

¹⁷² Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, s.776.

de geçerli olduğu belirtilmektedir¹⁷³. Buna göre temyiz incelemesi, iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılamaz. HMK 439/6 hükmünde ise temyiz incelemesinin iptal sebepleri ile sınırlı olduğu prensibi kesin bir şekilde belirtilerek Yargıtay'daki incelemenin iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçmek istenilmiştir¹⁷⁴. Ancak iptal sebeplerinin bu denli dar yorumlanması ve hakem kararının esastan incelemeye kapatılmış olması, hukuka aykırı olan veya adil olmayan sonuçlar doğmasına sebep olma riskini beraberinde getirir. Bu sebeple, maddî hukuka aykırılık oluşturan tahkim kararlarının denetime kapalı olması doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir.

Doktrinde bir kısım yazar, içerik denetimi (esasa girme) yasağı¹⁷⁵ olarak adlandırılan ilkeyi benimsemekte ve tahkim mahkemesince kurulan hükmün maddî hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı ya da altlama faaliyetinin doğru yapılıp yapılmadığı gibi sebeplerle iptalinin istenemeyeceğini kabul etmektedir¹⁷⁶. Bu görüşe göre, tahkim, sözleşmeye dayalı bir uyuşmazlık çözme yöntemidir ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarıyla ilgili yargı kararını özel kişilerin uzmanlığına emanet eden tarafların iradesine saygı göstermek, devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesini ve hakem kararlarının denetimini dar ve istisnâî bir çerçeveye sınırlı tutmak gerekir¹⁷⁷. Bunun için hakem mahkemesinin, uyuşmazlığın çözümünde maddî hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı iptal davasının konusu yapılamaz¹⁷⁸.

Bu görüş, genel olarak dayanağını, tahkimin ayırıcı vasfının yargısal yönünden değil, akdî yönünden geldiği düşüncesinden almaktadır. Mahkeme denetiminin sınırlandırılmasıyla mahkemelerin tahkim üzerindeki geleneksel

¹⁷³ Yılmaz, Şerh, s.1771.

¹⁷⁴ Bkz. HMK m.439/6 gerekçesi. Ayrıca bkz. Yılmaz, s.3690; Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2780.

¹⁷⁵ *Revision au fond yasağı* olarak da bilinmektedir.

¹⁷⁶ Hakan Pekcanitez, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri", ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 19 Nisan 2011 Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi Yayını, 2011, s.80; İbrahim Özbay, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, 2013, s.543; Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2733-2735; Yılmaz, Şerh, s.1771; Ekşi, s. 196; Süral, s. 1392; Selçuk, s.63 ve ayrıca s.198-199, dñn.766.

¹⁷⁷ Ali Cem Budak, "Hakem Kararları Maddî Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni", Public and Private International Law Bulletin, Volume 40, Issue 1, 2020, s. 569. Ayrıca bkz. Birsal ve Budak, s.171-173.

¹⁷⁸ Süral, s.1385; Budak, Maddî Hukuk, s.570.

otoritesinin kaldırılmasının ya da tarafların inisiyatifine bırakılmasının, tahkimin akdilik özelliğine hizmet edeceği kabul edilmektedir. Hukukumuzda da bu görüşün benimsenerek yasalaştırıldığı görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime müdahaleyi yalnızca kanunda yazılı sebeplerle sınırlı tutan 411'inci maddesiyle (aynı yönde bkz. MTK m. 3, UNCITRAL Model Kanun m. 5) bu kısımda düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça kanunun diğer hükümlerinin uygulanmayacağını öngören 444'üncü maddesi, kanun koyucunun tercihini akdilik yönünde kullandığını göstermektedir¹⁷⁹. Ancak kanaatimizce tahkimin akdilik yönüne üstünlük tanınırken aynı zamanda bir yargılama faaliyeti olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim akdilik unsurunu korumak için çoğu zaman yargılamaya özgü unsurlar devreye girmektedir. Taraf iradelerince seçilen maddî hukukun doğru uygulanmasını sağlamak veya delillerin adil yargılanmayı gerçekleştirecek şekilde değerlendirilmesini sağlamak üzere yapılacak bir üst mahkeme denetimi, pekâla tahkimin akdilik özelliğini koruyan yargılama yönüyle mümkün olabilmektedir. Bu sebeple, mahkeme denetimine *yalnızca taraflarca ileri sürülen ve kanunda yazılı iptal sebepleriyle sınırlı olarak* izin verilmesinin, hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı noktasında denetim boşluğu oluşturması yönünden tahkimin akdilik özelliğine de zarar verdiği düşünülmektedir.

Görüşümüz, doktrindeki bazı yazarlar tarafından da farklı açılardan dile getirilmiştir. Dayınlarlı ve Tekinalp, hakem sözleşmesini bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak vasıflandırmaktadır. Buna göre, tahkim sözleşmesinin usûl kanunlarında düzenlenmiş olması, usûl hukukunda sonuçlar doğurması ve usûl kanunlarında, bu kanunların mahiyetlerine uygun hükümlerin yer alması, tahkimin mahiyetini değiştirmez¹⁸⁰. Sözleşmenin gerek meydana gelişi

¹⁷⁹ Budak, Maddî Hukuk, s.570.

¹⁸⁰ Yargıtay'ın aksi yöndeki görüşünü içeren YİBGK. 2016/2 E. 2018/4 K., 13.4.2018 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021: "*c- Tahkimin Niteliği: Tahkimin tanımlanması ve iç tahkime ilişkin kanuni düzenlemelerin açıklanmasından sonra tahkimin niteliği üzerinde de durmakta yarar vardır. Zira kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkelerin eldeki uyumsuzluğa ne şekilde yansıtılacağı ancak bu suretle mümkün olacaktır.*

İç (milli) tahkimin hukuki niteliğini maddi hukuka ve usul hukukuna dayandıran görüşler olduğu gibi bunun karma bir sözleşme olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır.

Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü, tahkim sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve ancak tarafların iradeleri çerçevesinde hüküm ifade ettiğini savunmaktadır. Bu halıyla gerek yargılama ve gerek yargılama sonunda verilen karar ile tahkim sözleşmesine dayalı bütün sorunların çözümünde sözleşmeye ilişkin borçlar hukuku ilkeleri uygulanır. Sözleşmenin kurulması da herhangi bir maddi hukuk sözleşmesinin tabi olduğu ilkelere

gerek uygulanışı hep borçlar hukukuna özgü ilkelerin hâkimiyetindedir. Bu

bağlıdır. Hakem kararı bir hüküm olarak değil, taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme olarak değerlendirilir ve bu karara karşı yargılama hukukunda düzenlenen kanun yollarına değil; yanılma, aldatma ve zorlama gibi borçlar hukukunda düzenlenen iradeyi sakatlayan nedenlere ya da hükümsüzlüğe ilişkin ilkelere dayanılarak sözleşmenin iptali cihetine gidilmelidir.

Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü, dayanağını usul hukuku sözleşmesinin tanımından almaktadır. Buna göre usul hukuku sözleşmesi mevcut veya gelecekteki bir davada bir usuli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da usuli bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını içeren ve etkilerini doğrudan yargılama hukukunda gösteren iki taraflı bir usul işlemidir. Bu görüş, tarafların sözleşme ile yargılamanın gidişatını belirleyebilecekleri fikrinden hareket eder. Tahkim sözleşmesi de, etkilerini doğrudan doğruya yargılama hukukunda gösterdiği için usul sözleşmesidir. Usul sözleşmelerinin kuruluşuna, şekline ve özellikle ehliyetle ilişkin ilkeler maddi hukuk sözleşmelerinden farklı olmasa da sonuçları ve etkileri bakımından maddi hukuk sözleşmelerinden farklılıklar içerir.

Karma görüşe göre tahkim sözleşmesi tarafların serbest iradesi sonucu olduğundan (kısmen) maddi hukuka tabi iken, sözleşmenin uygulanması usul hukukuna ilişkin sonuçlar doğurur. Bu bakımdan sözleşmenin kuruluşuna ve özellikle irade beyanlarına ilişkin alanda borçlar hukukunun genel ilkeleri uygulanır. Fakat karar verildikten sonra tıpkı mahkeme kararı gibi icra edilebilir bir hâl alır.

Türk öğretisinde ve Yargıtay uygulamasında ağırlıklı görüş, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir (bkz.. Kuru. B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü. C.IV. 6.b.. İstanbul 2001, s.5937; Üstündağ. S.: Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.b., İstanbul 2000, s.958; Alangoya. YARGITAY: Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973. s.38 vd.: Afşin, İ.H.: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği. Ankara 2016, s.10; Yavuz. C.: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim". İstanbul 14.02.2009, s. 143; Karadağ. İ.: 6100 sayılı HMK'nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013. s.46.).

Alman ve İsviçre hukukunda da ağırlıklı olan görüş, tahkim sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir.

Sözleşmenin kurulması, şekli, ehliyet gibi noktalarda maddi hukuka ilişkin hükümler uygulanırsa da, tahkim sözleşmesi yargılama hukuku alanında cereyan eder ve sonuçlarını da bu alanda doğurur. Bu haliyle tahkim sözleşmesinin, bir maddi hukuk sözleşmesi gibi mevcut olmayan bir hakkı yaratan veya mevcut bir hakkı ortadan kaldıran etkisi bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesi ile bir alacak hakkı ya da yenilik doğuran hak oluşturulmamaktadır. Bu özelliği itibarıyla sözleşmenin maddi hukuk karakterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Hakem yargılaması sonunda verilecek kararın da sözleşme niteliğinde olduğu söylenemez (Aydemir, F.: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmeleri. İstanbul 2017. s. 17).

Bu görüşü savunanlara göre tahkim sözleşmesinin en önemli etkisinin, tarafların mahkemeye başvurmasını engelleyerek, hakem veya hakemlere yargılama yetkisi vermesine ve süreç sonunda çıkacak kararların, mahkeme kararı gibi kesin hüküm doğurmasına dayandırılır. Tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığı taraf iradeleri ile belirlenmemekte, tahkimin cereyan ettiği ülkenin ulusal hukuku anlaşmaya böyle bir sonuç bağladığı için tahkim sözleşmesi bağlayıcı etkiye sahiptir. Hakem kararları mahkeme kararları ile aynı nitelikte olup, bunun da hakem kararlarının usuli nitelikte olduğunu, ayrıca, tahkim sözleşmesinin usul hükümleri içinde düzenlenmesi, usul sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermektedir.

açıklamalar ışığında, kanunda yazılı hakem kararlarının bozma sebeplerinin çoğaltılabileceği görüşü ifade edilebilir¹⁸¹.

Esasında maddî hukuk kurallarına aykırılığın yaptırımı HUMK döneminde düzenlenmiş değildi ve kanunda sınırlayıcı olarak gösterilen iptal ve temyiz sebepleri arasında anılmamış olduğundan, hakemlerin hüküm kurarken maddî hukukla bağlı olmadıkları savunulmaktaydı¹⁸². Bu görüş, hakemlerin yetkisiyle ilişkilendirilmekteydi. Ancak tahkimin yargısal yönünü öne çıkaran 28.01.1994 tarihli içtihadı birleştirme kararından sonra bu görüş değişikliğe uğramış ve HUMK m.533/3'te geçen “*salahiyet*” (yetki) ifadesi daha geniş bir anlam kazanmıştır. Kararda, tarafların hakem mahkemesince maddî hukuk kurallarına göre karar vermesi hususunda anlaşmaları halinde, hakem mahkemesinin maddî hukuk kurallarının dışına çıkarak veya bu kurallara aykırı olarak karar vermesi, yetki aşımı sayılmakta ve bozma nedeni yapılmaktadır¹⁸³. Böylece, hakem kararlarının maddî hukuka uygunluğunun devlet mahkemeleri tarafından denetlenebilmesinin mümkün olduğu sonucuna

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan ulaşılan sonuç: tahkimin baskın biçimde usul hukuku sözleşmesi mahiyetini haiz olduğudur.

(...) Tahkim sözleşmesi, mukayeseli hukuk ve doktrindeki baskın görüşe göre usul hukuku sözleşmesi olup. usul sözleşmeleri, kuruluşları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuka tabi olmakla birlikte ortaya çıkardıkları sonuçları bakımından usul hukukuna tabidir. “

¹⁸¹ Dayınlarlı, Bozma Sebepleri, s.795. Ünal Tekinalp, “Hakem Sözleşmesinin Hukuku Mahiyeti Konusunda Düşünceler”, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler, Tartışmalar, 1965, s. 29.

¹⁸² İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 6.Baskı, 1975, s. 801 ve 806; Yavuz, s.161-162. Anılan eserde Yavuz, tahkim yargılamasında maddî hukuk kurallarının uygulanacağı ancak taraflarca kararlaştırılmışsa maddî hukukun uygulanabileceğini ifade etmektedir. Özetle ise, maddî hukuk kurallarının taraflarca kararlaştırılması halinde uygulanacağını, böyle bir kararlaştırma yapılmamış ve hakemlerin adalet ve nesafet esasları dahilinde karar verecekleri de belirtilmemişse; bu takdirde hakemlerin adalet ve nesafete göre karar verebileceğini veya buna mecbur olmamakla birlikte maddî hukuka göre de karar verebileceklerini ifade etmektedir (s.351).

¹⁸³ Kararın gerekçesinde yer alan ifade aynen şöyledir: “... *Taraflar, uyuşmazlığın çözümünü için ‘maddî hukuk kuralları’ koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Bunun olağan sonucu olarak, hakemlerin maddî hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri hâlini yetkilerinin aşılması saymak gerekir. Yargıtay’ın bu hâli denetlemesi, aynı zamanda, taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin yerine getirilmesi gerektiği amacına da uygundur. Özellikle hakemlerce, İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan veya uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddî hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kurallara aykırı karar oluşturulması da, bir tür yetki dışına çıkılması sayılmalıdır.*”. Bu yönde ayrıca bkz. Budak, Maddî Hukuk, s.561; Özet, s. 354; Dayınlarlı, s.110-111; İzzet Karadaş, 6100 Sayılı HMK’da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, 2013, s.254-255.

varılmıştır¹⁸⁴. HMK m.433/3 hükmü ise açık bir şekilde tarafların, hakeme veya hakemlere maddî hukuk kurallarından ayrılma yetkisi vermedikçe hakem mahkemesinin maddî hukuktan ayrılarak karar veremeyeceğini ortaya koymaktadır¹⁸⁵.

Umar, HMK m.433/3 hükmünü yorumlarken; *“Hakem/hakemler, kendilerine <Hakkaniyet ve nesafet ölçütüne dayanarak hüküm verebilirsiniz> diye özel yetki verilmiş değilse yahut o yetki verilmiş olduğu halde onu kullanmak istemiyorlarsa, önlerinde tek bir seçenek vardır: Maddî hukukun istediği çözüme hükmetmek”*¹⁸⁶ diyerek taraflarca özel bir seçim yapılmamışsa tahkim yargılamasının maddî hukuk kurallarına göre yürütülmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁸⁷. Bu yönde görüş bildiren bir diğer yazar ise Alangoya’dır. Alangoya’ya göre, tahkim bakımından bir yargı söz konusu olduğuna göre kural, kanunun uygulanmasıdır¹⁸⁸. Taraf iradeleri, hakem mahkemesini maddî hukukun uygulamasından kurtarmadıkça kural yürüyecek ve hakemler maddî hukuk hükümleriyle bağlı olacaklardır¹⁸⁹.

Taraflar, hakem mahkemesinin maddî hukuka göre karar vermeyebileceği konusunda anlaşmış olmadıkça hakem mahkemesi, maddî hukuku çiğneyerek *“adalet ve nesafetin gereği böyledir”* iddiasıyla bir hüküm verirse yetkisini aşmış olur ve bu durum bir iptal sebebine konu oluşturur¹⁹⁰. Nitekim HMK madde 439 hükmü iptal sebeplerini sayarken (d) bendinde *“hakemin yetkisini aşarak karar vermesini”* iptal nedenleri arasında göstermiştir ki özel yetki verilmiş olmasına muhtaç bir hükmü, o yetki olmaksızın verirken hakem kuşkusuz yetkisini aşmış olur. Hükmün (e) bendi ise, *“(…) tahkim yargılamasının, usûl açısından sözleşmede veya bu yönde sözleşme bulunmaması halinde, bu kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu”* tespit edilirse hakem kararının iptal

¹⁸⁴ Budak, Maddî Hukuk, s. 557.

¹⁸⁵ Bu yönüyle tahkim yargılamasının, taraf iradelerine üstünlük tanırken arabuluculuk kurumuna yaklaşmasına karşın, kararın taraflarca değil, hakem mahkemesi tarafından verilmesi ve hakem kararının da devlet mahkemesince denetime tâbi tutulabilmesi yönleriyle arabuluculuktan ayrıldığı ifade edilmelidir. Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Konuralp (Alternatif), s. 55.

¹⁸⁶ Umar, s.1233.

¹⁸⁷ Aynı yönde bkz. Konuralp (Alternatif), s.284, 353.

¹⁸⁸ Alangoya, s.171.

¹⁸⁹ Alangoya, s.176.

¹⁹⁰ Umar, s.1249-1250.

edilebileceğini ifade etmektedir ki, HMK m.433/3 kuralı, bütünüyle, hakem kararının verilmesine ilişkin usûlî bir kuraldır ve onun çiğnenmesiyle, esas hakkında verilen hüküm hiç kuşkusuz etkilenmektedir. Öyleyse bu çiğneme durumu, hükmün iptal sebebidir¹⁹¹. Örneğin, hakem mahkemesinin ispatı için hiçbir delil sunulmamış bir vakıayı tamamen keyfi bir tutumla -takteren- sabit olmuş sayması ve buna göre hüküm kurması esası etkileyen bir iptal sebebi olarak kabul edilmelidir¹⁹².

Hakem mahkemesinin hüküm verirken maddî hukuk ilkeleriyle bağlı olması gerektiğiyle ilişkili olarak zikredilen bir diğer madde, HMK m.428/1 kuralıdır. Kurala göre davacı, iddiasını dayandırdığı vakıaları ve talebini, davalı da savunmasını ve dayandığı vakıaları dilekçesinde belirtmek durumundadır. Beyan edilen vakıanın talep veya savunma bakımından sonucu belirleyici olabilmesi ise maddî hukuka tâbidir. Nitekim bir maddî vakıanın hangi hukukî sonuca yol açacağını; örneğin hangi olayın ne tür bir tazminat isteme hakkı doğuracağını belirleyen maddî hukuktur. Bu durumda kanunun, hakem mahkemesine sunulan talep ve savunmanın, o talep ve savunmaya yol açan maddî vakıa ile birlikte sunulmasını aradığı açıktır. Bu arayışın varlık kazanmasına cevaz vermeyen bir hakem kararının iptal edilemeyeceğini ifade etmek, HMK m.428/1 hükmünün konuluş irade ve amacına ters düşer.

HMK m.428/1’de taraflar için getirilen kural, HMK m.436/1-c’de hakem mahkemesi için düzenlenmiştir. Buna göre hakem mahkemesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkan sonuç ve hukukî sebepleri kararında göstermek

¹⁹¹ Umar, s.1234. Ayrıca bkz. Ekşi, s.186; “Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da ifade edildiği üzere, taraflar, uygulanacak maddî hukuku belirlemişse, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Eğer hakemler; tarafların belirlediği maddî hukuk kurallarının dışına çıkmak suretiyle karar vermişse, o zaman yetkilerini aştıklarını kabul etmek ve bu sebebe istinaden hakem kararının iptali için mahkemeye başvurma hakkını taraflara tanımak gerekir (HMK m.439/2-ç). Ayrıca HMK’nın 439/2/e maddesinde belirtilen, ‘tahkim yargılamasının, usûl açısından sözleşmede yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu’ hükmüne dayanılabilir.”

¹⁹² Umar, s.1250. İsviçre Hukukunda hakem mahkemesi kararlarının keyfi olması halinde bunun bir iptal nedeni olduğu hakkında YİBGK. 1993/4 E. 1994/1 K., 28.1.1994 tarihli karar; “(...) İsviçre Hukukunda, 1969 günlü Tahkime ilişkin İsviçre Anlaşmasının 31/3. maddesinde aynen: “Taraflar, hakem mahkemesinin hakkaniyetle karar vermesi yolunda anlaşmadıkça, hakem mahkemesi, mevcut hukuk kurallarına göre karar verir” denmektedir. Yine aynı Anlaşmanın hakem kararının iptali (yani bozulması) nedenleriyle ilgili olarak 36. maddesinin “f” bendinde de; “Hakem kararı dosyada mevcut vakıalara aykırı olmasından veya hukuka yahut hakkaniyete aykırı bulunmasından dolayı keyfi (hatalı) ise, iptal nedenidir” hükmü öngörülmüş bulunmaktadır.” <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021.

zorundadır. Hakem kararının dayandığı hukukî sebepleri belirtme zorunluluğu, dayanağı maddî hukuk kurallarını belirtme zorunluluğu ile aynı anlama gelir. Zira ancak maddî hukukun düzenlemesi neticesinde bir vakıya hukukî sonuç bağlanabilir. Bu durumda, hakem mahkemesinin maddî hukuk kurallarına uygun hüküm vermek ve hükümde bunu açıklamak yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilebilir¹⁹³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, yüksek mahkemenin, tahkim mahkemesince verilen karara müdahalesinin sınırları belirlenirken, tahkim yargılamasının özellikleri dikkate alınmalı ve herşeyden önce bunun bir yargılama faaliyeti olduğu unutulmamalıdır¹⁹⁴. Taraflarca belirlenen usûl kurallarının uygulanması, hukukun da taraflarca oluşturulacağı anlamına gelmemektedir. Taraflar, tahkim yargılamasında uygulanmak üzere bir maddî hukuk seçimi yapmaktadır. Hakem mahkemesi de taraflarca seçilen hukuk kurallarını, maddî hukuka uygun şekilde uygulamak mecburiyetinde olmalıdır. Aksi halde, tahkim yargılamasını tercih edenin maddî hukuka aykırı her türlü kararı peşinen kabul ettiğini söylemek, tahkimin yargı güvencesinden uzak bırakıldığı anlamına gelir ve bu da tahkim müessesinin güvenilirliği ile

¹⁹³ Umar, s.1252.

¹⁹⁴ YİBGK. 1993/4 E. 1994/1 K., 28.1.1994 tarihli karar; “(...) Yasalarımızda, hakemlerin maddi hukuka bağlı olmayacakları ve hakkaniyete göre karar verecekleri hususunda bir kural yoktur. Tahkim bir yargı niteliğinde olduğuna göre, kural yasaların uygulanmasıdır. Hakemde dava açan kimse, kendi yasal hakkına dayanmış demektir. Yani, yasa uygulamasını istemektedir. Hakem önünde dava açılması halinde yasaların uygulanmayacağı gibi bir sonuca varılması için haklı nedenler bulunmamaktadır. Öte yandan, taraflar hakeme başvurmakla objektif bir uygulamadan vazgeçmiş değillerdir. Objektif uygulama istemi de ancak yasaların uygulanmasıyla oluşur. Bununla beraber taraflar, hakemlerin buyurucu maddi hukuk kuralları dışında kalan maddi hukuk kurallarının uygulanmayacağı hususunda bir anlaşma yapabilirler (Yavuz Alangoya, Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul-1973, s.153 vd.). Yine aynı yazara göre, hakemlerin maddi hukuk kurallarına aykırı olarak verdiği kararlar yönünden temyiz yolu açık tutulmalıdır. Çünkü, asıl olan hakemlerin maddi hukuk kurallarına uymak suretiyle karar vermeleridir. Her ne kadar HUMK.nun 533. maddesinde temyiz nedenleri sınırlı olarak gösterilmiş ise de, Yargıtay bu temyiz nedenlerini zaman zaman genişletmiştir. Yasanın sınırlı ifadesi yasanın amacı karşısında, daha doğrusu tahkime başvurulmasının nedenleri gözönüne alındığında, bu temyiz nedenlerinin genişletilmesi gerekir. Yasanın, belli bir hususun çerçevesini çok dar tutmak suretiyle düzenlemiş olması, yasanın amacını haklı gösterdiği hallerde bir tamamlamaya gidilmesi yani yasada bir boşluğun varlığı kabul edilerek bu boşluğun doldurulması olanaklıdır (Alangoya, age., s. 217) ... Ansay (Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1960 s. 419) ve Dayınlarlı da (Kemal Dayınlarlı, Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Erast E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara-1986, s. 798 vd.) hakem kararlarının bozma nedenlerinin genişletilebileceği görüşündedirler” <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021.

işlerliğini kaybetmesine sebep olur. Nitekim taraflardan biri verilen kararın maddî hukuka aykırı olduğunu iddia ediyorsa, burada maddî hukuka uygunluk denetimi yapmak yargılamanın bir gereğidir. Verilen hakem kararının maddî hukuka uygunluk denetiminden uzak bırakılması, kararların keyfiligi sonucunu doğurma tehlikesi taşır. Bu sebeple, verilen hakem kararının maddî hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi, kanaatimizce yargılamanın taraf iradelerine uygun şekilde gerçekleştirilmesinin güvencesini oluşturur. Böylece taraf iradelerinin üstünlüğü de koruma altına alınmış olur.

Esasa yönelik bu denetim, esasa etkili usûl alanında da kendine yer bulmalıdır. Bunu bir örnek ile ortaya koymak gerekirse; hakem mahkemesi, tarafların talebiyle şirket değerlemesine yönelik olarak bilirkişi heyetinden söz konusu şirket değerinin ve şirket hisseleri karşılığı bedelin hesaplanmasını istemiş olsun. Hakemlerin tümü de hukukçulardan seçilmiş olsun. Bilirkişi heyetinden gelen kök rapor ve ek raporlar ise farklı hesaplama yöntemlerine göre yapılmış olduğundan farklı sonuçlar içersin. Bu durumda hakem mahkemesinin, raporlar arasında çelişki bulunduğu sonucuna ulaşarak, çelişkiyi gidermeden, hiçbir raporu hükme esas almadan, bilirkişi raporlarındaki hesaplamalardan hiçbirine uymayan fahiş miktarda düşük veya fahiş miktarda yüksek bir değere takdiren hükmetmesi, bilirkişi deliline başvurmasını anlamsız kılar. Hakem mahkemesi, bilirkişi raporuna itibar etmediğinden, rapor alınmasının bir anlamı da kalmaz. Nitekim bilirkişiye başvurmadan da takdiren aynı bedele hükmedilebilir. Oysa hakem mahkemesinin teknik uzmanlık gerektiren bir hususta bilirkişi incelemesine başvurmuş olması, zaten hakemlerin anılan teknik konu üzerinde uzmanlığının bulunmaması nedeniyle tercih edilen bir yoldur. Şirket değerlemesi, hukukçulardan oluşan bir hakem heyeti için teknik uzmanlık ve hesaplama gerektiren bir iş olduğundan, bu konuda uzmanlığı bulunmayan hakemlerce söz konusu uyuşmazlık hakkında takdiren bir değer belirlenmesi mümkün olamaz.

Şimdi yukarıdaki örnek kararda verdiğimiz somut durumu, hukukumuzdaki iptal incelemesi bağlamında değerlendirelim. Hakem mahkemesi her ne kadar bilirkişi raporuyla bağlı değilse de yukarıda belirttiğimiz Yargıtay'ın yerleşik içtihadında kabul edildiği üzere; teknik uzmanlık ve hesaplama gerektiren konularda alınan bilirkişi raporundaki tespitlerin kararda dikkate alınması gerekir. Bilirkişi raporlarına itibar edilmeksizin, raporlarda yer alan değerler ile hiçbir alakası bulunmayan bir değer takdiren belirlenmesi ve bu yönde hüküm kurulması, hakem mahkemesinin takdir yetkisini aşar mahiyette bir karar olabilir. Yetki aşımı ise

bir iptal sebebidir. Aynı zamanda, delillerin takdirindeki sınırın aşılması ya da delillerin gerekçesiz bir şekilde değerlendirmeye alınmamış olması, davanın esasına etki eder. Ancak uygulamada, hakem mahkemesinin delilleri takdir yetkisinin maddî hukuka ilişkin olduğu ve Kanun'da sayılan iptal sebepleri arasında delillerin takdirinde yetki aşımına yönelik bir hüküm yer almadığı gerekçesiyle iptal davaları reddedilmektedir¹⁹⁵.

Böyle bir durumda, bize göre tarafların, hakemlerce bilirkişi raporundaki değerlere itibar edilmeden hüküm kurulmasına itiraz etme imkânı bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim hakemlerin yaptığı değerlendirme sonucu, kararın esasını etkilemektedir ve gerekçeden; delillerin incelenmediği veya değerlendirilirken takdir sınırının aşıldığı açık bir şekilde anlaşılıyorsa, artık temyiz mahkemesinin kararın iptalinin gerekip gerekmediğini incelemesi gerekir. Zira bazı durumlarda usûldeki bir eksikliğin sonuçları, ancak esasa yönelik inceleme yapıldığında tespit edilebilir. Bu durumda, anılan husustaki taraf itirazlarına rağmen, “*delillerin takdirinin, hakem mahkemesinin maddî hukuka ilişkin yetkileri arasında bulunması nedeniyle*” temyiz mahkemesinin sadece usûlden bir inceleme yaparak kararın esasına giremeyeceğinin söylenmesi, usûldeki bir bozukluğun esasa etkisinin görmezden gelinmesi demektir. Dolayısıyla kararın, kanunda sayılı iptal sebepleri çerçevesinde iptal edilemeyeceği sonucuna ulaşmak, hakem mahkemesine sonsuz bir takdir hakkı varmış gibi muamele etmek anlamına gelir ve karar, denetimden yoksun bırakılmış olur¹⁹⁶. Sonuç itibarıyla, hukukun kabul etmeyeceği bir

¹⁹⁵ YHGK 2017/1-1259 E. 2020/145 K., 13 Şubat 2020 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021.

¹⁹⁶ YİBGK. 1993/4 E. 1994/1 K., 28.1.1994 tarihli karar; “(...) *Madde 533’de dört temyiz sebebi sıralandı diye, acaba bunların mefhumu muhalifinden başka sebeplerle bozma yapılamaz manası çıkar denilebilir mi? Mevsumu muhalifinden anlam çıkarabilmek için, ulaşılan sonucun, yani 533’deki dört hal dışında, hakem kararının Türk maddi hukukuna veya atıf yapılan hukuk sistemine veya adalet ve nesafete aykırı bulunmasından ötürü temyiz edilemeyeceği ve bozulamayacağı yollu sonucun, mantığa, hukuk sistemine, hayat tecrübelerine aykırı düşmemesi, bunlara uygun olması lazımdır. Oysa, burada mefhumu muhalif deliliyle ulaşılan sonuç, mantığa, hukuka ve hayat deneyimlerine aykırı düşüyor. Zira, dikkat edilirse 533’de yer alan dört bozma sebebi usulîdir. Süreye, taleple bağlılığa, hakem kararının sonucunun iki tarafın iddialarını karşılaması ve hakemin selahiyetine ilişkindir. İşin özü, esasına dair; sözleşme veya şartla atıf yapılan kuralların uygulanmaması yada yanlış uygulanması konusu, bunlar arasında yoktur. Fakat değil mi ki yoktur, o halde, o konu Yargıtay’ca incelenemez, hakem istediği gibi karar verebilir denilir mi? Böyle bir düşünce, bir hukuk devleti olan Türkiye’de mevcut Anayasa düzeni içerisinde savunulamaz. Hakem sözleşme ve şartındaki açıklık ve mantık kuralları karşısında, savunulamaz. Hiçbir kişi, hukuka, adalete aykırı bir sonuç almak için hakeme gitemez. Ve buna katlanmaya mecbur edilemez. Burada Kanun boşluğu da varsayılmaz. Kanunda mevcut hükümleri,*

değerlendirmeye verilen kararın iptali gerektiği son derece açık bir şekilde ortadayken, iptal incelemesinin sadece şeklen yapılması nedeniyle bu kararın iptali söz konusu olamamaktadır.

Önemle ifade edilmelidir ki, tahkim yargılamasının tercih edilmesiyle devlet yargılamasından vazgeçilmiş olması, verilen kararın hukuka aykırılık teşkil etmesi halinde dahi kabul edileceği anlamına gelmez. Tarafların bir yargılama faaliyeti dışında sulh olması, haklarına değil menfaatlerine hizmet edeceğinden, sulh sözleşmesinin tarafların haklarını ne kadar tesis ettiği hukuk düzenince incelenemez. Fakat tahkim, bir yargılama faaliyetidir, tarafların menfaatlerine değil hukuken korunan hak ve taleplerine hizmet eder, kararı ise taraflar değil, hakem mahkemesi vermektedir. Bu nedenle, tahkim yargılamasında usûlî bir eksiklik veya bozukluk meydana gelmesi ve bunun da hatalı karar verilmesine sebep olması halinde, tarafların tahkim yargılamasına olan güveninin ve dolayısıyla bu yargılama türüne başvurarak üstün kılmak istedikleri iradelerinin korunması gerekir. Tahkim kararlarına karşı temyiz mercinin oluşturulmasının sebebi de budur. O halde, taraflarca bu konuda bir itiraz ileri sürülmesi durumunda, hüküm kurulurken delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunup bulunmadığı temyiz mahkemesince muhakkak titizlikle incelenmelidir.

B. İptal Sebeplerinin Re'sen Araştırıl(ama)ması

Temyiz incelemesi iptal sebepleriyle sınırlı olarak karara bağlanır. Böylece kanun koyucu temyiz mahkemesinin iptal sebeplerini genişleterek incelemesinin önünü kapatmıştır¹⁹⁷. Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri, Yargıtay'ın temyiz incelemesi esnasında, kamu düzenine ilişkin olmadıkça, ileri sürülmeyen iptal sebeplerini kendiliğinden

yukardaki düşüncelerin ışığı altında bağdaştırmak lazımdır. Yasa koyucu 533. maddede, sadece HUMK. m. 428/4'deki usuli bozma sebeplerini tafsil etmiştir. Bunun dışında, iki taraf arasındaki sözleşmenin yanlış tatbiki veya tatbik edilmemesi -ki burada hakem sözleşmesi veya şartının uygulanmaması yada yanlış uygulanması suretiyle mukavelenin ihlali veya mukavele veya şart herhangi bir kanuna atıf yaptığı halde onun uygulanmaması, yada yanlış uygulanmasıyla, kanuna aykırı davranılması hali evleviyetle 428/1. madde uyarınca Yargıtay'da temyiz ve bozma sebebi yapılabilecektir. 533. maddeyi 428/1'in uygulanmasını engelleyen bir kural saymak hatalıdır. Bu nedenle, bu gibi hallerde, hakem kararı maddi hukuka aykırılık nedeniyle temyiz edilebilmeli ve aykırılık varsa bozulabilmelidir” <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi: 26 Şubat 2021.

¹⁹⁷ L. Şanal Görgün, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2014, s.500; Özbay ve Korucu, s.254; Pekcanitez, Atalay ve Özeke (2013), s.1086; Timuçin Muşul, Medeni Usûl Hukuku, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, 2012, s. 671.

araştıramayacak olmasıdır¹⁹⁸. Yürürlükteki mevzuata göre temyiz mahkemesi, ancak taraf iddiaları doğrultusunda inceleme yapabilir, iptal sebeplerini re'sen dikkate alamaz. Tahkim yargılamasından verilen kararda iptal sebebi teşkil edecek hususlar (kamu düzeni hariç olmak üzere) bulunsa dahi taraflar, bu hususlara itiraz etmedikçe temyiz incelemesi yapılamaz.

Söz konusu kuralın uygulanmasında iki sorunla karşılaşıldığı gözlemlenmektedir. Bunlardan birincisi, hakem kararlarının derhal icra edilebilir olması nedeniyle karşımıza çıkmaktadır. Örneğin iptal kararı, tahkim anlaşmasının geçersiz veya taraflardan birinin ehliyetsiz olması ya da kararın tahkim süresi içinde verilmemesi sebeplerinden birine dayanıyorsa, artık geçerli bir tahkim anlaşmasından ve dolayısıyla uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinden bahsedilemez¹⁹⁹. Bu sorunun çözümü için doktrindeki bir görüş, kararın yok hükmünde olduğunu, hüküm ve sonuç doğurmayacağını ve yeniden yargılama yapılabileceğini ileri sürmekte²⁰⁰, bir diğer görüş kararın içerik denetiminden bağımsız olarak, geçerli sonuç doğurup doğurmayacağını, kesinleşme şerhi almış olup olmamasına göre belirleneceğini savunmaktadır²⁰¹. Başka bir görüş ise karar kamu düzenine aykırı olsa bile tarafların bu kararı kabul etmiş olması durumunda artık kararın geçerli olarak işletilmesi gerektiğini, ancak taraflardan birisinin iptal davası açmaması nedeniyle bu kararın uygulanması durumunda karardan etkilenen üçüncü kişilerin kararın yok hükmünde olduğunu belirterek aynı uyuşmazlık için devlet mahkemesinde dava açmasının uygun olacağını kabul etmektedir²⁰².

İkinci sorun, devlet mahkemesinin hakem kararını incelerken taraflarca ileri sürülen iptal sebepleriyle bağlı olmasıdır. Kanaatimizce anılan kural eleştirilmeye muhtaçtır. Taraflardan biri iptal veya temyiz yoluna başvurmuşsa, incelemeyi yapacak olan mahkemenin, itiraza konu edilen hususların hangi iptal sebebi altında inceleneceğini ve hakem kararının iptalini gerektirir nitelikte olup olmadığını belirlemesi gerektiği düşünülmektedir. Bu şekilde yapılacak belirleme, tahkim yargılamasına müdahale olmayacak, tam aksine tahkim yargılamasının sağlıklı sonuçlanmasını sağlayarak tahkim faaliyetine duyulan güveni artıracaktır. Aksi halde, bugünkü uygulamada olduğu gibi

¹⁹⁸ Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2780.

¹⁹⁹ Yıldırım, s.3017.

²⁰⁰ Umar, s.1206.

²⁰¹ Budak, s.57.

²⁰² Yıldırım, s.3017; Güçer, s.464-465.

iptal davasında mahkemenin sadece dava dilekçesinde belirtilen hukukî dayanak ile ilişkili inceleme yapması, temyiz incelemesinin amacına hizmet etmemekte ve bazı yargılamalar bakımından tamamen göstermelik ve şekli bir inceleme olarak sonuç vermektedir. Burada, taraflarca bildirilen hukuka aykırılık iddialarının temyiz mahkemesince tüm iptal sebepleri altında, maddî hukuk denetimine tâbi tutularak incelenmesi gerektiği söylenebilir. Bu şekilde, örneğin kamu düzenine aykırılık iddiasıyla yapılan başvuruya konu hususun esasında kamu düzenine aykırılık oluşturmaya bile diğer iptal sebeplerine konu olabileceği dikkate alınarak bir denetim yapılabilir. Bu denetim sonucunda gerçekten de anılan hususun başka bir hüküm gereği iptali gerektiği tespit edilebilir ve maddî hakikat tesis edilebilir. Bu durum, tahkim yargılamasının bağımsız karakterine gölge düşürecek değildir; aksine tahkime duyulan güveni artıracakı düşünülmektedir. Bu bakımdan, tarafların temyize başvuru sebeplerinin de dar yorumlanmaması gerektiği belirtilmelidir.

SONUÇ

Hakem kararına itiraz edildiğinde mahkemenin bu itirazı ne şekilde inceleyeceği ve hakem kararına ne kadar müdahale edebileceği, kanaatimizce medenî yargılama hukukunun amacıyla yakından ilgilidir. Bu, aynı zamanda, tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın denetimiyle neyin amaçlandığını da ortaya koyar. Hakem kararının denetimi, maddî hakikati ortaya çıkarmak amacıyla yapılırsa, iptal davasına bakan mahkemenin ya da temyizi halinde Yargıtay'ın, adaleti sağlama ve tarafları tatmin edecek bir sonuca ulaşma gayesiyle kararın maddî hukuka uygunluğunu incelemesi gerekir. Fakat denetim ile amaçlanan yalnızca şekli hakikati ortaya çıkarmak ve hukuk kurallarının şekli olarak doğru uygulanıp uygulanmadığını tespit etmek ise, buradan maddî hukuka uygun bir karar beklemek anlamsız olur.

Hukukumuzda bugün tercih edilen sistemde, tahkimin akdî yönü öne çıkarılmaktadır. Bunun gereği olarak iptal davasında ve temyiz aşamasında yapılan incelemeler, kanunda belirtilen iptal sebeplerinden taraflarca ileri sürülenler ile sınırlı ve şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı tutulmaktadır. Kanun'da Yargıtay'ın da bu sınırları genişletmesine izin verilmemiş ve temyiz aşamasında dahi ancak kanundaki iptal sebeplerine dayandırılan itirazların incelenebileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde, hakem kararı üzerinden yüzeysel inceleme yapılarak kararın şeklen hukuka uygunluğu araştırılmaktadır. O hâlde, kanunumuzdaki düzenlemenin maddî hakikati ortaya çıkarmaya yönelik olduğu söylenemez; şekli hakikat ile yetinilmesi yeterli görülmektedir. Bu da sonuç olarak, tahkim yargılamasıyla asıl amaçlananın, tarafların seçtiği

kurallara göre yürütülen bir yargılama faaliyetinin usûlüne uygun şekilde sonlandırılması olduğunu göstermektedir. Ancak hakem kararlarının denetime bu denli kapalı tutulması, tahkim yargılamasının uygulanan maddî hukuk yönünden taraf iradelerine uygun şekilde yürütülüp yürütülmediğinin tespitini de güçleştirmektedir. Bu bakımdan, hukukumuzdaki mevcut uygulamayı iki açıdan eleştirme gereği görülmektedir.

İlk olarak ifade edilmelidir ki tahkim yargılamasında aslolan, taraflara tanınan seçim hakkına riayet edilerek yargılamayı seçilmiş olan esaslar dairesinde yürütmektir. Fakat bu, seçilmiş olan esasların hakem mahkemesince hukuka uygun şekilde uygulanıp uygulanmadığı konusunda sınırsız bir hareket alanı vermemektedir. Katıldığımız görüşe göre, hakem mahkemesi, taraflarca seçilen usûl ve esasları uygularken maddî hukuk ile bağlıdır ve yargılama neticesinde verilen kararın da maddî hukuk hükümlerine uygun verilmiş olması gerekir. Aksi hâlde, tahkim yargılamasının akdîlik özelliğinin de ihlal edileceği sonucu kaçınılmazdır. Nitekim akdîlik unsurunu korumak için çoğu zaman yargılamaya özgü unsurlar devreye girmektedir. Taraf iradelerince seçilen maddî hukukun doğru uygulanmasını sağlamak veya delillerin adil yargılanmayı gerçekleştirecek şekilde değerlendirilmesini sağlamak üzere yapılacak bir üst mahkeme denetimi, pekâla tahkimin akdîlik özelliğini koruyan yargılama yönüyle mümkün olabilmektedir. Bu sebeple tahkimin akdîlik yönüne üstünlük tanınırken aynı zamanda bir yargılama faaliyeti olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Tahkimin yargılama faaliyeti yönü, maddî hukukun doğru uygulanması gereğini de beraberinde getirmektedir. Taraflarca belirlenen usûl kurallarının uygulanması, hukukun da taraflarca oluşturulacağı anlamına gelmemektedir. Taraflar, tahkim yargılamasında uygulanmak üzere bir maddî hukuk seçimi yapmaktadır. Hakem mahkemesi de taraflarca seçilen hukuk kurallarını, maddî hukuka uygun şekilde uygulamak mecburiyetinde olmalıdır. Zira bir yargılama faaliyeti olan tahkim, tarafların menfaatlerine değil hukuken korunan hak ve taleplerine hizmet eder. Yargılamada ise kararı taraflar değil, hakem mahkemesi vermektedir; bu yönüyle arabuluculuktan ayrılmaktadır. Bu nedenle, tahkim yargılamasında usûlî bir eksiklik veya bozukluk meydana gelmesi ve bunun da hatalı karar verilmesine sebep olması halinde, tarafların tahkim yargılamasına olan güveninin ve dolayısıyla bu yargılama türüne başvurarak üstün kılmak istedikleri iradelerinin korunması gerekir. Tahkim kararlarına karşı temyiz merciinin oluşturulmasının sebebi de budur. O hâlde, taraflardan biri bile verilen kararın maddî hukuka aykırı olduğunu iddia

ediyorsa, burada maddî hukuka uygunluk denetimi yapmak hem yargılamanın hem de taraf iradelerine üstünlük tanıyan akdilik unsurunun bir gereğidir. Yoksa tahkim yargılamasının tercih edilmesiyle devlet yargılamasından vazgeçilmiş olması, verilen kararın hukuka aykırılık teşkil etmesi halinde dahi kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Böyle bir kabul, tahkim yargılamasını tercih edenin maddî hukuka aykırı her türlü kararı peşinen kabul ettiği, tahkimin yargı güvencesinden uzak bırakıldığı anlamına gelir ve bu da kararların keyfiligi sonucunu doğurma tehlikesi taşıyacağından tahkim müessesinin güvenilirliği ile işlerliğini kaybetmesine sebep olabilir.

Hakem mahkemesinin maddî hukuka göre karar vermesi gereği, esasında kanundaki düzenlemelerde de yer bulmaktadır. HMK m.428/1'de, iddia ve savunmanın dayandırıldığı vakıa ve taleplerin birlikte sunulması düzenlenmektedir. Beyan edilen vakıanın talep veya savunma bakımından sonucu belirleyici olabilmesi ise maddî hukuka tâbidir. Benzer şekilde, HMK m.436/1-c'de ise hakem kararının dayandığı hukukî sebepleri, sabit görülen vakıalar ve bundan çıkan sonuçlarla ilişkilendirerek gerekçelendirme mecburiyeti düzenlenmektedir. Hakem kararının dayandığı hukukî sebepleri belirtme zorunluluğu, kararın dayanağı olan maddî hukuk kurallarını belirtme zorunluluğu ile aynı anlama gelir. Zira ancak bir maddî hukuk düzenlemesi ile bir vakıaya hukukî sonuç bağlanabilir. Bu durumda, hakem mahkemesinin maddî hukuk kurallarına uygun hüküm vermek ve hükümde bunu açıklamak yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmelidir. HMK m.433/3 hükmü de taraflarca özel bir hukuk seçimi yapılmış olmadıkça hakem yargılamasının maddî hukuk kurallarına tâbi olacağına işaret etmektedir (Aynı yönde bkz. MTK m.12/C-2).

Esasa yönelik bu denetim, esasa etkili usûl alanında da kendine yer bulmalıdır. Usûldeki eksikliğin sonuçları ise bazı durumlarda ancak esasa yönelik inceleme yapıldığında tespit edilebilir. Bu anlamda, HMK m.439'un (d) ve (e) bentlerinde yer verilen iptal sebepleri, maddî hukuk denetimi bakımından HMK m.433/3 hükmünü besleyici nitelikte düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakemlerin yaptığı değerlendirme sonucu kararın esasını etkilemekteyse ve gerekçeden; delillerin incelenmediği veya değerlendirilirken takdir sınırının aşıldığı açık bir şekilde anlaşılıyorsa, artık temyiz mahkemesinin kararın iptalinin gerekip gerekmediğini incelemesi gerekir. Buna örnek olarak; tarafların, hakemlerce bilirkişi raporundaki değerlere itibar edilmeden hüküm kurulmasına itiraz etme hakkı bulunduğu kabul edilmesi gerektiği gösterilebilir. Böyle bir durumda, kanunda sayılı

iptal sebeplerini dar yorumlayarak delillerin değerlendirilmesinin hakemlerin takdirinde olduğunu ve taraf talebiyle sınırlı olarak şeklen yapılan inceleme neticesinde kararın iptal denetiminden uzak kaldığını ifade etmek, hakem mahkemesinin tamamen bağımsız ve sonsuz bir takdir hakkı bulunduğu gibi hatalı bir sonuç doğurur.

Anılan çerçevede, maddî hukuka uygunluk denetiminin zorlama bir yorum olacağı yönündeki görüşe katılmadığımız ifade edilmelidir. Nitekim yargı güvencesinin bulunduğu bir hukuk devletinde, tahkim yargılamasını seçen tarafların, maddî hukuka aykırı kararı da peşinen kabul etmiş olması beklenemez. Bu yönüyle, Yargıtay'ın hakem kararlarının yargısal niteliğini öne çıkaran 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, *yerini yeni bir içtihat değişikliği almadığı da gözetildiğinde*, tahkim kararlarının maddî hukuk yönünden denetimini sağlayacak şekilde uygulanmaya devam etmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu düşüncemiz, usûl hukukunda sonuç doğuran tahkim sözleşmesinin, yukarıda yer verdiğimiz üzere esasında bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu görüşüyle de örtüşmektedir. Tahkim sözleşmesinin gerek meydana gelişi gerek uygulanışı hep borçlar hukukuna özgü ilkelerin hâkimiyetinde olduğundan, kanunda yazılı iptal sebeplerinin çoğaltılabileceği yönündeki görüşe katılmak gerekir.

İkinci eleştirimiz ise temyize konu edilen hususların yalnızca taraflarca ifade edilen iptal sebepleri altında incelenmesine yöneliktir. Yargıtay, kararın iptalini gerektiren sebepleri re'sen araştıramamaktadır. Böylece kararın gerçekte başka bir hukukî sebep (kanun maddesi) uyarınca iptali gerekse bile başvuran tarafça bu hukukî sebebe dayanılmazsa iptal/bozma kararı verilememektedir.

Kanaatimizce bu uygulama, tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde sona erdirilmesine yardımcı olabilecek yeterlilikte değildir. Burada, taraflarca bildirilen hukuka aykırılık iddialarının temyiz mahkemesince tüm iptal sebepleri altında, maddî hukuk denetimine tâbi tutularak incelenmesi, temyize konu edilen hususların hangi iptal sebebi altında inceleneceğinin ve hakem kararının iptalini gerektirir nitelikte olup olmadığının mahkemece belirlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu şekilde yapılacak belirleme, tahkim yargılamasının bağımsız karakterine gölge düşürecek değildir; aksine tahkim faaliyetine duyulan güveni artıracaktır. Bu bakımdan, tarafların temyize başvuru sebeplerinin de dar yorumlanmaması gerektiği görüşünde olduğumuz belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z, Milletlerarası Tahkim, 3.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Akil, Cenk: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 3, Yıl 2011, s. 693-732.
- Alangoya H. Y, Medeni Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Alangoya H. Y, “Medeni Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V - Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, 8-9 Eylül 2006, s. 33-54.
- Alangoya, H. Y, Yıldırım M. K. ve Deren-Yıldırım N, Medeni Usûl Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Yayınları, 2011.
- Arslan H.S, Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ve Bağlayıcılığı, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002.
- Arslan R, “Bilirkişilik Uygulaması ve Yargıtay’ın Bu Uygulamaya Etkisi”, Yargıtay Dergisi, C.15, S.1-4, 1987, s.156-184.
- Arslan R, Medeni Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), 1977.
- Arslan R, Yılmaz E. ve Taşpınar Ayvaz S, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016.
- Aydemir F, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Bahadır Z, Medeni Usul Hukukunda Kısmî Karar, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Belgesay M. R, Kanunî ve Takdiri Deliller ve Temyiz Mahkemesinin Delilleri Tetkiki, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, 1938.
- Bilge N, Medeni Yargılama Hukuku, 2.Baskı, 1967.

- Birsel M. T. ve Budak A.C, “Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?”, Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Tahkim Örneği -Cilt I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1997, s.171-249.
- Boran Güneysu N, Medeni Usûl Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, 2014.
- Budak A.C, “Hakem Kararları Maddî Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni”, Public and Private International Law Bulletin, Volume 40, Issue 1, 2020, s. 557-572. (Maddî Hukuk)
- Çakrak R, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 31, 2017, s. 659-668.
- Dayınlarlı K, “Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, 1986, s. 775-812. (Bozma Sebepleri)
- Dayınlarlı K, Milli Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Yayıncılık, 1994.
- Deren Yıldırım N, “Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 2007, s. 47-61.
- Duman H, “Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Bilirkişi Raporlarının Bağlayıcılığı”, Manisa Barosu Dergisi, 1986/5, s.13-19.
- Ekşi N, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444), Beta Yayınları, 2013.
- Erkan M, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınevi, 2013.
- Ertan K, Deniz Hukukunda Londra’da Tahkim, Beta Yayınevi, 2011.
- Görgün L. Ş, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2014.
- Gültek Ş, Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Güçer S, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Tarafından İptal Davasının Kabulüne Bağlanan Farklı Sonuçlar”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 449-466.
- Huysal B, Milletlerarası Ticari Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, 2010.

- İlhan H. A, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, 2016.
- Kalay A, “Bilirkişilik Kurumu, Fayda ve Sakıncaları”, Maliye Dergisi, 1980/43-48, s.148-159.
- Kalpsüz T, Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda İç Tahkim (m.411-448) Paneli, 23 Mart 2007, Bankacılık Enstitüsü, 2007, s. 23-30 (İç Tahkim).
- Kalpsüz T, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2010.
- Kalpsüz T, “Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri”, Yargıtay’ın 128’inci Ankara Üniversitesi’nin 50’nci Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 70’inci Kuruluş Yıldönümü- Ortak Bilimsel Toplantı, 23-24 Mayıs 1996, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 524, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No: 39, 1997, s. 91-134 (Temyiz Sebepleri).
- Kalpsüz T, “İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, 11.4.1997, s. 5-51 (İsviçre Hukuku).
- Karadaş İ, 6100 Sayılı HMK’da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, 2013.
- Karafakih H, Hukuk Muhakemesi Usûlü Esasları, 1952.
- Keser Berber L, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin Yayınları, 2001, s. 123-138.
- Konuralp C. S, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim (Arabuluculuk – Uzlaştırma), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011. (Alternatif)
- Konuralp H, Medeni Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Konuralp H, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, Türkiye Barolar Birliği Samsun Barosu Bilirkişilik Sempozyumu, 2001, s. 489-510.
- Korucu Y, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkim, Adalet Yayınevi,

2015.

Köroğlu H, Uygulamada ve İctihatta Bilirkişilik, 1995.

Kurtoğlu T, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Yetkin Yayınları, 2017.

Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III ve VI, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, 2001.

Mavioğlu O, “Bilirkişiyeye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1970/1-4, s. 371-387.

Maxwell K, (England Country Report) Practitioners Handbook on International Arbitration, Ed. by Weigand, 2002.

Muşul T, Medeni Usûl Hukuku, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, 2012.

Önder A, “Mevzuatımızda Bilirkişi Müessesesi”, Yargıtay 100. Yıl Dönümü Armağanı, 1968, 523-535.

Önen E, Medeni Yargılama Hukuku, 1979.

Özbay İ. ve Korucu Y, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m.407-444), Adalet Yayınevi, 2016.

Özbay İ, “Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014/16, s. 779-811.

Özbay İ, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınevi, 2004.

Özbay İ, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, 2013. (HMK)

Özekes M, “Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, 2010.

Özel S, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayınları, 2008.

Öztek S, “Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usûlü”, II. Uluslararası

Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009, s. 339-358.

Pekcanitez H, “Tahkim Usûlü ile İlgili İptal Sebepleri”, Makaleler Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 731-756.

Pekcanitez H ve Yeşilirmak A, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.III, 15.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Pekcanitez H, Atalay O. ve Özkes M, Medeni Usûl Hukuku, 9.Baskı, Yetkin Yayınları, 2010.

Pekcanitez H, Atalay O. ve Özkes M, Medeni Usûl Hukuku, 14.Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.

Pekcanitez H, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 19 Nisan 2011 Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi Yayını, 2011.

Postacıoğlu İ. E, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 6.Baskı, 1975.

Sarısözen M. S, Medeni Usûl Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı, 2005.

Selçuk S, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, 2018.

Süral C, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014/16, s.1377-1411.

Tanverdi S. M, Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişilik, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1991.

Taşkın Â, “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, 1997, s.169-183.

Taşpınar Ayvaz S, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, 2013.

Taşpınar Ayvaz S, “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan

- Pekcanitez'e Armağan, 2014/16, s. 469-482.
- Tekinalp Ü, "Hakem Sözleşmesinin Hukuku Mahiyeti Konusunda Düşünceler", Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler, Tartışmalar, 1965, s. 13-29.
- Toraman B, Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınları, 2017.
- Ulukuş Bulut Ş. T, MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, 2018.
- Umar B, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2011.
- Üstündağ S. ve Tanverdi S. M, "Alman Usûl Hukukunda Bilirkişilik", Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125.Yıl Dönümü, 199 s. 5-30.
- Üstündağ S, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, 2000.
- Yavuz C, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tâbi Olduğu Hükümler", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009, s. 133-177.
- Yeğengil R, Tahkim (L'arbitrage), Cezaevi Matbaası, 1974.
- Yeşilirmak A, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Yeşilirmak A, "Tahkim Sözleşmesinin Hazırlanması", XII. Milletlerarası Tahkim Semineri, 27.12.2014, s. 7-18.
- Yeşilova B, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, 2008.
- Yıldırım F, "Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan III. Cilt, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 3005-3026.
- Yıldırım K, Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, 1990.
- Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2012.

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3 (225-452), 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.

Elektronik Kaynaklar:

<https://www.casemine.com/judgement/uk/>

<https://dergipark.org.tr/>

<https://www.kazanci.com.tr/>

<http://www.legislation.gov.uk/>

<https://www.lmln.com/arbitration/procedure/>

<http://www.ibanet.org/>

<http://www.marmara-elibrary.com/>

PLATFORM ÇALIŞANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ: UBER-ASLAM VE DİĞERLERİ KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Merve KUTLU*

ÖZ

Teknolojinin ilerlemesi çalışma yaşamını önemli ölçüde etkilemekte ve değiştirmektedir. Çevrimiçi taksi hizmeti sunan Uber sürücülerinin hukuki statüsü önemli tartışmalara yol açmıştır. İngiliz Yüksek Mahkemesince verilen Uber-Aslam ve diğerleri kararı platform çalışanlarının hukuki statüsünün belirlenmesi ve dolayısıyla bağımlılık ilişkisine ilişkin son yıllarda verilmiş önemli kararlardan birisidir. Yüksek Mahkeme nihai kararını vermiş ve Uber sürücülerinin “çalışan” statüsünde olduklarını ve İş Hakları Yasası gereği belirli haklara sahip olduklarını belirlemiştir. Yüksek Mahkeme bağımlılığın belirlenmesinde; ücret ve hizmet sunumunun Uber tarafından belirlenmesi ve kontrol edilmesi, Uber’in sürücüler üzerinde uyguladığı kontrol, sürücülerin çalışmayı reddetme imkânı ve Uber sürücülerinin müşteri çevrelerini geliştirme imkânı olup olmadığı ölçütlerinden hareket etmiştir. Uber-Aslam kararında kullanılan ölçütler hukukumuzda da bağımlılığın ve dolayısıyla “işçi” statüsünün belirlenmesinde önem arz eder. Ancak her platform üzerinden iş gören kişilerin işçi olduğu sonucuna varmak kanaatimizce mümkün değildir. Bu yüzden, platform çalışmalarında bağımlılık unsuru, her somut olay bakımından öngörülen ölçütler uyarınca değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Platform Çalışmaları, İşçi, Bağımsız Çalışanlar, Çalışanlar, Uber Sürücülerini.

LEGAL STATUS OF PLATFORM WORKERS: EVALUATION OF UBER- ASLAM AND OTHERS JUDGEMENT

ABSTRACT

The advancement of technology affects and changes the working life greatly. The legal status of Uber drivers who offer online taxi services has been debated considerably. The final decision of Supreme Court, Uber-Aslam et al., is one of the most significant judgement in recent years regarding platform workers legal status

* **Arş. Gör.**, Anadolu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/ESKİŞEHİR, **e-posta:** mervekutlu@anadolu.edu.tr

ORCID : 0000-0002-8327-6496

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933998

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/04/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/04/2021

and therefore the subordination relationship. The Supreme Court has given its final decision and determined that Uber drivers have “worker” status and have the rights granted to them by the Employment Rights Act and other regulations. Determining the worker status Supreme Court used criteria’s as follow; determination on fee and standard of service by Uber; Ubers’ control on drivers; the ability of drivers to refuse to work and whether Uber drivers have the opportunity to establish any relationship with a passenger of extending beyond an individual ride. The criteria used in the Uber-Aslam decision are also important in Turkish labour law in determining the subordination relationship and the “employee” status. In our opinion, it is not possible to conclude the all platform workers legal status based on this decision. Therefore, in the platform work, the subordination relationship should be articulated in every case separately.

Keywords: Platform Works, Employee, Self-Employed, Workers, Uber Drivers.

GİRİŞ

Teknolojinin ilerlemesi hayatın her alanını olduğu gibi çalışma yaşamını da önemli ölçüde etkilemekte ve değiştirmektedir. Bu değişimin sonucunda, mal ve hizmet talebini karşılamak için dijital teknolojiler aracılığıyla çevrimiçi platformlar oluşturulmuştur. Günümüzde dijital platformlar ve uygulamalar aracılığı ile bireyler, neredeyse tüm ihtiyaçlarına hızlıca ulaşabilmektedir.¹

Platform çalışmaları, belirli bir işin görülmesi veya hizmetin sunulması amacı ile çalışanların dijital tabanlı uygulamalar ya da platform aracılığı ile bir araya getirilmesi olarak tanımlanmaktadır.² Platform çalışmalarında; müşteri, platform ve çalışan olarak üçlü bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu üçlü ilişkide müşteri kendisine hizmet sunulması veya bir işin görülmesi amacı ile platform aracılığıyla bir talepte bulunmaktadır. Çalışan da bu platform aracılığıyla müşterinin talep ettiği hizmeti sunan veya iş gören kişidir. Platform ise taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuran bir sağlayıcıdır.³ Platform üzerinden iş gören veya hizmet sunan kişi “sağlayıcı”, “partner”, “bağımsız çalışan”,

¹ Joanne Conaghan/Fischl Richard/Klare Karl, Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 13-14.

² Jamie Woodcook/Mark Graham, The Gig Economy: A Critical Introduction, Polity, Cambridge 2020, s. 10 vd.

³ Sevil Doğan, ““Uber” Platformu Çalışanlarının Hukuki Statülerine İlişkin Yaklaşımlar”, 2020, 5(1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1126.

“ortak”, “tedarikçi”, “çalışan” gibi birçok isimle anılmaktadır. Platform çalışmalarının özellikleri; platform tarafından belirlenen bir çalışma, bunun sonucu ücrete hak kazanma ve bunların bilgi ve iletişim teknolojileri yolu ile yerine getirilmesi olarak belirlenmiştir.⁴

Çevrimiçi platformlar aracılığı ile çalışmalar günümüzde oldukça rağbet görmektedir. Bunun nedenlerinin başında, bu platformların belirli bir kalite sunmayı taahhüt etmesi ve aynı zamanda daha önceki müşterilerin verdikleri puan ve derecelendirmelerin inceleme imkânı tanınarak müşteriye kendilerine hizmet sunacak kişiye karar verme imkânı sağlanmasıdır. Çevrimiçi platformlarda, birçok sektörden sunulan hizmetler bulunmaktadır. Bu hizmetler yeme-içme, çocuk veya yaşlı bakımı, web tasarımı, görsel ve iletişim tasarımlar, danışmanlık, çevirmenlik gibi oldukça çeşitlidir. Çevrimiçi platformlarda bir hizmet sunumu (Uber, Lyft, Armut.com, TaskRabbit, BlaBlaCar, Airbnb, GrubHub vb.) veya belirli bir mal satışı (Amazon, eBay, Trendyol vb.) yapılabilmektedir. Burada yapılan işin niteliği bakımından bir ayırım yapılmamıştır.⁵ Dijital ekonomi olarak da adlandırılan bu platformlarca oluşmuş dijital pazarlar, günümüzde çalışma hayatında önemli bir yer tutmaktadır.⁶

Günümüzde oldukça yaygınlaşan çevrimiçi platform çalışmalarında, çalışanların büyük bir bölümü, işlerinin düzenli olmaması nedeni ile asgari gelir ve iş güvencesinden yoksundur. Platform çalışanlarının iş görme ve hizmet sunumları süreklilik arz etmediğinden bu çalışanlar genellikle daha düşük ücretlerle çalışmaktadır.⁷ Aynı zamanda bu çalışanların önemli

⁴ Eurofound, “Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work”, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2018, s. 15 ve 53.

⁵ Doğan, Uber Platformu Çalışanları, s. 1126.

⁶ Antonio Aloisi, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labour Law Issues Arising from A set of ‘On-Demanding/gig Economy’ Platforms”, 2016, 37(3), Comparative Labour Law and Policy Journal, s. 660. Valerio De Stefano, “The Rise of “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig Economy””, 2016, 37(3), Comparative Labor Law & Policy Journal, s. 471-475. Valerio De Stefano/Antonio Aloisi, “Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human Rights Protection of Non-Standard Workers”, 2018, Bocconi Legal Studies Research Paper Series No 3125866, s. 6-7. Matti Mäntymäki/Abayomi Baiyere/İslam A.K.M. Najmul, “Digital platforms and the changing nature of physical work: Insights from ride-hailing”, 2019, 49, International Journal of Information Management, s. 452-454.

⁷ ILO, “World Employment and Social Outlook: The role of digital labour platforms in transforming the world of work”, International Labour Office, Geneva 2021, s. 147-174. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf> Erişim Tarihi 23.03.2021. Gaye Burcu Yıldız, “Atipik

bir bölümü sendikal haklarını da kullanamamaktadır. Çevrimiçi platform çalışmalarına ilişkin en önemli hukuki sorunlardan birisi de bu çalışanların hukuki statülerinin belirsiz olmasıdır. Gerçekten de platform çalışmalarında hizmet sunumu dışsallaştırılarak bu platformda çalışanlar tarafından yerine getirilmektedir. Klasik istihdam modeline göre önemli farklılıklar taşıyan bu çalışmalarda bağımlılık ilişkisinin var olup olmadığı, önem arz etmektedir. Çevrimiçi platformlar, bu platformlarda çalışanların kendi ad ve hesaplarına çalışan bağımsız çalışan olduğunu ve platform ile çalışan arasında bir bağımlılık ilişkisi olmadığını ileri sürmektedir.

Birleşik Krallık, Uber-Aslam kararında da hukuki sorun Uber sürücülerini ile Uber platformu arasındaki bağımlılık ilişkisinin tespitidir. Dünyanın pek çok yerinde ve ülkemizde de faaliyet gösteren Uber platformu internet uygulaması aracılığı ile çevrimiçi sistemler üzerinden hizmet sunan bir işletmedir. Uber-Aslam kararına konu olan somut olayda Uber sürücülerini “çalışan” statüsünde olduklarını ve bu yüzden kendilerine İş Hakları Yasası (Employment Rights Act) gereği, ulusal asgari ücret, yıllık ücretli izin ve çalışma sürelerine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşın Uber ise sürücülerini kendi ad ve hesaplarına bağımsız çalışan olduklarını bu yüzden İş Hakları Yasası gereği “çalışan” statüsünde olmadıklarını iddia etmiştir. 19.02.2021 tarihinde, Yüksek Mahkeme nihai kararını vermiş ve Uber sürücülerinin “çalışan” (worker) statüsünde olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme bağımlılık unsurunu belirlerken beş ölçütten yararlanmıştı. Bu çalışmada öncelikle bağımlılık unsurunun anlamı ve belirlenmesinde kullanılan ölçütler ve devamında Uber-Aslam kararı detaylı olarak incelenecektir.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK İŞ HUKUKUNDA BAĞIMLILIK UNSURUNUN BELİRLENMESİ

A. Bağımlılık Unsuru

İş sözleşmesinde ücret ödeme borcu bulunan işveren, işin görülmesi için yönetim hakkını elde etmekte ve işçiye emir ve talimatlar verebilmektedir. İşçi de işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği bu emir ve talimatlara uymayı kabul ettiğinde, bağımlılık ilişkisi içine girmektedir.⁸ Bu sebeple, iş sözleşmeleri yapıları gereği bir hiyerarşi ilişkisi yaratmaktadır. İşyerinde

Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi” Savaş Taşkent’e Armağan, On İki Levha, İstanbul 2019, s. 784.

⁸ Hugh Collins, Employment Law, 2th Edition, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 10.

uyulacak kuralların belirlenmesi ya da çalışma günlerinde verilecek emir ve talimatlar, bu hiyerarşi, bir başka ifade ile otorite ilişkisinden doğmaktadır. İşte bu bağımlılık ilişkisi iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmaktadır.⁹

İş sözleşmesinin belirleyici ve ayırt edici unsuru bağımlılıktır. Ücret karşılığında iş görme birçok sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Nitekim iş görme karşılığı bir ücret kararlaştırılması eser ve vekâlet sözleşmesinin de konusudur. İş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan bağımlılık, İş Kanunu m.8/1’de yer almaktadır. İş Kanunu m.8, iş sözleşmesini, “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*” olarak tanımlamıştır. Aynı zamanda TBK m.393/1, işçinin işverene bağımlı olarak iş görme edimini yerine getireceğini açıkça düzenlemiştir. O halde hukukumuzda iş sözleşmesi; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından meydana gelmektedir.¹⁰ İş sözleşmesini diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran “sine qua non” unsur bağımlılıktır. İş sözleşmesinin bağımlılık unsurunun varlığı konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur.¹¹ Hukukumuzda kural olarak bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiler işçi sayılır. O halde işçi niteliğinin belirlenmesi için bağımlılık unsurunun tespiti zorunludur. Bir başka ifade ile eğer bir çalışma ilişkisinde bağımlılık ilişkisi yoksa artık kendi ad ve hesabına bağımsız olarak sürdürülen

⁹ Collins, s. 10-11. Hugh Collins/Keith D. Ewing/Aileen McColgan, Labour Law, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 7-8 ve s. 131 vd.

¹⁰ Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan, Eskişehir 2020, s. 95. Nuri Çelik/Nürşen Canıklıoğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 148. Turhan Esener, İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 127. Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s. 25-26. Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 225. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 69. Doktrinde bir görüş, iş sözleşmesinin unsurlarının iş görme, ücret, bağımlılık ve zaman olduğunu belirtmektedir. Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeidon, Ankara 2019, s. 74.

¹¹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 148. Halid Kemal Elbir, İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 1987, s. 61. Münir Ekonomi, İş Hukuku C.1 Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul 1984, s. 74. Esener, s.127. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 25-26. Güven/Aydın, s. 95. Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, 1997, 4(2), Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, s. 105. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 74. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku C.1, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998, s. 135. Sefa Reisoğlu, Hizmet Akdi, Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri, Ankara 1968, s. 51. Süzek, s. 225. Tunçomağ/Centel, s. 69. Turgut Uygur, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar Yargılama, Olgaç Matbaası, Ankara, 1980, s. 13.

bir faaliyet vardır.¹²

Bağımlılık unsuru, hukuki ilişkide taraflardan birinin bu ilişkiyi düzenleyen, diğer tarafın ise, bu düzenlemeye uyan taraf olması sonucunu doğurur.¹³ O halde özel hukuk sözleşmelerinde bulunan tarafların eşit olduğu ilkesi burada söz konusu değildir. Bağımlılık ilişkisinin sonucu olarak, taraflar arasında hiyerarşik bir yapı vardır. Bu hiyerarşik yapı, iş sözleşmesinin akdedilerek işçinin özgür iradesi ile bu yapıyı kabul etmesi sonucu oluşur.¹⁴

Yargıtay da birçok kararında bağımlılığın iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olduğunu öngörmektedir.¹⁵ Yargıtay 2016 yılında verdiği bir kararda bağımlılık unsurunu şu şekilde nitelendirmektedir: “İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.”¹⁶

¹² Güzel, İşçi Kavramı, s. 97. Kuban Arzu, “Yeni İstihdam Türleri Açısından İşçi Kavramı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, GSI/İB, İstanbul 1997, s. 93. Süzek, s. 225. Sevil Doğan, İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin, Ankara 2016, s. 99.

¹³ Doğan, Bağımlılık Unsuru, s. 98.

¹⁴ Collins, s. 10. Güzel, İşçi Kavramı, s. 102. Güzel Ali, “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı...”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 27. Süzek, s. 225-226.

¹⁵ Yargıtay 9. HD. T. 03.05.2012, E. 2010/7939, K. 2012/15559, Çalışma ve Toplum, 2012, 4(35), s. 300-304. Yargıtay 9. HD. T. 21.04.2011, E. 2009/10827, K. 2011/12158, Çalışma ve Toplum, 2011, 4(31), s. 248-252. Yargıtay 9.HD. T. 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 10. HD. T. 05.02.2013, E. 2013/327, K. 2013/1329, Çalışma ve Toplum, 2013, 4, s. 541-546. Yargıtay 9. HD, T. 18.10.2016, E. 2016/18122, K. 2016/18067, <https://offcampus.anadolu.edu.tr:2081/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-18122-k-2016-18067-t-18-10-2016> Erişim Tarihi 21.03.2021.

¹⁶ Yargıtay 9. HD. T. 18.10.2016, E. 2016/18122, K. 2016/18067 <https://offcampus.anadolu.edu.tr:2081/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-18122-k-2016-18067-t-18-10-2016>

Bağımlılık unsurunun niteliği uzun yıllar karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda tartışılmıştır. Bağımlılığın aslında ekonomik bir bağımlılık olduğu görüşü doktrinde belirtilmişse de, zaman içinde bu görüş terkedilmiştir. Fransız doktrininde, ekonomik bağımlılık kavramının hem belirsiz olduğu hem de iş hukukundaki yeni gelişmeler dikkate alındığında iş hukukunun kapsamını önemli ölçüde sınırlandırdığı belirtilmiştir.¹⁷ Ekonomik bağımlılık ile, taraflardan birinin ekonomik gücünü kötüye kullanmasının farklı kavramlar olduğu da belirtilmiştir.¹⁸ 1931 yılında Fransız Yargıtay’ınca verilen *Bardou* kararı, bağımlılığın niteliğine ilişkin önemli bir karardır. Bu kararda Yüksek Mahkeme, bir çalışma ilişkisinde çalışanın yasal statüsünün bu kişinin zayıflığı ya da ekonomik bağımlılığı ile belirlenemeyeceğine; bunun ancak taraflar arasındaki sözleşme ile tespit edilebileceğine karar vermiştir. Mahkeme devamla, işçinin bu sözleşme ilişkisi dolayısıyla tabiiyetinin de hukuki bir bağımlılığa işaret ettiğini belirtmiştir. *Bardou* kararında kullanılan terminoloji daha sonraki içtihatlarda da Yüksek Mahkemece sürdürülmüştür. İş sözleşmesinin belirlenmesi için kullanılacak ölçüt, taraflardan birinin geçimini sağlamak için diğer tarafa bağımlılığıdır. Bir başka ifade ile ekonomik değil hukuki bir bağımlılığın varlığıdır. Hukuki bağımlılık da işveren ve işçi arasında bir güç ilişkisi varlığından kaynaklanmaktadır.¹⁹ Yine İngiliz doktrininde ve yargı kararlarında sıklıkla “*taraflar arası pazarlık gücündeki eşitsizlik*”ten bahsedilse de burada kastedilen ekonomik bir bağımlılık değildir. İngiliz hukukunda, bağımlılık ilişkisinin işçinin, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği bu emir ve talimatlara uymayı kabul ettiğinde doğduğu belirtilerek, aslında hukuki bağımlılığa atıf yapılmaktadır.²⁰

Türk İş Hukuku doktrininde de bağımlılığın kişisel mi yoksa hukuki nitelikte mi olduğuna ilişkin tartışmalar mevcuttur. Doktrinde bazı yazarlar, işçinin iş görme edimini işverenin emir ve talimatları altında gerçekleştirdiği ve işverenin belirlediği bir organizasyona dâhil olduğu gerekçesiyle bağımlılığın kişisel olduğunu savunmaktadır.²¹ Bağımlılığın hukuki nitelikte

Erişim Tarihi 21.03.2021.

¹⁷ Elsa Peskine/Cyril Wolmark, *Droit du Travail*, 13. ed, Dalloz, Paris 2020, s. 33, parag 42.

¹⁸ François Gaudu/Florence-Bergeron Canut, *Droit du Travail*, 6.ed, Dalloz, Paris 2018, s. 68-69, parag. 67. Martine Le Bihan- Guénolé, *Droit du Travail*, 16.ed, Hachette, Paris 2019, s. 66-67.

¹⁹ Karar için bkz. Peskine/Wolmark, s. 33, parag 43-44.

²⁰ Collins, s. 10. Collins/Ewing/McColgan, s. 7-8 ve s. 131 vd.

²¹ Reisoğlu, s. 52. Esener, s. 127.

olduğunu savunanlar ise işçi ve işverenin iş sözleşmesi dolayısıyla, hiyerarşik bir yapı içine girdiklerini bu sebeple bağımlılığın hukuki nitelikte olduğunu savunmaktadır. Böylece işçi iş sözleşmesi ile işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu ve hiyerarşik bir yapılanma içine girdiğini kabul etmektedir.²² Doktrinde karma görüş olarak adlandırılabilir diğer görüş ise bağımlılığın iş sözleşmesinin niteliği gereği hem kişisel hem de hukuki nitelik taşıdığını belirtmektedir.²³ İş sözleşmesi ile çalışanların sözleşme ile üstlendikleri iş görme edimini işverenin emir ve talimatlarına göre, onun yönetim, denetim ve gözetiminde yapmaları kişisel bağımlılığa; iş sözleşmesinin doğasında bulunan bir hukuki hiyerarşi içinde yer almaları da hukuki bağımlılığa işaret eder.²⁴ Yargıtay'ın önceki uygulamasında ise hem kişisel²⁵ hem de hukuki bağımlılık²⁶ kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Ancak son yıllarda Yargıtay'ca karma görüş benimsenerek işçi ve işveren arasında hem hukuki hem de kişisel bağımlılık ilişkisinin olduğu belirtilmektedir.²⁷

²² Güzel, İşçi Kavramı, s. 97 vd.

²³ Süleyman Başterzi, "Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması ", 2010, 17, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 181. Doğan, Bağımlılık Unsuru, s. 130. Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", 2010, 19, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 63-73. Süzek, s. 225. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 60. Fevzi Şahlan, "İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi", 2011, 65, Tekstil İşveren Dergisi, s. 2-6.

²⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 60.

²⁵ "Şirket ortağının işçi olarak çalıştığı kabulü için özellikle kişisel bağımlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır. İşverenin otoritesi altında çalışan onun emir ve talimatlarına göre iş görme zorunda olan işçinin iş sözleşmesine bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgili olduğu; iş sözleşmesinin özünde bir bağımlılık/otorite ilişkisinin bulunduğu hususu dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır" Yargıtay 9. HD. T. 18.02.2011, E. 2009/4638, K. 2011/3879, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 9. HD. T. 18.03.2013, E. 2010/51284, K. 2013 /9060, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 21.03.2021.

²⁶ Yargıtay 21. HD. T. 14.02.2013, E. 2013/955, K. 2013/2512, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 21.03.2021. "Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. İş sözleşmesinde çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir." Yargıtay 10. HD. T.04.03.2013, E. 2011/18864, K. 2013/3809, <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 22.HD. T. 21.05.2013, E. 2012/16979, K. 2013/11856, <<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/anonim-sirket-genel-mudurleri-ile-sirket-arasindaki-uyusmazliklarda-ticaret-mahkemesinin-gorevli-olacagi>> Erişim Tarihi 21.03.2021.

²⁷ Yargıtay 9. HD. T. 03.05.2012, E. 2010/7939, K. 2012/15559, Çalışma ve Toplum, 2012, 4 (35), s. 300-304. Yargıtay 9. HD. T. 21.04.201, E. 2009/10827, K. 2011/12158, Çalışma ve Toplum, 2011, 4 (31), s. 248-252. Yargıtay 9.HD. T.22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 10. HD. T.

İş sözleşmesinde bağımlılık denildiğinde, hukuki bir bağımlılık anlatılmak istenmektedir. İşçinin işverence verilecek emir ve talimatlara göre iş görmesi, bu bağımlılığın hukuki bir nitelik taşıdığını göstermektedir. Bununla birlikte, işgücü işçinin kişiliğinin bir parçasıdır iş görme edimini işverenin yönetim, denetim ve gözetiminde ifa etmektedir. Bir başka anlatımla işveren, işin görülmesi için gerekli olan işçinin çalışma şekli, yeri, zamanı ve işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatları verir.²⁸ Fikrimizce bu sebeple bağımlılık, iş sözleşmesinin niteliği gereği, hem kişisel hem de hukuki nitelik taşımaktadır. Bir başka deyişle, iş ilişkisinin yapısı gereği, bağımlılık hem hukuki hem de kişisel nitelikte olup bu iki nitelik birbiri ile yakından ilişkilidir.

İş sözleşmesinde, işçi işverene bağımlı olarak iş görmekle birlikte, her hukuki ilişkide bu bağımlılığın ölçütü farklıdır. Bir başka deyişle, iş ilişkisinde bağımlılık kavramı görece bir nitelik taşır.²⁹ Bağımlılık her iş ilişkisinde farklı bir yoğunluğa sahiptir, kapsamı ve derecesi değişkenlik gösterebilir.³⁰ İşin niteliği ve işçinin işyerindeki hiyerarşik konumuna göre bağımlılığın derecesi artabilir veya azalabilir. İşçinin iş görme edimini ifa ederken özgürlüğü arttıkça; işi nerede, ne zaman, nasıl göreceği vb. hususlardaki bağımlılığı da azalır.³¹ Bağımlılığın tespitinde işin yürütüm şartları önem arz etmektedir.³² Bir başka ifade ile her işçi bakımından bağımlılık düzeyi, somut olayın özelliğine göre değişkenlik gösterebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, iş sözleşmesinin varlığı için bağımlılık unsurunun tespiti gerekli ve zorunludur.

B. Hukuki ve Kişisel Bağımlılığın Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler

Bağımlılık unsurunu klasik istihdam modelinde belirlemek nispeten kolaydır. Bu çalışma modelinde, işçi işverenin belirlediği saatlerde ve

05.02.2013, E. 2013/327, K. 2013/1329, Çalışma ve Toplum, 2013, 4, s. 541-546. Yargıtay 9. HD. T. 18.10.2016, E. 2016/18122, K. 2016/18067, <<https://offcampus.anadolu.edu.tr:2081/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-18122-k-2016-18067-t-18-10-2016>> Erişim Tarihi 21.03.2021.

²⁸ Süzek, s. 226.

²⁹ Süzek, s. 226.

³⁰ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 77. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 60.

³¹ Mollamahmutoglu H./Astarlı M, İş Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 302.

³² André Brun/Henri Galland, Droit du Travail, Les Rapports Individuelles de Travail, 2.ed, Sirey, Paris 1978, s.249.

işyerinde, işverence verilen emir ve talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu ifa eder. İş sözleşmelerindeki bağımlılık unsuru, işverenin yönetim hakkı ile somutlaşır.³³ İşçinin bağımlılığı hukuki bir bağımlılıktır.³⁴ Hukuken bağımlı çalışma; işverence çalışılacak yerin, çalışma saatlerinin belirlenmesi, araç, gereç ve mamullerin işverence sağlanması, iş görme ediminin ifasının işverenin denetim ve gözetiminde gerçekleşmesi ve çalışanın kendisinin ücretli bir çalışanın bulunmamasını ifade eder.³⁵ Bağımlılığın sonucu olarak işçi işi nedeni ile ekonomik bir risk taşımamakta, bu riski işveren üstelenmektedir.

Teknolojinin ilerlemesi, atipik istihdam modellerinin yaygınlaşması ile, bağımlılık unsuru tespiti oldukça güç ve hatta varlığı tartışmalı bir kavram haline gelmiştir.³⁶ Yeni istihdam modelleri, üretim ve iş organizasyonu tekniklerindeki değişimler, atipik iş ilişkilerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu sebeple işyeri ve çalışma süreleri kavramlarında da değişimler ortaya çıkmıştır. İletişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucu, çalışanlar kablosuz ağlar aracılığı ile işyeri fiziki sınırlarına bağlı kalmaksızın istedikleri yerde iş görebilmektedir. Aynı zamanda çalışma süreleri de klasik istihdam modelindeki gibi kesin sınırlarla belirlenmemektedir. Bu nedenle bağımlılık unsurunun tespitinde, bu çalışmaları da kapsamına alan daha esnek yardımcı ölçütler belirlemek günümüz koşullarında zorunluluk haline gelmiştir.³⁷

İşçinin işverenin iş organizasyonunda iş görmesi ölçütü, bağımlılık unsurunun belirlenmesinde, daha esnek yardımcı bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.³⁸ Fransız hukuku kaynaklı bu ölçüt, atipik istihdam biçimlerini ve tek-

³³ Güzel, İşçi Kavramı, s. 2. Sümer, s. 69. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 59-60. Süzek, s. 226-227. Başterzi, Avukatla Bağlılanan Sözleşme, s. 32.

³⁴ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 77.

³⁵ Gerard Lyon-Caen/Jean Pélissier/Alain Supiot, Droit du Travail, 17 ed., Dalloz, Paris 1994, s. 167. Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 305. Anne Marie Simon/Sandrine Maillard Pinon/Brigitte Hess Fallon, Droit du Travail ,25.ed, SIREY, Paris 2019, s. 92-93.

³⁶ Antoine Jemmaud, “L’avenir sauvegarde de la qualification de contract de travail, A propos de l’arret Labbane”, Mars 2001, Dr. Soc. No.3, s. 232-235.

³⁷ Süleyman Başterzi, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2011, s. 105. Münir Ekonomi, “Türk Endüstri İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Yeni Çözümler ”, Temmuz 1998, 1(5), Kamu-İş Dergisi, s. 18. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 59. Güzel, İşçi Kavramı, s. 23, 29. Kuban, s. 62. Jean-Emmanuel Ray, “Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination”, 1992, Droit Social, s. 526. Süzek, s. 227.

³⁸ Mustafa Alp, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s. 807. Ercan Akyığıt, İş Hukuku, 9. Baskı, Seçkin, Ankara 2013, s. 95. Başterzi,

nolojik gelişmelerin getirdiği değişimleri de kapsamaktadır.³⁹ İşverene ait bir organizasyonda iş görmenin de işverence işin yürütüm koşullarının tek taraflı olarak belirlendiğinden, bağımlılığın göstergesi olabilir. Doktrinde işverene ait iş organizasyonunda çalışmanın, bağımlılık unsurunu belirlemede, işverenin yönetim hakkına alternatif bir ölçüt olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁰

Fransız hukukunda bağımlılığın belirlenmesinde temel ölçüt, işveren otoritesi yani yönetim hakkıdır. 1996 yılında verdiği kararda Fransız Yargıtay'ı; bağımlılığın işverenin yönetim hakkına dayanarak emir ve talimat vermesi, kontrol etmesi ve bu emir ve talimatlar yerine getirilmediğinde yaptırım uygulaması sonucunu doğuran bir ilişki ve hiyerarşi yarattığını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme 2018 yılında “*Take Eat Easy*” platformunda çalışan işçilerin hukuki statüsüne ilişkin verdiği kararda da bu temel prensibi kullanmıştır. Bu kararda, mahkeme bağımlılık unsurunun var olduğunu çünkü hizmetin sunulmasına ilişkin işverenin yönetim yetkisinin kullanıldığı ve işçilerin işverenin denetim ve gözetimi altında iş gördüğünü belirtmektedir. Kararda belirtilen yönetim, denetim ve gözetim yetkilerinin kullanımının bağımlılığı karakterize eden unsurlar olduğu da belirtilmiştir.⁴¹

Bağımlılık ilişkisinin sonucu olarak, işverenin emir ve talimat verebilmesi, işçilerin işverenin denetim ve gözetiminde iş görmesi ve işverenin yaptırım uygulayabilme yetkileri vardır.⁴² İşverenin yaptırım uygulama gücünün hukuki bağımlılık ve iş sözleşmesinin doğal sonucu olduğu söylenebilir. 2018 yılında verilen kararda, denetim ve gözetim yetkisi ve yaptırım uygulayabilme gücü belirleyici olmuştur. *Take Eat Easy* kararında görüldüğü üzere, platform, çalışanlarını eş zamanlı takip etmek için yer belirleme sistemlerini kullanmıştır. Bu durum işverenin kontrol, denetim ve gözetim yetkisini kullandığını göstermektedir. Aynı zamanda işverenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde “ceza” uygulaması da bağımlılığın

Değerlendirme, s. 4 vd. Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul 2007, s. 79. Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, Beta, İstanbul 2003, s. 7-8. Doğan, Bağımlılık Unsuru, s. 206. Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, s. 59-60. Güven/Aydın, s. 97. Güzel, İşçi Kavramı, s. 29. Kuban, s. 62-63. Ünal Narmanlioğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta, İstanbul 2014, s. 172. Süzek, s. 228.

³⁹ Gaudu/Canut, s. 74, parag 73. Kararlar için bkzn. Cass. Soc. 1 Juill 1997 no. 94-43.998, Bull. Civ. V, no.242. Cass. Soc. 13 Nov. 1996 no. 94-13.187 Bull. Civ. V, no.396.

⁴⁰ Gaudu/Canut, s. 75, parag 74.

⁴¹ Cass. Soc. 28 Novembre 2018, no. 1737. <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html> Erişim Tarihi 23.03.2021.

⁴² Cass. Soc. 13 Dec 2005, no: 04.18.104.

var olduğunu göstermektedir.⁴³ Bağımlılık unsurunun tespitinde, taraflar arasındaki sözleşme veya sözleşmede kullanılan terimler değil, gerçek fiili durum esas alınarak bir değerlendirme yapılır.⁴⁴ İşverenin iş organizasyonuna dâhil olmak, iş görme edimini işverenin yönetimi altında ve talimatları doğrultusunda ifa etmek bağımlılık ilişkisinin varlığını gösterir.⁴⁵ Bağımlılık ilişkisinin varlığının tespitinde, işverenin yönetim yetkisini kullanması, emir ve talimat verebilmesi, işçilerin işverenin denetim ve gözetiminde iş görmesi ve işverenin yaptırım uygulayabilme yetkileri her zaman çok açık olarak belirlenemeyebilir. Bu yüzden karşılaştırmalı hukukta bağımlılığın belirlenmesinde “başkasının iş organizasyonuna katılma” ölçütü alternatif olarak kullanılmaktadır. Başkasının iş organizasyonuna katılma, araç ve malzeme tedariki veya çalışma yeri ve sürelerinin işverence belirlenerek işçiye bu konuda bir seçim imkânı tanınması şeklinde kendini gösterebilir. Fransız Yargıtay’ının önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bir doktorun işverence sağlanan bir klinikte ve işverence sağlanan araç ve malzemelerle hasta tedavi etmesinin ve belirli çalışma sürelerine uymasının hukuken bağımlılığın göstergesi olabileceği belirtilmiştir.⁴⁶

Yargıtay da işçinin, işverenin iş organizasyonunda iş görmesini ve bu organizasyona dâhil olmasını bağımlılığın belirlenmesinde yardımcı bir ölçüt olarak kullanmaktadır.⁴⁷ 2014 yılında verdiği bir kararda Yargıtay, *“Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni*

⁴³ Peskine/Wolmark, s. 34-35, paragraf 47. Jean-Emmanuel Ray, Droit du Travail, 28.ed, Wolters Kluwer, Paris 2020, s. 16-17, paragraf 11.

⁴⁴ Cass. Soc. 17 Avril 1991, no. 88-40. 121, Bull. Civ. V. No. 200. Gaudu/Canut, s. 77, paragraf 75. Aynı görüşte, Gaye Baycık, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, On İki Levha, Ankara 2018, s. 17-18

⁴⁵ Narmanlıoğlu, s. 172. Peskine/Wolmark, s. 34-35, paragraf 47.

⁴⁶ Cass. Soc. 7 December 1983 Bull. Civ.V, no.592.

⁴⁷ Yargıtay 9.HD. T. 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 21.03.2021. Sümer, s. 63-73. Yargıtay 10 HD. T. 24.02.2014, E. 2013/4466, K. 2014/3445 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 9 HD. T. 10.09.2014, E. 2012/16961, K. 2014/26011, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 9HD. T. 21.01.2014, E. 2011/50648, K. 2014/775, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 22 HD. T. 21.02.2014, E. 2013/5135, K. 2014/3338, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 21.03.2021.

istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir.” şeklinde görüş belirtmiştir.⁴⁸

Başkasına ait iş organizasyonunda iş görülmesi ölçütü, bağımsız çalışanları da kapsayacak şekilde yorumlanmamalıdır. İşverenin iş organizasyonunda mal ve hizmet üretimi amacıyla görev almakla birlikte, kendi işletmesi olan kimseler bağımlı çalışan değildirler. Kendine ait müşteri çevresi olan, karar verme özgürlüğü olan, mal ve hizmet üretimini ve faaliyetlerini tek başına belirleyen, işletmesinin ekonomik riskini taşıyan kimseler iş sözleşmesine göre bağımlı çalışan kişiler değildirler.⁴⁹ Bağımlı çalışmanın belirlenmesinde bir başka yardımcı ölçüt de çalışanın, ekonomik faaliyetin riskini taşıyıp taşımadığıdır. Çalışanın ekonomik riski taşıması, somut olayda bağımlı bir çalışma olmadığını gösterebilir. Müşteri çevresi ve çalışanı bulunmaması, bağımlı çalışmanın tespitinde kullanılan bir diğer ölçüttür. Bağımsız çalışmada, işletme sahibi ya da girişimcinin aslen kendisine ait bir müşteri çevresi vardır. Ancak bu ölçüt her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir. Örneğin, işverene ait bir klinikte çalışan bir doktorun hastaları, aslında kliniğin hastalarıdır. Bu durum, doktorun işçi olduğunu gösterebilir.⁵⁰ Yine kişinin işçi çalıştırması kişinin bağımsız bir çalışan olduğunu gösterebilir.⁵¹ Çalışanın ücretlerinin hesaplanmasının da bağımlılığın belirlenmesinde bir ölçüt olabileceği belirtilmektedir.⁵² Ancak burada dikkat edilmelidir ki, çalışanlar ücretlendirmede, belirli değişkenlik sonucunu doğuracak iş sözleşmesi hükümleri ile her zaman ekonomik riskin bir kısmını dolaylı olarak üstelenebilir. Burada önemli olan, ekonomik riske katılımın belirlenmesidir.⁵³

⁴⁸ Yargıtay 10 HD. T. 24.02.2014, E. 2013/4466, K. 2014/3445, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 21.03.2021.

⁴⁹ Başterzi, Avukatla Bağlıtlanan Sözleşme, s. 39. Antoine Mazeaud, Droit du Travail, 10.ed, LGDJ, Paris 2016, s. 25, parag. 22. Sümer, s. 65. Süzek, s. 228.

⁵⁰ Cass. Soc. 13 Janv. 2000, no. 97-17.766, Bull Civ. V, n. 205.

⁵¹ Cass. Soc. 7 Mars 1979, Bull. Civ. n. 205. Peskine/Wolmark, s. 35, parag 48.

⁵² Cass Soc. 15 Mars 2001, no.99-17.832 <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007417548?isSuggest=true>> Erişim Tarihi 21.03.2021.

⁵³ Peskine/Wolmark, s. 35, parag 48.

İçtihat hukuku, karma metot olarak adlandırılabilir bir yöntem benimsemiştir. Bu metotla, içtihatlarla belirlenen yardımcı ölçütlerin hepsi değerlendirilerek bağımlılık unsura ilişkin değerlendirme yapılmaktadır. Ancak bu yardımcı ölçütlerin önemi her somut olayda farklılık arz etmektedir. İşverenin çalışma sürelerini ve çalışılacak yeri belirlemesi, araç ve gereçleri sağlaması ve tek bir işveren için çalışma kriterleri bağımlılığın tespitinde kullanılmakla birlikte; bu ölçütlerin somut olayda bulunması bağımlılık ilişkisini kesin olarak belirlemez. Örneğin, bir konferansta çevirmenlik yapma borcunu üstelenen kişi konferansın olduğu saatte toplantıda bulunmak zorundadır. Çalışma saatlerinin belirlenmesi bu örnekte çalışanın bağımlı çalıştığını göstermez. Yine aynı şekilde, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların birden fazla işverenin olması da mümkündür.⁵⁴

Yine yardımcı ölçütlere başvurabilmek için işverenin yönetim, denetim ve gözetim yetkisinin somut olayda tam olarak belirlenmemiş olması gerekir.⁵⁵ İşçi niteliğinin belirlenmesi, çalışma ilişkisinde “bağımlılık” unsurunun değerlendirilmesini gerektirir. Hukukumuzda da, bağımlılık unsurunun belirlenmesinde, tek bir ölçütten hareket edilemeyeceği, birçok yan ölçütün değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁶

Yargıtay da yargı kararları ve doktrinde belirlenen ölçütlerin yardımcı olgular olduğu görüşünü paylaşmaktadır. 2014 yılında verdiği bir kararda Yargıtay “İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez.” şeklinde görüş belirtmiştir.⁵⁷

⁵⁴ Gaudu/Canut, s. 73-74. parag 72.

⁵⁵ Cass Soc. 13 Dec 2005, no: 04.18.104, Peskine/Wolmark, s. 36, parag 50.

⁵⁶ Başterzi, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, s. 32. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 151-152. Doğan, Bağımlılık Unsuru, s. 222 vd. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 59-60. Güven/Aydın, s. 98. Güzel, Ölçüt Arayışı, s. 28-29. Narmanlioğlu, s. 171-172. Süzek, s. 227. ILO Employment Relationship Recommendation, 2006, s. 47.

⁵⁷ Yargıtay 9HD. T. 21.01.2014, E. 2011/50648, K. 2014/775, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>

İngiliz hukukunda “işçi” (employee) ve “çalışan” (worker) kavramları ayrı olarak İş Hakları Yasası ile düzenlenmiştir. İş Hakları Yasası 230(1)’e göre işçi; “iş sözleşmesi ile iş gören veya hizmet sunan kimse”dir. İş Hakları Yasası 230(2)’de ise, iş sözleşmesi; “konusu bir hizmetin görülmesi veya çıraklığın yerine getirilmesinin açık veya örtülü şekilde kararlaştırıldığı yazılı veya sözlü olarak hazırlanan sözleşme”dir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, içtihatlarında bir kimsenin kendi hesabına mı yoksa başkası ad ve hesabına mı çalıştığı temel sorusunu cevaplamak için belirli testler öngörmüştür. Yüksek mahkeme bu soruyu cevaplamak için öncelikle işçinin iş organizasyonunun ayrılmaz bir parçası olup olmadığına ilişkin entegrasyon testini uygulamaktadır.⁵⁸ Bununla birlikte, ekonomik gerçeklik testi ile de çalışanın kendi ad ve hesabına çalışıp çalışmadığı, ücretin ödenme şekli araştırılmaktadır.⁵⁹ Yüksek Mahkeme işçi niteliğinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda karşılıklı yükümlülük ve kontrol testini de uygulamaktadır. Karşılıklı yükümlülük testinde mahkeme, işverenin belirli veya asgari bir süre için işçiye iş vermeyi taahhüt edip etmediğini değerlendirilmektedir.⁶⁰ Kontrol testinde ise mahkeme, bağımlılık

gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 21.03.2021. Aynı doğrultuda; “İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, karvezarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.” Yargıtay 22 HD. T. 21.02.2014, E. 2013/5135, K. 2014/3338, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 9 HD. T. 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 10 HD. T. 24.02.2014, E. 2013/4466, K. 2014/3445 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 9 HD. T. 10.09.2014, E. 2012/16961, K. 2014/26011, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 9 HD. T. 21.01.2014, E. 2011/50648, K. 2014/775, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 21.03.2021. Yargıtay 22 HD. T. 21.02.2014, E. 2013/5135, K. 2014/3338 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 21.03.2021.

⁵⁸ Bknz. Stevenson, Jordan Harrison Ltd v MacDonald & Evans [1952].

⁵⁹ Bknz. Market Investigations Ltd v Minister of Social Security [1969].

⁶⁰ Bknz. Carmichael and Leese v. National Power Plc [1998].

unsurunu işverenin yönetim hakkının kullanmasına göre belirlemektedir.⁶¹ Bu test uyarınca, işin nerede ve ne zaman ifa edileceği, işin görülmesine ilişkin organizasyonun kim tarafından belirlendiği sorusu cevaplanmaktadır. Günümüzde Yüksek Mahkeme, bu belirlenen testlerin hepsini somut olayın özelliğine göre uygulayarak işçi statüsünün varlığına karar vermektedir.⁶² İş sözleşmesinin varlığına ilişkin uyuşmazlıklara Yüksek Mahkeme, son yıllarda özellikle işçinin ücret alıp almadığı, ücretin ödenme şekli, işten çıkarma hak ve yetkisinin varlığı ve kullanım şekli, işletme riskinin kim tarafından üstlenildiğini araştırmaktadır. Bu kriterlere göre yapılacak değerlendirme sonucunda bağımlılık ilişkisinin kurulamadığına kanaat getirmesi halinde, kendi ad ve hesabına bağımsız çalışmanın varlığına hükmetmektedir.⁶³

İngiliz Hukukunda, işçiler (employees) hem hukuki düzenlemelerde hem de sözleşmelerde öngörülen tüm haklara sahiptir. Çalışanlar (workers) ise, sadece hukuki düzenlemelerde açıkça bu hakların çalışanlara da uygulanacağını belirtildiği sınırlı haklara sahiptir. Bir başka ifade ile İngiliz hukukunda, işçi ve çalışan statülerinin hukuki sonuçları farklıdır. İşçiler, Yasalarda ve diğer hukuki düzenlemelerde yer alan her hakka sahip iken, (örneğin; iş sözleşmesinin sona ermesinde bildirim sürelerine uyulması, haksız işten çıkarmaya karşı korunma ve işten çıkarma tazminatına hak kazanma, esnek çalışma talep hakkı, acil hallerde izin talep etme hakkı vb.); çalışanlar sadece belirli haklara sahiptir. Bununla birlikte ulusal asgari ücretin uygulanması, ücretlerden hukuka aykırı kesinti yapılmaması, ücretli tatillere hak kazanma, asgari ara dinlenmeleri, haftalık 48 saatten fazla çalışmama veya bu haktan vazgeçme, hukuka aykırı şekilde ayrımcılığa maruz kalmama, bilgi uçurma (whistleblowing) halinde korunma, kısmi süreli çalışmaları halinde bu sebeple ayrımcılığa maruz kalmama hakkı işçilerin yanı sıra çalışanlara

⁶¹ Bknz. Cassidy v Ministry of Health [1951]

⁶² Deborah J. Lockton, Employment Law, 3rd edition, Macmillan, London 1999, s.15-20.

⁶³ Simon Deakin/Orsola Razzolini, “The Need To Go to Beyond The Contract: ‘Economic’ and Bureaucratic Dependence in Personal Work Relations”, 2010, 31(2), Comparative Labour Law and Policy Journal, s. 283. Barbara Grandi, “Let’s Deconstruct the Meaning of Dependant Work to Enlarge The Scope of Labour Law”, 2014, 4(4), International Journal of Business and Social Research, s. 34-48. Barbara Grandi, “Would Europe Benefit From the Adoption of a Comprehensive Definition of the Term ‘Employee’ Applicable All Relevant Legislative Modes?”, 2008, 24(4), The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, s. 495-510. Simon Deakin/S. Morris Gillian, Labour Law, 6th edition, Hart Publishing, London 2012, s. 170-172. Simon Deakin, “Interpreting Employment Contract: Judges, Employers, Workers”, 2004, 20(2), International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, s. 210.

da tanınmıştır. Çalışanların ayrıca, yasada öngörülen hastalık ödemesi ve ebeveynlik ödemelerine hak kazanabilmeleri de mümkündür.⁶⁴

II. UBER v. ASLAM KARARI

A. Aslam Kararına Konu Somut Olay

Uber-Aslam ve diğerleri kararı son yıllarda platform çalışanlarının hukuki statülerine ilişkin verilen önemli kararlardan biridir.⁶⁵ Uber-Aslam kararına konu olan somut olayda, Uber sürücülere “çalışan” statüsünde olduklarını ve bu yüzden kendilerine Yasada öngörülen hakların uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşın Uber ise, sürücülerin kendi ad ve hesabına bağımsız çalışan olduklarını ve Uber platformu ile sürücüler arasında bir bağımlılık ilişkisinin var olmadığını ileri sürmüştür. Karara konu olayda temyiz eden taraf Uber BV, Uber uygulamasının haklarına sahip olan Hollandalı özel bir şirkettir.⁶⁶

İş mahkemesi, Uber sürücülerinin İş Hakları Yasası 230 (3), (b) gereği “çalışan” statüsünde olduklarına karar vermiştir. Uber ilk derece mahkemesine itirazının reddedilmesi üzerine Temyiz Mahkemesine başvurmuş ve bu başvurusu da reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal), Uber’e Yüksek Mahkemeye (Supreme Court) temyiz başvurusunda bulunma izni vermiştir. Yüksek Mahkeme 19.02.2021’de nihai kararını vererek Uber sürücülerinin İş Hakları Yasası 230 (3), (b) gereği “çalışan” (worker) statüsünde olduğuna karar vererek temyiz mahkemesinin kararını onamıştır. Uber-Aslam kararında cevaplanması gereken temel soru Uber sürücülere ve Uber arasında bir bağımlılık ilişkisinin var olup olmadığıdır.

⁶⁴ <<https://www.gov.uk/employment-status/worker>> Erişim Tarihi 21.03.2021. Collins, s. 10. Collins/Ewing/McColgan, s. 7-8 ve s. 131 vd. Deakin/Gillian, s. 170-172. Deakin, s. 210.

⁶⁵ Fransız hukukunda 2018 yılında verilen ‘Take Eat Easy’ kararı için bkz; <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html> Erişim Tarihi 23.03.2021. İsviçre’de Lozan Kantonunda verilen UberPop kararı için bkz; <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html> Erişim Tarihi 23.03.2021.

⁶⁶ Uber BV ile birlikte, Uber London Ltd. (Uber London), Mayıs 2012’den beri Londra’da özel kiralık araç kullanma lisansına sahip olan Uber BV’nin Birleşik Krallık’taki bir yan kuruluşudur. Uber Britannia Ltd., Uber BV’nin Londra dışında bu tür araçları kullanma lisanslarına sahip diğer Birleşik Krallık yan kuruluşu olarak taraf statüsündedir. Kararda şirket ve yan kuruluşları arasında ayırım yapmak gerekmediğinden temyiz eden taraf Uber olarak adlandırılmıştır.

B. Uber'in Çalışma Modeli

Uber'in çalışma modeli basittir. Potansiyel müşteriler, Uber uygulamasını ücretsiz olarak akıllı telefonlarına indirir ve ödeme yöntemi de dâhil olmak üzere kişisel bilgileri ile bir hesap oluşturur. Daha sonra bu uygulama aracılığı ile yolculuk talep edebilirler. Bunun için telefonlarında Uber uygulamasını açarak bir talepte bulunmaları yeterlidir. Uyuşmazlığın yaşandığı dönemde, kullanıcıların uygulama üzerinden bir yolculuk rezervasyonu yaparken varış noktalarını girmeleri tercih edilmişse de, bu husus uygulama tarafından zorunlu tutulmamıştır. Uber uygulaması, akıllı telefonlarda coğrafi konum belirleme sistemi aracılığıyla yolcunun konumunu belirler. Bu konumla uygulamada oturum açan en yakın mevcut sürücü tanımlanır ve sürücü (akıllı telefon aracılığıyla) bu talep hakkında bilgilendirilir. Bu aşamada sürücüye yolcunun adı ve Uber derecesi söylenir. Sürücünün bu halde isteği kabul edip etmeyeceğine karar vermesi için on saniye süresi vardır. Sürücü bu süre içinde yanıt vermezse, bir sonraki en yakın sürücü bulunur ve kendisine yolculuk teklif edilir. Bir sürücü teklifi kabul ettiğinde, yolculuk o sürücüye atanır ve rezervasyon, sürücünün adı ve araç detayları yolcuya gönderilerek rezervasyon onaylanır.⁶⁷

Bu noktada, sürücü ve yolcu Uber uygulaması aracılığıyla birbirleriyle doğrudan temasa geçirilir. Ancak bu tarafların birbirinin cep telefonu numarasına erişemeyeceği bir şekilde yapılıdır. Amaç, yolcunun kesin konumunu belirlemek veya trafik gecikmesi gibi sorunlar hakkında kendisine tavsiyede bulunmak ve araçla alınma ile ilgili olarak tarafların birbirleriyle iletişim kurmalarını sağlamaktır. Yolcu, ayrıca sürücünün ilerlemesini ve uzaklığını uygulamadaki harita üzerinden izleyebilir.⁶⁸ Sürücü yolcunun araca bineceği ana kadar yolcunun gideceği yer hakkında bilgilendirilmez. Hedefe vardığında, sürücü akıllı telefonunda yolculuğu tamamlama sekmesine tıkladığında, ücret Uber uygulaması tarafından otomatik olarak hesaplanır.⁶⁹ Uber BV sürücüye, sürücünün yaptığı seyahatler için yolcuların ödediği tutardan servis ücreti olarak adlandırılan bir tutarı keserek haftalık bir ödeme yapar.

⁶⁷ The Supreme Court, Uber BV and others (Appellants) v Aslam and Others (Respondents), 19.02.2021, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>> Erişim Tarihi 23.03.2021, parag. 6-7.

⁶⁸ Uber-Aslam, parag. 6.

⁶⁹ Uber- Aslam, parag. 8-9.

C. Uber BV ve Sürücüler Arasındaki Yazılı Sözleşmeler

Sürücülerin Uber uygulamasını kullanmaya başlayabilmesi için, 01.072013 tarihli “İş Ortağı Şartları” olarak tanımlanan hüküm ve koşullar ile bağlı olmayı ve bu koşullara uymayı taahhüt eden iş ortağı kayıt formunu imzalamaları gerekmektedir.⁷⁰ 2015 yılında, sürücülerin elektronik olarak imzalamaları gereken yeni bir sözleşme yürürlüğe girmiştir. Ancak kararda, eski ve yeni şartlar arasındaki farkların önemli olmadığı ve yeni şartlara atıfta bulunmanın yeterli olduğu belirtilmiştir.

Hizmetler Anlaşmaları olarak adlandırılan bu düzenleme, Uber BV ile nakliye hizmeti sağlama borcu üstlenen bağımsız bir şirket arasında bir sözleşme olarak hazırlanmıştır. Bu düzenleme, Uber sürücülerinin büyük çoğunluğu için uygulanabilir nitelikte değildir, çünkü sürücülerin büyük bir çoğunluğu herhangi bir şirket adına değil bağımsız olarak Uber’de çalışmak üzere başvurmuştur. Bireysel bir sürücü olduğu durumda ise Uber, Hizmetler Anlaşması ile sürücüye elektronik altyapı ve hizmetler sağlamayı taahhüt etmektedir. Bu hizmetler, Uber uygulamasına ve ödeme hizmetlerine erişimi içerir ve bunun karşılığında sürücü, yolculara ulaşım hizmetleri sağlamayı kabul eder.⁷¹

Hizmetler Anlaşması 4.1 maddesine göre, “... *Müşteri/Alıcı: (i) Uber [BV] ‘yi yalnızca ücreti kabul etmek amacıyla... sınırlı olarak tahsilat acentesi olarak atar ... (ii) Kullanıcı tarafından Uber [BV] ‘ye yapılan ödemenin, Kullanıcı tarafından yapılan ödemeye aynı kabul edileceğini taahhüt eder.*” Madde 4.1 ayrıca, ücretin Uber BV tarafından önerilen bir tutar olduğunu, ancak müşteri tarafından tahsil edildiği durumlarda sürücünün Uber BV’ce belirtilen tutardan daha yüksek bir tutar talep edemeyeceği ancak daha az bir tutarı kabul edebileceğini düzenlemektedir. Madde ayrıca, Uber BV’nin, ücretin belli bir yüzdesi olarak hesaplanan “servis ücreti” düşülerek, haftalık olarak sürücüye havale etmeyi kabul ettiğini belirtir.

Hizmetler Anlaşması m. 4.2, Uber BV’ ye yerel piyasa faktörlerine bağlı olarak herhangi bir zamanda ücret hesaplamasını değiştirme hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Yine aynı sözleşme m. 4.3 ise Uber BV ve/veya bağlı kuruluşlarının, belirli bir ulaşım hizmeti için ücreti belirleme veya iptal etme (örneğin, bir şikâyet söz konusu olduğunda) hakkını saklı tuttuğunu belirtir.⁷²

⁷⁰ Uber- Aslam, parag. 22.

⁷¹ Uber- Aslam, parag. 22-23.

⁷² Uber-Aslam, parag. 25-26.

D. Uber Sürücülerinin “Çalışan” Statüsünde Olup Olmadığının Belirlenmesi

1. İngiliz Hukukunda “Employee” (İşçi) ve “Worker” (Çalışan) Kavramı⁷³

Davacılar, çalışan (worker) statüsünde olduklarını ve bunun sonucu olarak Ulusal Asgari Ücret Yasası (National Minimum Wage Act) gereği kendilerine en az asgari ücret ödenmesi gerektiğini belirtmekte; Çalışma Süreleri Düzenlemesi (Working Time Regulation) gereği haklarını ve özellikle yıllık ücretli izne hak kazandıklarını ve davacıardan birinin İş Hakları Yasası (Employment Rights Act) gereği, bilgi uçurma (whistleblowing) nedeni ile kötü muameleye maruz kalmama hakkına sahip olduklarını ileri sürmektedir.

İngiliz hukukunda “işçi” ve “çalışan” kavramları ayrı olarak İş Hakları Yasası ile düzenlenmiştir. İş Hakları Yasası 230 (1)’e göre işçi; iş sözleşmesi ile iş gören veya hizmet sunan kimsedir. İş Hakları Yasası 230 (3)’de çalışan, herhangi bir işi veya hizmeti şahsen gerçekleştirmeyi iş sözleşmesi veya başka bir sözleşme ile taahhüt eden kişi olarak tanımlamıştır. Bu kişi, taahhüt ettiği herhangi bir işi veya hizmeti müşteri veya müvekkil olarak adlandırılmayacak tarafa karşı şahsen yerine getirir. 230 (2)’de ise iş sözleşmesi; konusu bir hizmetin görülmesi veya çıraklığın yerine getirilmesi olan açık veya örtülü şekilde kararlaştırılabilen ve yazılı veya sözlü olarak hazırlanan sözleşme olarak tanımlanmıştır.

O halde İş Hakları Yasası üçlü bir ayırım yapmaktadır. Bunlar; bir iş sözleşmesi kapsamında çalışanlar; kendi hesabına iş yapan ve müşterileri için iş yapan serbest meslek sahipleri ve serbest meslek sahibi olan ancak hizmetlerini bir başkası tarafından yürütülen bir mesleğin veya iş taahhüdünün bir parçası olarak sunan çalışanlardır. Görüldüğü üzere çalışanlar, aslında işçiler ve bağımsız çalışanlar arasında ara bir kategori olarak düzenlenmiştir. Haksız olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmemesi gibi bazı yasal haklar, sadece bir iş sözleşmesi kapsamında “işçiler”(employee) bakımından uygulanabilir. Ancak belirli haklar tüm “çalışanlara” (worker) uygulanır. Çalışanlar kendilerine ulusal asgari ücretin uygulanması, ücretlerinden hukuka aykırı kesinti yapılmaması, ücretli tatillere hak kazanma, asgari ara dinlenmeleri, haftalık 48 saatten fazla çalışmama veya bu haktan vazgeçme, hukuka aykırı şekilde ayrımcılığa maruz kalmama, bilgi uçurma (whistleblowing) halinde

⁷³ Çalışmada “employee” kavramı için işçi; “worker” kavramı için çalışan terimi kullanılmıştır. İşçi benzeri kavramı tam olarak “worker” kavramını karşılamadığı kanaatindeyiz.

korunma, kısmi süreli çalışmaları halinde kısmi süreli çalışmaları sebebi ile ayrımcılığa maruz kalmama hakkına sahiptir. Çalışanlar aynı zamanda ilgili hükümlere göre, yasal hastalık ödemesi ve ebeveynlik ödemelerine de hak kazanabilir. Ancak çalışanlar, işçilerden farklı olarak; ilke olarak bildirim süreleri, haksız işten çıkarmaya karşı koruma, esnek çalışma talep etme hakkı, acil durumlarda talep edilebilecek izinler ve işten çıkarma tazminatına ilişkin hükümler kapsamında değildir.⁷⁴

2. “Çalışan” Statüsünün Belirlenmesi ve Yazılı Sözleşme Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Daha önceki bölümde ele alındığı üzere, İş Hakları Yasası 230 (3) (a) fıkrası iş sözleşmesi ile çalışanları işçi olarak tanımlamaktadır. Bununla birlikte (b) fıkrasında ara kategori olarak nitelendirebilecek “çalışan” statüsü düzenlenmiştir. Temyiz Mahkemesi Byrne Bros (Formwork) Ltd. v. Baird kararında, bu ara statüye ihtiyaç duyulmasının asıl nedeninin bağımlılık unsuru olduğunu vurgulamıştır.⁷⁵ Kararda, bağımlılık unsuru bakımından işçilerle aynı statüde olan çalışanların korunması gerektiği ve bağımsız olarak kendi adına faaliyet sürdüren ve hizmet sunan kişiler ile aralarında bir ayırım yapılması gerektiği de belirtilmiştir. Çalışanların Yasa tarafından korunması, aslında yaptıkları iş dolayısıyla bir başka kimseye bağımlı olmalarından kaynaklanmaktadır. Bağımlılık, çalışanın iş görme ediminin yerine getirilmesinde işverence uygulanan kontrolün derecesidir. Bu kontrolün derecesi arttıkça bağımlılık unsurunun varlığı da o aynı ölçüde belirginleşir.⁷⁶ Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı, Avrupa Adalet Divanı’nın iş sözleşmesinin karakteristik unsurunun çalışan ve işveren arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu şeklindeki sonucu ile de uyumludur. Avrupa Adalet Divanı’nın yakın tarihli kararlarında, iş ilişkisi ve çalışan statüsünün belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Avrupa Adalet Divanı’nın Allonby v. Accrington and Rossendale College kararında çalışan “belirli bir süre başka bir kişi ad ve hesabına ve onun yönetimi altında hizmet veren ve karşılığında ücrete hak kazanan kişi” olarak tanımlanmıştır.⁷⁷ Çalışan statüsünü belirlemek

⁷⁴ <<https://www.gov.uk/employment-status/worker>> Erişim Tarihi 21.03.2021. Collins, s. 10. Collins/Ewing/McColgan, s. 7-8. Deakin /Gillian, s. 170-172. Deakin, s. 210.

⁷⁵ Byrne Bros (Formwork) Ltd. v Baird 2002, ICR 667. <http://www.bailii.org/uk/cases/UK/EAT/2001/542_01_1809.html> Erişim Tarihi 23.03.2021.

⁷⁶ Uber- Aslam, parag. 87-88.

⁷⁷ Allonby v Accrington and Rossendale College, 2004, I-00873, <<https://eur-lex.europa.eu/>

ve özellikle kendi ad ve hesabına bağımsız çalışanlar ile çalışanlar arasında ayırım yapabilmek oldukça güçtür. Avrupa Adalet Divanı, *Syndicatul Familia Constanta v. Directia Generala de Asistenta Sociala si Protectia Copilului Constanta* kararında ve sonraki kararlarında çalışan statüsünün belirlenmesinde çalışan ve işveren arasında bir hiyerarşik ilişkinin bulunması kriterinin uygulanabileceğini belirtilmektedir.⁷⁸ İngiliz Yüksek Mahkemesi *Hashwani-Jivraj* kararında, çalışanlar ve kendi ad ve hesaplarına bağımsız çalışanların belirlenmesinde bağımlılık unsurundan hareket edilerek bir sonuca varılması gerektiğini öne sürmektedir.⁷⁹

Yüksek Mahkemeye göre, İş Hakları Yasası gereği çalışan olarak nitelendirilebilmek için üç unsura ihtiyaç vardır: Bir kişinin diğer taraf için iş veya hizmet sunmayı taahhüt ettiği bir sözleşme, işi yapma veya hizmetleri şahsen yerine getirme taahhüdü ve sözleşmenin diğer tarafının, bireyin yürüttüğü herhangi bir meslek veya iş taahhüdünün müşterisi olmaması şartı. Yüksek Mahkeme, davanın konusunun ilk şarta yani bir kişinin diğer taraf için iş veya hizmet sunmayı taahhüt ettiği bir sözleşme olup olmadığının belirlenmesine ilişkin olduğunu, somut olayda diğer iki şarta ilişkin bir tartışma olmadığını belirtmiştir.

Dava konusu uyuşmazlıkta Uber, yolcu ve sürücü arasında Uber'in tarafı olmadığı bir sözleşme kurulduğunu ileri sürmüştür. Bu durumda yolcuya ulaşım hizmetleri sağlamaktan yalnızca sürücü sorumludur. Uber ayrıca, Uber BV'nin tek rolünün teknoloji hizmetleri sağlamak ve ödemelerde tahsilat acentesi olarak hareket etmek olduğunu belirten yazılı sözleşme hükümleri olduğunu belirtmektedir. Ancak mahkemenin de belirttiği üzere, bir temsil ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için, temsilciye bu konuda açık veya fiilleri aracılığıyla bir yetki verilmesi gerekir. İş mahkemesi kararında; sürücülerin Uber London'a, sürücü ile yolcu arasında bir sözleşme oluşturmak amacıyla rezervasyonları kabul etme ve sürücülerin temsilcisi olarak hareket etme yetkisi veren açık bir eylemde bulunmadığını haklı olarak ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme de iş mahkemesinin belirlemesine katılmış ve Uber'in Uber London'ın sürücüler için rezervasyon acentesi olarak hareket ettiği iddiasının

legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0256> Erişim Tarihi 23.03.2021.

⁷⁸ *Syndicatul Familia Constanta v Directia Generala de Asistenta Sociala si Protectia Copilului Constanta* (Case C-147/17), <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-147/17>> Erişim Tarihi 23.03.2021

⁷⁹ *Hashwani v Jivraj*, 2011, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0170-judgment.pdf>> Erişim Tarihi 23.03.2021. Uber-Aslam, parag. 72-73.

sadece Uber tarafından sunulan yazılı anlaşmalara dayandığını ifade etmiştir.⁸⁰

Uber kararında Yüksek Mahkeme, sözleşmelere uygulanacak ilkelerin belirlenmesinde ikili bir ayrıma gidilebileceğini belirtmektedir. Buna göre, sözleşmelere uygulanacak genel ilkeler şu şekilde belirlenmiştir. Sözleşmelerde yer alan hükümlerin tarafların üzerinde anlaştıkları konuları içerdiği varsayılır. Bununla birlikte, sözleşmenin imzalanması ile taraflar, bu hükümler ile bağlı olduklarını kabul ederler. Tarafların bu hükümleri okuyup anladıklarına ilişkin bir değerlendirme yapılması söz konusu değildir, imza ile birlikte hükümler bağlayıcı hale gelir. İlke olarak, yazılı olarak akdedilmiş sözleşme taraflarından birinin bu hükümlerden bir veya bir kısmının iradesini yansıtmadığını öne sürebilmesi ancak sözleşmenin hazırlanmasında bir hata yapılması ve mahkemenin bu hatanın düzeltilmesini emretmesi halinde söz konusu olur. Ancak Uber kararında Yüksek Mahkeme, iş sözleşmeleri ile diğer sözleşmeler (özellikle ticari sözleşmeler) arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸¹ Yine tarafların hak ve borç doğurma iradesinde olmadıkları sözleşme hükümlerinin de var olduğu belirtilmektedir.⁸² Bu ayrıma gidilmesinin temel nedeni, sözleşmenin formüle edilmesinde tarafların pazarlık gücü arasındaki eşitsizliktir. Özellikle ticari sözleşmelerde taraflar arası eşit bir pazarlık gücü bulunmaktadır. İş sözleşmelerinde ise tarafların pazarlık gücünde eşit olmamalarının sonucu olarak hükümlerin tarafların gerçek iradelerini yansıtmaması mümkündür. Bu yüzden iş sözleşmesinde, hükümlerin amaca yönelik bir yaklaşımla değerlendirilmesi gerekmektedir. Yazılı bir iş sözleşmesinde yer alan hükümlerin, taraflardan birinin (işçinin) gerçek iradesini yansıtmadığı iş mahkemesince belirlenebilir. Uber, davada yazılı sözleşmenin tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığına ilişkin hukuki bir gerekçe olmadığını ve yazılı anlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğini öne sürmüştür. Mahkeme ise yaptığı değerlendirmede iş hukukunun amacının işçiyi korumak olduğunu ve belirli hallerde sözleşmeler hukukunun genel ilkelerinin uygulanmayacağını da vurgulamaktadır.

Yüksek Mahkeme, Uber sürücülerinin “çalışan” statüsünde olup olmadıklarının belirlenmesinde yasal tanımın değerlendirilmesi gerektiğini haklı olarak belirtmektedir. Mahkemenin de belirttiği gibi sözleşmede Uber

⁸⁰ Uber- Aslam, parag. 72-73.

⁸¹ Uber- Aslam, parag. 60-62.

⁸² Bu konuda bkz. Snook v London and West Riding Investments Ltd, 1967, <https://www.lawjournals.co.uk/cases_referred/snook-v-london-and-west-riding-investments-ltd-1967-2-qb-786/> Erişim Tarihi 23.03.2021.

sürücülerinin statüsüne ilişkin ne kararlaştırıldığı değil, hukuki düzenleme esas alınacaktır. Gerçekten de somut olayda bir iş ilişkisinin var olup olmadığı ve “çalışan” ya da “işçi” statüsü sözleşme hükümlerine göre değil, ülkedeki yasal düzenlemelere göre belirlenir. Bir başka deyişle, yasal tanıma göre ‘çalışan’ veya “işçi” olarak kabul edilen kişilerin sözleşmelerde başka bir hukuki statüde olduğuna ilişkin bir hüküm olması önem taşımaz. Uber davasındaki esas hukuki sorun Uber ve sürücüler arasındaki sözleşmenin yorumlanması değil, Uber sürücülerinin yasada belirtilen ‘çalışan’ tanımı içinde olup olmadıklarının belirlenmesidir. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme, Hizmetler Anlaşması’nın Uber’in avukatları tarafından hazırlanmış olduğuna ve Uber uygulamasını kullanmak isteyen sürücülere dikte ettirildiğine dikkat çekmektedir. Mahkeme, pek çok sürücünün bu şartları okumamış olabileceğini veya okumuş olsalar bile sözleşme ile amaçlananın yasal önemini anlamamış olabileceğini belirtmiştir. Bu koşullarda sürücülerin hukuki statüsünü Uber’in oluşturduğu Hizmet Sözleşmesi hükümlerine göre tanımlanmak mümkün değildir.⁸³ Mahkeme bu noktada Autoclenz davasında uygulanan yaklaşımı örnek göstermiştir. Gerçekten de Autoclenz-Belcher davasında Mahkeme, taraflar arasında eşit bir pazarlık gücü olmaması sebebiyle, yazılı anlaşma hükümlerinin her zaman tarafların gerçek ve ortak iradelerini yansıtmadığına; daha çözüm odaklı amaçsal bir yaklaşım benimsenebileceğine hükmetmiştir.⁸⁴

Aynı zamanda İş Hakları Yasası 203(1) a’ya göre – “*Bir sözleşmedeki herhangi bir hüküm (bir iş sözleşmesi olsun veya olmasın),*

(a) bu Kanunun herhangi bir hükmünün uygulamasını engelliyor veya sınırılıyorsa geçersizdir.

(b) bir kişinin bu Kanun uyarınca herhangi bir dava açmasını uyumsuzluğu iş mahkemesine götürmesini engelliyorsa geçersizdir”.

Aynı şekilde Ulusal Asgari Ücret Yasası (49/1) ve Çalışma Süreleri Düzenlemesi de (35/1) benzer hükümler içermektedir.

⁸³ Uber- Aslam, parag. 76-77.

⁸⁴ Autoclenz Limited (Appellant) v Belcher and others (Respondents), 2011, UKSC 2009/0198, <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0198.html>> Erişim Tarihi 23.03.2021.

3. Uber- Aslam Kararında Bağımlılığın Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler

a. Ücretin belirlenmesi

Mahkemece bağımlılık unsurunun varlığının değerlendirilmesinde ele alınan ilk ölçüt, Uber sürücülerinin sundukları hizmet karşılığında yolcunun ödeyeceği miktarın Uber tarafından belirlenmesidir. Uber uygulamasında, sürücü yolcunun araca bineceği ana kadar yolcunun gideceği yer hakkında bilgilendirilmez. Bu noktada sürücü, varış noktasını doğrudan yolcudan veya uygulama aracılığıyla (sürüş talep edildiğinde hedef girilmişse) telefonunda “yolculuğu başlat” sekmesine tıkladığında öğrenir. Hedefe vardığında ve sürücü akıllı telefonunda “yolculuğu tamamla” sekmesine tıkladığında, harcanan süreye ve kat edilen mesafeye göre Uber uygulaması tarafından ücret otomatik olarak hesaplanır. Bir sürücünün daha düşük bir meblağı kabul etmesi halinde de, Uber tarafından servis ücreti aynı oranda kesilir. Sürücülerin yolculardan bahşiş alması yasaklanmamışsa da bahşiş alınması Uber tarafından desteklenmemektedir. Londra’daki özel kiralık araç ücretleri sürücüler tarafından belirlenmekle birlikte, Uber sürücülerinin ücretin belirlenmesine ilişkin hiçbir söz hakkı yoktur.

Yolculuk sonunda hesaplanan ücret, yolcunun Uber uygulamasında kayıtlı kredi veya banka kartından düşülür ve yolcuya ödeme için e-posta yoluyla bir makbuz gönderilir. Uber uygulaması ayrıca, sürücü adına yolcuya gönderilen ve fatura olarak tanımlanan bir belge oluşturur. Ancak bu belge yolcuya gönderilmez; seyahatin ve ücretin bir kaydı olarak bu belgeye Uber uygulamasında sadece sürücü tarafından erişebilir. Uber sürücüye, yaptığı seyahatler için yolcuların ödediği tutardan servis ücreti (service fee) olarak adlandırılan bir tutarı keserek haftalık bir ödeme yapar. Somut olayda servis ücreti, ücretlerin % 20’sidir.⁸⁵

Görüldüğü üzere, sürücü Uber tarafından otomatik olarak belirlenen ücretten daha fazla bir miktarı talep edemez. Sürücünün Uber tarafından belirlenen ücretten daha az bir ücret talep edeceği belirtilmişse de, bu imkân sürücünün ücret belirleme özgürlüğüne sahip olduğu anlamına gelmez. Çünkü bu durumda, fark miktarı tamamen sürücünün kendi ücretinden düşülecektir. Aynı zamanda Uber sürücülere ödenen ücretten kendi servis bedelini mahsup ederek sürücülere haftalık olarak ödeme yapmaktadır. Yine

⁸⁵ Uber- Aslam, parag. 11.

Uber'in ücret üzerinde önemli bir kontrol hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yolcunun sürücünün sağladığı hizmete ilişkin şikâyette bulunması halinde, yolcuya tamamen veya kısmen ücret iadesi yapılıp yapılmayacağı Uber'in takdirindedir. Böyle bir iade söz konusu olduğunda bu miktar genellikle sürücünün ücretinden kesilmektedir. Uber London'un para iadesi yapmayı gerekli gördüğü ancak sürücüye kusur isnat edilemediği durumlarda ise iade ücretini Uber kendisi karşılamaktadır.⁸⁶

b. Uber Sürücülerinin Sözleşme Hükümlerine Etki Edebilme İmkânı ve Sürücülerin İşe Alınması

Uber sürücüsü olmak için öncelikle bir çevrimiçi kayıt aranmaktadır. Daha sonra, yerel Uber şirketinin (Londra bölgesi için Uber Londra) ofislerinde gerekli belgeler ile şahsen başvuruda bulunmaları gereklidir. Gerekli belgeler ulusal sigorta sertifikası, ehliyet, özel kiralık araç kullanma ruhsatı, araç seyir defteri, MOT sertifikası ve taşıt sigortası sertifikasından oluşur. Başvuru sahibiyile, mülakat olarak nitelendirebilecek bir toplantı yapılmakta ve başvuru sahibine Uber uygulaması ve belirli Uber prosedürleri hakkında video sunumu izlettirilmektedir. Bu süreç, Uber tarafından "işe alım" olarak adlandırılır. Sürücülere akıllı telefonları aracılığıyla Uber uygulamasına ücretsiz erişim verilir veya akıllı telefonları yoksa kendilerine Uber BV'den yalnızca Uber uygulamasında kullanılmak üzere ayda 5 £ karşılığında bir akıllı telefon kiralayabilme imkânı tanınır. Sürücü, kendi aracını sağlamak ve araç ile ilgili masrafları da karşılamak zorundadır. Ancak Uber aracın iyi durumda olmasını beklemekte ve belirli bir yaştan daha eski olmamasını istemektedir. Tercihen ise gümüş veya siyah renkli araç istemekte ve belirli marka ve modelleri kabul etmektedir. Sürücüler ayrıca yakıt, sigorta, yol vergisi ve özel araç ruhsatı alma maliyeti de dâhil olmak üzere araçlarını işletmenin tüm masraflarını kendileri üstlenmelidir.⁸⁷

Sürücü olarak çalışması onaylanan kişiler, istedikleri kadar ve kendi seçtikleri zamanlarda Uber uygulamasında oturum açarak kendilerini çalışmaya hazır hale getirebilir. Uber uygulamasında belirli saatlerde çalışma ya da asgari çalışma süresi yoktur. Uber sürücülerinin bu uygulamanın rakibi sayılabilecek başka bir dijital platform için çalışmaları veya bunlar aracılığıyla hizmet sağlamaları yasak değildir. Sürücülerin herhangi bir amblem kullanma veya üniforma giyme zorunluluğu yoktur. Hatta Londra'da sürücülerin

⁸⁶ Uber- Aslam, parag. 94.

⁸⁷ Uber- Aslam, parag. 14-15.

araçlarında herhangi bir Uber markasını sergilemeleri önerilmez.⁸⁸

Mahkeme kararında, sürücülerin hizmet sunmayı taahhüt ettikleri sözleşme hükümlerinin tamamen Uber tarafından hazırlanarak sürücülere dikte edilmesi de bağımlılığın belirlenmesinde dikkate alınmıştır. Hem Uber'in standart yazılı sözleşmesi hem de yolculuk ve ücrete ilişkin hükümler Uber tarafından belirlenerek sürücüye bu hükümler üzerinde pazarlık etme veya bunları ret etme imkânı sunulmamaktadır.

c. Sürücülerin Çalışmayı Reddetme İmkânı Olup Olmadığı ve Uber'in İşin Görülmesinde Uyguladığı Kontrol

Her ne kadar sürücülerin ne zaman, ne kadar ve nerede çalışacaklarını belirleme özgürlüğüne sahip oldukları belirtilse de sürücülerin uygulamaya girdiklerinde yolculuk tekliflerini kabul edip etmeme konusundaki seçimleri sınırlandırılmıştır. Taksi şoförlerinin aksine PHV lisansına sahip sürücülerin yolculuk taleplerini kabul etme zorunluluğu yoktur. Sürücüye Uber uygulaması aracılığı ile bir yolculuk teklifi geldiğinde iki yönlü bir kontrol uygulanmaktadır. Uber, sürücülerine sağlanan bilgileri kontrol etmekte ve sürücüye yolcuların daha önceki yolculuklardan aldığı puanları bildirmektedir. Buradaki amaç, sürücüye düşük puana sahip ve sorunlu olabilecek yolculuklardan kaçınabilme imkânı tanımaktır. Sürücüye yolcu araca alınana kadar yolcunun gideceği yer ve mesafe hakkında bilgi sağlanmamaktadır. Bu nedenle, belli bir varış noktasına gitmek istemeyen sürücü için bu yolculuğu reddetme imkânı yoktur.⁸⁹

İkinci kontrol şekli ise sürücünün yolculuk taleplerini kabul ve ret oranının izlenmesi ve sürücülerin yolculardan aldıkları puanların değerlendirilmesidir. Yolculuk taleplerini kabul oranı, belirli bir seviyenin (iş mahkemesine sunulan delillere göre ortalama %80'nin) altına düşen sürücülere Uber uygulamasında oturma açmanın çalışmaya hazır olduğunun göstergesi olduğunu belirten uyarı mesajları gönderilir. Bu mesajlardan sonra, sürücünün kabul oranı değişmezse, sürücüye uyarı mesajları artarak gönderilmeye devam edilir. En sonunda sürücü arka arkaya üç yolculuğu reddederse, Uber uygulamasından on dakika süreyle otomatik olarak çıkarılır. On dakikalık bir oturma kapatma cezası ile sonuçlanan benzer bir uyarı sistemi, bir yolculuğu kabul etikten sonra sürücüler tarafından yapılan iptaller için de geçerlidir. Bu önemler iş

⁸⁸ Uber- Aslam, parag. 16.

⁸⁹ Uber- Aslam, parag. 96-97.

mahkemesine Uber tarafından sunulan bir iç düzenlemede de “ceza” olarak tanımlanmıştır. Mahkemeye göre sürücü, oturumunun kapalı kaldığı sürede kazanç sağlama imkânından mahrum kalmaktadır ve bu durum ekonomik bir etkiye sahiptir. Uber, davada bu uygulama ve önlemlerin aslında yolculuk taleplerinin reddi ve iptali halinde müşteri memnuniyeti ve dolayısıyla ticari çıkarın korunması amacını taşıdığını iddia etmektedir. Her ne kadar bu uygulamaların amacının ticari kaygı olabileceği kabul edilse dahi mahkemece değerlendirilen husus, sürücüler ile Uber arasındaki bağımlılık ilişkisinin belirlenmesidir.⁹⁰

Uber uygulaması, yolculuktan sonra yolcu ve sürücünün her birine diğerini isimsiz olarak 1’den 5’e kadar derecelendirmelerini isteyen bir mesaj göndermektedir. İş mahkemesinin tespitlerine göre Uber sürücünün yolculuk ve puanlarını izlemekte; 200 veya daha fazla yolculuk yapan ve ortalama puanı 4,4’ün altında olan sürücülere puanlarını iyileştirmelerine yönelik müdahalede bulunmaktadır. Puanları ortalama 4,4 veya üstüne çıkmadığı takdirde sürücüler, platformdan kaldırılır ve hesapları devre dışı bırakılır.⁹¹

d. Uber Tarafından Sürücülerin Hizmeti Standartlarının Belirlenmesi ve Performans Değerlendirmesi

Uber platformu aracılığı ile çalışan sürücüler, kendi aracını sağlamak ve araç ile ilgili masrafları da karşılamak zorundadır. Ancak Uber aracın iyi durumda olmasını, belirli bir yaştan eski olmamasını istemektedir. Tercihen gümüş veya siyah renkli olmasını istemekte ve belirli marka ve modelleri kabul etmektedir. Sürücüler ayrıca, yakıt, sigorta, yol vergisi ve özel araç ruhsatı alma maliyeti de dâhil olmak üzere araçlarını işletmenin tüm masraflarını kendileri üstlenmelidir. Sürücülerin kendi araçlarını sağlaması sürücülerin daha fazla kontrole sahip olduğu şeklinde yorumlanabilirse de Uber aslında kullanılabilir araç tip ve modellerini belirlemektedir.

Ayrıca hizmetin sunulması için gereken teknoloji tamamen Uber’e aittir ve kontrolü de Uber tarafından sağlanmaktadır. Uber, uygulamayı sürücüler üzerinde kontrol sağlayacak şekilde kullanmaktadır. Bir yolculuk talebi sürücü tarafından kabul edildiğinde, sürücü yolcunun araca bineceği ana kadar yolcunun gideceği yer hakkında bilgilendirilmez. Bu noktada sürücü, varış noktasını doğrudan yolcudan veya uygulama aracılığıyla (sürüş talep

⁹⁰ Uber- Aslam, parag. 18 ve 97 vd.

⁹¹ Uber- Aslam, parag. 13, 96-97.

edildiğinde hedef girilmişse) telefonunda “yolculuğu başlat” sekmesine tıkladığında öğrenir. Uber uygulaması rota planlama yazılımını içerir ve sürücüye yolcunun varış noktası ile ilgili ayrıntılı talimatlar gönderir. Uber uygulaması sürücüyü yolculuğun bulunduğu noktaya yönlendirmekte ve varış noktasına kadar bir rota çizmektedir. Sürücü bu rotayı takip etmek zorunda değilse de eğer yolcu farklı bir rotanın takip edildiğine ilişkin şikâyetle bulunursa bunun ekonomik riski sürücüye aittir. Sürücü bu talimatları takip etmek zorunda değildir ancak sürücünün önerilen rotadan ayrılması, yolcunun şikâyet etmesi halinde kendisine Uber tarafından yapılacak ödemede bir düşüşe neden olabilir.⁹²

İş mahkemesi, Uber’in sürücülerinden belirli performans ve standartlar beklediğini ve sürücülerin bu standartları karşılamadığı durumlarda alınacak önlemlerle ilgili birçok düzenleme bulunduğuna dikkat çekmiştir. Örneğin; Uber London tarafından yeni sürücülere verilen “Hoş Geldiniz Paketi” sürücülerin nasıl davranmaları gerektiğine ilişkin “Her zaman kibar ve profesyonel olmaları”, “Konuşmada uygunsuz konularından kaçınmaları” gibi çok sayıda talimat içermektedir. Aynı zamanda “Yolculuk bittikten sonra sürücüyle temas kurmayın” şeklinde emir ve yasaklar da düzenlemelerde yer almaktadır. Hoş Geldiniz Paketindeki “Uber’in Beklentileri” başlığı altındaki özellikle şu hususlar belirtilmiştir:

“Yüksek Kaliteli Hizmet İstatistikleri: Sürekli olarak sürücü puanınıza, müşteri yorumlarına ve bize sağlanan geri bildirimlere bakıyoruz. Genel olarak, yüksek puanlamayı korumak, sürücülere üst düzey bir hizmet sunmaya yardımcı olur.

Düşük İptal Oranı: Bir yolculuk talebini kabul ettiğinizde, sürücüye bir taahhütte bulunmuş olursunuz. Araba kullanma isteksizliği nedeniyle sık sık iptal etmek yolcular açısından kötü bir deneyime yol açar.

Yüksek Kabul Oranı: Göreve başlama, yolculuk taleplerini kabul etmek istediğiniz ve kabul edebileceğiniz anlamına gelir. Çok fazla talebi reddetmek, sürücünün ulaşılabilirliği konusunda kafa karışıklığına yol açar. Talepleri kabul edemezseniz görevde olmamalısınız. “⁹³

Uber uygulaması yolculuk taleplerinin kabul ve iptal oranlarını izleyerek belirli bir oranın altında kalan sürücülerin Uber uygulamasına erişimini

⁹² Uber- Aslam, parag. 8.

⁹³ Uber- Aslam, parag. 17.

engelleyebilmektedir. Aynı zamanda yolcuların verdiği puanlar sonucu sürücünün Uber tarafından belirlenen bir puanın altına düşmesi uyarılara ve nihayetinde sürücünün Uber ile ilişkisinin sonlandırılmasına yol açmaktadır.

Kararda da belirtildiği üzere dijital platformlar müşterileri ürün ve hizmeti değerlendirmeye davet edebilir. Burada amaç müşterilere ürün ve hizmete ilişkin seçimlerinde yardımcı bilgiler sunmaktır. Aynı zamanda yüksek puanlar gelecekte de bu dijital platformun tercih edilebileceği anlamına geldiği için önemlidir. Ancak Uber sisteminde yolcuların puanlamalarından farklı şekilde yararlanılmaktadır. Yolculara somut olaya konu olan dönemde örneğin daha yüksek puanlı bir sürücüyü daha yüksek bir ücretle tercih seçeneği sunulmamaktadır. Bu puanlamalar Uber tarafından sürücülerin performanslarını ve beklenen standartların karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmek için kullanılmaktadır. Sürücünün Uber tarafından beklenen standartları karşılamadığı durumlarda sürücülerin sistemden çıkarılması söz konusu olmaktadır. Yüksek Mahkeme, bu performans değerlendirmesinin iş ilişkisinin karakteristik unsuru olan “bağımlılığın” en temel görünüş biçimlerinden biri olduğunu belirtmiştir.⁹⁴

e. Uber Sürücülerinin Kendilerine Ait Bir Müşteri Çevresi Olmaması

Uber, sürücülerle yolcu arasındaki iletişimi sadece yolculuğun gerçekleşmesi için gereken düzeyle sınırlandırmaktadır. Yolculuğun dışında Uber sürücüsü ve yolcuların iletişim kurmaması için de aktif önlemler almıştır.

Uber, yolcu ile sürücü arasındaki iletişimi bireysel bir yolculuğun ötesine geçirebilecek herhangi bir ilişki kurulmasını önlemek adına belirli prosedürler oluşturmuştur. Belirtildiği gibi, bir yolculuk rezervasyonu yaparken, bir yolcuya farklı sürücüler arasında bir seçenek sunulmamakta ve talepleri sadece mevcut olan en yakın sürücüye yönlendirilmektedir. Bir talep kabul edildiğinde sürücü ve yolcu arasındaki iletişim, yolculukla ilgili bilgilerle sınırlandırılır ve Uber uygulaması aracılığıyla, tarafların birbirlerinin iletişim bilgilerini öğrenmesini engelleyecek şekilde yönlendirilir. Aynı şekilde, ücretlerin toplanması, sürücülerin ödemesi ve şikâyetlerin ele alınması, yolcu ve sürücü arasında herhangi bir doğrudan etkileşimi önleyecek şekilde tasarlanmış bir şekilde Uber tarafından yönetilir. Bunun çarpıcı bir örneği, sürücüden yolcuya bir fatura olarak isimlendirmesine rağmen, yolcuya gönderilmeyen ve sürücü için mevcut olup, yalnızca yolcunun adını kaydeden elektronik bir belgenin

⁹⁴ Uber- Aslam, parag. 99.

oluşturulmasıdır.⁹⁵ Ayrıca, sürücülerin kaybolan eşyayı iade etmek dışında yolculuk bittikten sonra bir yolcuyla iletişim bilgilerini paylaşması veya bir yolcuyla iletişime geçmesi Uber tarafından özellikle yasaklanmıştır.⁹⁶

Bu faktörler bir araya getirildiğinde, Uber uygulaması üzerinden şoförlerin gerçekleştirdiği ve yolculara sunulan ulaşım hizmetinin çok sıkı tanımlandığı ve Uber tarafından hizmet sunumunun kontrol edildiği açıktır. Ayrıca, uygulama sürücülerin büyük ölçüde birbirinin yerine geçebilir olarak tasarlanması sebebi ile standartlaştırılmış bir hizmet sağlamayı amaçlamaktadır.⁹⁷ Sürücülerin özellikle ayırt edici bir hizmet sunamaması, ücreti belirleyememesi ve Uber'in yolcularla etkileşimlerinin üzerindeki kontrolü, sürücülerin bağımsız bir faaliyet sürdürmediğini göstermektedir. Sürücülerin meslekî veya girişimci beceriler yoluyla müşteri çevresi oluşturması da mümkün değildir. Uygulamada kazançlarını artırabilmelerinin tek yolu, Uber'in performans ölçütlerini sürekli olarak karşılamak ve daha uzun saatler çalışmaktır.

4. Yüksek Mahkemece Uber'in Rezervasyon Acentesi Olduğu İddiasının Değerlendirilmesi ve Uber Sürücülerinin Çalışma Sürelerinin Belirlenmesi

Uber, somut olayda aslında bir rezervasyon acentesi olduğunu ileri sürmüştür. Her ne kadar özellikle otel ve diğer konaklama hizmetlerinde faaliyet gösteren rezervasyon acenteleri, servis ücreti alması ve belirli standartlar çerçevesinde hareket etmesi yönüyle Uber platformuna benzese de bu platformların çalışma şekillerinin Uber'den önemli ölçüde farklı olduğu Mahkemece tespit edilmiştir. Özellikle sunulan konaklama, platform tarafından tanımlanan standartlaştırılmış bir ürün değildir. Rezervasyon acentelerinde müşterilere, her biri kendine özgü özellikleri ve konumu olan çeşitli farklı oteller veya diğer konaklama türleri (duruma göre) arasından seçim yapma imkânı sunulur. Tedarikçiler ayrıca, sunmayı seçtikleri konfor ve imkânlar vb. açısından hizmetin tanımlanmasından ve sunulmasından da sorumludur. Yine bu platformlarda, ücretlendirmeyi belirleyen platform değil tedarikçinin kendisidir. Rezervasyon yapan platformlar da bir puanlama sistemi çalıştırabilir ancak derecelendirmeler müşterilerin farklı tedarikçiler arasında seçim yapmalarına yardımcı olmak için yayınlanır; platform

⁹⁵ Uber- Aslam, parag. 10.

⁹⁶ Uber- Aslam, parag. 12.

⁹⁷ Uber- Aslam, parag. 101.

tarafından tedarikçiler üzerinde bir iç performans ölçümü ve kontrolü amacıyla kullanılmazlar. Aynı zamanda bu platformlar, tedarikçi ile müşteri arasındaki iletişimi kısıtlamaz veya gelecekteki bir durumda birbirleriyle doğrudan iletişim kurmalarını önlemeye çalışmaz.⁹⁸

Bağımlılık ilişkisinin belirlenmesi ile Yüksek Mahkeme, Uber sürücülerinin İş Hakları Yasası gereği 230(b) uyarınca “çalışan” olduğuna nihai olarak karar vermiştir. Bunun sonucu olarak Uber sürücülerini Çalışma Süreleri Düzenlemelerine göre, yıllık ücretli izin ve ara dinlenmelerine de hak kazanacaklardır. Burada, mahkeme aynı zamanda Uber sürücülerinin “çalışma sürelerine” ilişkin de bir değerlendirme yapmıştır.⁹⁹ Uber, yolcunun arabaya alınması ile varış noktasına gitme arasındaki sürenin çalışma süresi olduğunu savunmaktadır. Oysa mahkemece de doğru belirlendiği üzere, çalışanın uygulamaya girip, çevrimiçi olarak yolculuk tekliflerini beklediği süre de çalışma süresidir. Çalışma Süreleri Düzenlemelerine göre çalışma süresi, işçinin çalıştığı veya işverenin emrinde olduğu ve faaliyetini gerçekleştirdiği zamanlardır. Uber bu noktada, sürücülerin Uber’in rakibi sayılabilecek başka dijital platformlar için çalışmaları veya bunlar aracılığıyla hizmet sağlamalarının yasak olmadığını, böylece hem Uber hem de başka platformlarda çevrimiçi olup da teklifleri reddetmelerinin de mümkün olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme ise fiili durumdan hareket ederek, Uber’in pazar payı en büyük olan platform olduğunu ve Uber sürücülerinin başka platformlar için çalıştığını gösteren herhangi bir delile de rastlanmadığını belirtmiştir.¹⁰⁰

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Uber-Aslam kararı platform çalışanlarının hukuki statüsünün belirlenmesine ve dolayısıyla bağımlılık ilişkisine ilişkin son yıllarda verilmiş önemli kararlardan biridir. Uber platformunda çalışan sürücülerin hukuki statüsünün belirlenmesi oldukça zordur. Gerçekten de, somut olayda Uber sürücülerini belirli açılardan önemli ölçüde özerkliğe ve bağımsızlığa sahiptirler. Sürücüler ne zaman ve ne kadar çalışacaklarını kendileri belirlemektedirler. Aynı zamanda sürücüler PHV lisanları çerçevesinde hizmet sunacakları bölgeyi de belirlemektedirler. Uber sürücülerini çalışıp çalışmamakta özgürdürler ve sözleşmede asgari bir çalışma süresi belirlenmediği gibi çalışmadıkları süre

⁹⁸ Uber- Aslam, parag. 103-104.

⁹⁹ Uber- Aslam, parag. 121-131.

¹⁰⁰ Uber- Aslam, parag. 137.

için de Uber'e karşı herhangi bir sözleşmesel yükümlülükleri yoktur.¹⁰¹ Bir kişinin fasilalı ya da aralıklı çalışması bağımlı çalışma olmadığına göstergesi olabilir.¹⁰² Ancak teknolojinin ilerlemesi bağımlılık ilişkisini de önemli ölçüde değiştirmiştir. Bağımlılık ilişkisi belirlenirken, artık işyeri ve çalışma süreleri gibi ölçütler yeterli olmamakta hatta yanıltıcı olabilmektedir. Günümüz iletişim ve bilgi teknolojilerinin gelişmesi, bağımlılık unsurunun da belirlenmesini oldukça güç hale getirmektedir. Bu yüzden, işverenin iş organizasyonuna katılma hem hukukumuzda hem de karşılaştırmalı hukukta kullanılmaktadır. Ancak işverenin iş organizasyonuna katılma ölçütü esnek bir ölçüt olsa da oldukça muğlak ve uygulamada bağımlılık ilişkisinin nasıl belirleneceği hususunda yol gösterici değildir.

Uber davasında bağımlılık unsurunun belirlenmesinde Uber tarafından sürücülere uygulanan “kontrol” belirleyici olmuştur. Özellikle yolculardan alınacak ücretlerin kim tarafından belirlendiği, yolculara sağlanan hizmetin tanımlanması ve denetimi oldukça önemlidir. Uber tarafından sürücülere uygulanan kontrol aynı zamanda disiplin cezası vermek şeklinde de kendini göstermiştir. Yolcu kabul oranının belirli bir seviyenin altına inmesi halinde, sistemden belirli süre uzaklaştırma tedbiri uygulanmaktadır. Aynı zamanda yolcuların sürücülere verdikleri puanlar ve değerlendirmeler bir iç performans değerlendirmesi şeklinde kullanılmaktadır. Hatta belirli bir puanın altına düşen sürücüler Uber sisteminden tamamen çıkarılabilmektedir. Uber aynı zamanda yolculardan gelen şikâyet talepleri ile ilgilenmekte ve ücret iadesine ilişkin nihai kararı da vermektedir. Bir başka ölçüt ise yolcularla yapılan sözleşme sonucu sürücülerin kendi bağımsız iş ve hizmetlerini geliştirme ve müşteri çevresi oluşturma imkânlarının var olup olmadığıdır. Gerçekten de bağımsız çalışmayı karakterize eden unsurlardan birisi, müşteri çevresini geliştirebilme imkânıdır. Her ne kadar sürücüler iş görme edimini yerine getirirken belirli ölçüde özerkliğe sahip olsa da, somut olayda Uber tarafından sıkı bir gözetim ve denetim altındadırlar.

Uber-Aslam kararı hem Birleşik Krallık hukuku hem de hukukumuz açısından yol gösterici bir karardır. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, işçi ve bağımsız çalışanlar arasında “işçi benzeri” veya “çalışan” adları ile ara

¹⁰¹ Uber- Aslam, parag. 90.

¹⁰² Court of Appeal, Secretary of State for Justice v Windle & Arada, 2016, EWCA, Civ. 459. Karar için bkz. Adams-Prassl, Jeremias, Pimlico-Plumbers, “Uber Drivers, Cycle Couriers, and Court Translators: Who is a Worker?”, 2017, 33, Law Quarterly Review, s. 2. <<https://ssrn.com/abstract=2948712>> Erişim Tarihi 25.03.2021.

bir statünün tanındığı görülmektedir. İşçi benzerleri veya çalışanlar Yasalarda düzenlenen belirli haklardan faydalanmaktadır. Ancak kararda da belirtildiği üzere İngiliz hukukunda bağımlı çalışanların korunması gerektiği belirtilmiştir. Türk Hukukunda İngiliz Hukukunun aksine, “çalışan” olarak belirtilen ve işçi ile bağımsız çalışan arasında yer alan bir ara sınıf belirlenmemiştir. Türk İş Hukukunda işçi, 4857 sayılı Kanun m.2’de ‘*bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi*’ olarak belirlenmiştir. Bu yüzden benzer bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda Türk hukukunda çalışanın kendi ad ve hesabına bağımsız çalışan mı yoksa işçi mi olduğu belirlenecektir.

Uber-Aslam kararında kullanılan ölçütler bağımlılığın belirlenmesinde önem arz eder. Ancak platform üzerinden iş gören her kişinin, işçi veya çalışan olduğu sonucuna da varmak kanaatimizce mümkün değildir. Platform çalışmasında, platformun sadece bir yer sağlayıcısı olduğu ve çalışanlar üzerinde herhangi bir kontrol ve denetimde bulunmadığı, hizmetin sunulma şeklinin tamamen çalışana bırakıldığı örnekler de olabilir. Bu yüzden, her somut olay bakımından bağımlılık unsuru ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır. Ülkemizde de çevrimiçi platform çalışmaları giderek yaygınlaşmaktadır. Bu çalışmalara ilişkin hukuki bir uyumsuzluk olduğunda mahkemeler platform ve hizmet sunanların arasındaki ilişkiyi belirlerken işin yürütüm koşulları ve işverenin uyguladığı kontrolden hareket ederek çalışanların işçi statüsünde olup olmadığına somut olaya göre karar verecektir.

KAYNAKÇA

Akyiğit E, İş Hukuku, 9. Baskı, Seçkin, Ankara 2013.

Alp M, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s. 795-854.

Aloisi A, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labour Law Issues Arising from A set of ‘On-Demanding/gig Economy’ Platforms”, 2016, 37(3), Comparative Labour Law and Policy Journal, s. 653-690.

Barnard C, “Personal Scope of Employment Relationship”, Mechanism / Scope of Creating and Changing Working Conditions and Working Conditions Labor Law and Employees Concept”, 2004, JILPT <https://www.jil.go.jp/english/events/seminar/0309_report.html> Erişim Tarihi 18.03.2021.

Başterzi S, “Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş

- Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, 2010, 17, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 175-198. (Avukatla Bağitlanan Sözleşme)
- Başterzi, S, “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2011. (Değerlendirme)
- Baycık G, “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, On İki Levha, Ankara 2018.
- Berg J./Furrer M./Harmon E./Rani U./Silberman M. S, “ILO Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world”, 2018, <https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm> Erişim Tarihi 19.03.2021.
- Brun, A./Galland H, Droit du Travail, Les Rapports Individuelles de Travail, 2.ed, Sirey, Paris 1978.
- Choudary S.P, “The architecture of digital labour platforms: Policy recommendations on platform design for worker well-being”, 2018, ILO Research Paper Series, No.3, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_630603.pdf> Erişim Tarihi 18.03.2021.
- Collins H, Employment Law, 2th edition, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Collins H./Ewing K. D./McColgan A, Labour Law, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- Dalcı Özdoğan N, “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, 2017, 8(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 33-52.
- Davidov G, “Who is a worker”, 2005, 34(1), Industrial Law Journal, s. 57-69.
- Deakin S./Razzolini O, “The Need To Go to Beyond The Contract: ‘Economic’ and Bureaucratic Dependence in Personal Work Relations”, 2010, 31(2), Comparative Labour Law and Policy Journal, s. 267-303.

- Deakin S./Gillian, S.M, Labour Law, 6th edition, Hart Publishing, London 2012.
- Deakin S, “Interpreting Employment Contract: Judges, Employers, Workers”, 2004, 20(2), International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, s. 201-226.
- DeMasi, A.A, “Uber: Europe’s Backseat Driver for the Sharing Economy”, 2016, 7(1), Creighton International and Comparative Law Journal, s. 73-85.
- De Stefano V, “The Rise of “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig Economy””, 2016, 37(3), Compative Labor Law & Policy Journal, s. 471-504.
- De Stefano V./Aloisi A, “European legal framework for “digital labour platforms”, 2018, <<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/european-legal-framework-digital-labour-platforms>> Erişim Tarihi 19.03.2021.
- Doğan S, ““Uber” Platformu Çalışanlarının Hukuki Statülerine İlişkin Yaklaşımlar”, 2020, 5(1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1123-1148. (Uber Platformu Çalışanları)
- Doğan S, İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin, Ankara 2016. (Bağımlılık Unsuru)
- Doğan Yenisey K, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul 2007. (İşyeri ve İşletme)
- Doğan Yenisey K, “Endüstri 4.0, Üretimin Değişen Yapısı ve İş Hukuku ”, 2019, 120, s. 1-7. <<http://m.toprakisveren.org.tr/Makaleler>> Erişim Tarihi 19.03.2021. (Endüstri 4.0)
- Dulay Yangın D, “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, 2020, 78(3), İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 1209-1237.
- Ekonomi M, “Türk Endüstri İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Yeni Çözümler ”, 1998, 5(1), Kamu-İş Dergisi. (Arayışlar ve Yeni Çözümler)
- Ekonomi M, İş Hukuku C.1 Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul 1984. (İş Hukuku)
- Elbir H.K, İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 1987.

- Engin M, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta, İstanbul 2003.
- Esener T, İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Eyrenci Ö./Taşkent S./Ulucan D, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2017.
- Eurofound, “Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work”, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2018.
- Fredman S./Du Toit D, “One Small Step Towards Decent Work: Uber v Aslam in the Court of Appeal”, 2019, 48(2), Industrial Law Journal.
- Gaudu F./Canut F.B, Droit du Travail, 6.ed, Dalloz, Paris 2018.
- Güven E./Aydın U, Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan, Eskişehir 2020.
- Güzel A, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, 1997, 4(2), Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, s. 83-126. (İşçi Kavramı)
- Güzel A, “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı...”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 15-46. (Ölçüt Arayışı)
- Grandi B, “Let’s Deconstruct the Meaning of Dependant Work to Enlarge The Scope of Labour Law”, 2014, 4(4), International Journal of Business and Social Research, s. 34-48.
- Grandi B, “Would Europe Benefit From the Adoption of a Comprehensive Definition of the Term ‘Employee’ Applicable All Relevant Legislative Modes? ”, 2008, 24(4), International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, s. 495-510.
- <<https://www.gov.uk/employment-status/worker>> Erişim Tarihi 21.03.2021.
- Jeammaud A, “L’avenir sauvegarde de la qualification de contract de travail, A propos de l’arret Labbane”, mars 2001, Dr. Soc. No.3.
- ILO, Employment Relationship Recommendation, 2006.
- ILO, “World Employment and Social Outlook: The role of digital labour platforms in transforming the world of work”, International Labour

Office, Geneva 2021, < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf
> Erişim Tarihi 23.03.2021.

Kaya A, “Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, 2019, 141, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 289-323.

Conaghan J./Fischl R./Klare K, Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities, Oxford University Press, Oxford 2004.

Kuban A, “Yeni İstihdam Türleri Açısından İşçi Kavramı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, GSİ / İB, İstanbul 1997, s. 47-73.

Leonardi E./Pirina G, “Uber in the Portuguese GİG Economy: A Laboratory for Platform Capitalism”, 2020, 14(2), Work Organisation, Labour & Globalisation, s. 46-63.

Le Bihan- Guénolé M, Droit du Travail, 16.ed, Hachette, Paris 2019.

Lokiec P, Droit du Travail, 2.ed, PUF, Paris 2019.

Lockton J.D, Employment Law, 3rd edition, Macmillan, London 1999.

Lyon-Caen G./Pélissier J./Supiot A, Droit du Travail, 17 ed, Dalloz, Paris 1994.

Matti M./Abayomi B./Najmul Islam A.K.M, “Digital platforms and the changing nature of physical work: Insights from ride-hailing”, 2019, 49, International Journal of Information Management, s. 452-460.

Martini, D.J, “International Regulatory Entrepreneurship: Uber’s Battle with Regulators in France”, 2018, 19(1), San Diego International Law Journal, s. 127-160.

Mazeaud A, Droit du Travail, 10.ed, LGDJ, Paris 2016.

Mollamahmutoğlu H, Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Sona Erme), Ankara 1995.

Mollamahmutoğlu H./Astarlı M, İş Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

- Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeidon, Ankara 2019.
- Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku C.1, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998.
- Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta, İstanbul 2014.
- Peskine E./Wolmark C, Droit du Travail, 13. ed, Dalloz, Paris 2020.
- Rani U./Furrer M, “Digital labour platforms and new forms of flexible work in developing countries: Algorithmic management of work and workers”, 2020, Competition & Change, 2020, <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1024529420905187#articleCitationDownloadContainer>> Erişim Tarihi 19.03.2021.
- Ray, J.E, Droit du Travail, 28.ed, Wolters Kluwer, Paris 2020.
- Ray, J.E, “Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination”, 1992, Droit Social, s. 525.
- Reisoğlu S, Hizmet Akdi, Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri, Ankara 1968.
- Rivero, J./Savatier J, Droit du Travail, 12. ed, P.U.F, Paris 1991.
- Simon A.M./Pinon S.M./Fallon, B.H, Droit du Travail, 25.ed, SIREY, Paris 2019.
- Stone K, “Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers”, 2006, 27(2), Berkeley Journal of Employment and Labour Law, s. 251-286
- Supiot A, “Les nouveaux visages de la subordination”, 2000, Droit social, s.131-145. <https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL4919662935852082630_subordination.pdf> Erişim Tarihi 19.03.2021.
- Supiot A./Casas M.E./Hanau P, “Perspective: A European Perspective on the Transformation of Work and Future of Labour Law”, 1999, 20(4), Comparative Labour Law& Policy Journal, s. 621-628.
- Sümer H.H, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, 2010, 19, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 63-73.
- Süzek S, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- Şahlanan F, “İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi”, 2011,

65, *Tekstil İşveren Dergisi*, s. 2-6.

Teyssié B, *Les Sources du Droit du Travail*, PUF, Paris 1998.

Tunçomağ K./Centel T, *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2018.

The Supreme Court, *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and Others (Respondents)*, 19.02.2021, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>> Erişim Tarihi 23.03.2021

Uçum M, “İş Sözleşmesinin Niteliğini Belirleyen Unsurlar ve İş Mahkemelerinin Görev Alanı”, 2005, 4(7), *Çalışma ve Toplum Dergisi*, s. 97-105.

Uygur T, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar Yargılama*, Olgaç Matbaası, Ankara 1980.

Yıldız G.B, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 2017. (Değerlendirme)

Yıldız G.B, “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi” *Savaş Taşkent’e Armağan, On İki Levha*, İstanbul 2019, s. 781-810. (Bağımlılık İlişkisi)

Woodcock J./Graham M, *The Gig Economy: A Critical Introduction*, Polity, Cambridge 2020.

TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 202 KAPSAMINDA TİCARİ İŞLETMENİN PASİFLERİNİN DEVRİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRMESİ İLE KEFİL VE KEFALETİN DURUMU

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN*

ÖZ

Ticari işletmenin TTK m. 11/3 kapsamında devrolunması durumunda ticari işletmeye dair pasiflerin akıbeti TBK m. 202 hükümlerince düzenlenmektedir. TBK m. 202’de ticari işletmenin devri açısından borcun devri zamanı, müteselsil sorumluluk ve borcun üstlenilmesine yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Bu kapsamda ticari işletmenin devri durumunda borçların devralana geçmesine yönelik borcun üstlenilmesi hükümleri devreye girmektedir. Ancak borcun üstlenilmesine yönelik TBK m. 198/2’de kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam edeceğinden bahsedilmektedir. TBK m. 202’de borcun üstlenmesi atfına karşın doktrinde müteselsil sorumluluk sürecinde önceki borçlara kefil olanın yazılı rızası olmaksızın sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmektedir. Halbuki, müteselsil sorumluluk ve ticari işletmeyi devreden sorumluluğunun devam etmesinden dolayı burada borca katılmadan bahsedilmesi isabetli olacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Ticari işletmenin devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma, kefalet, müteselsil sorumluluk*

EVALUATION OF PROVISION OF JOINT LIABILITY WITHIN THE SCOPE OF TRANSFERRING PASSIVE ASSETS OF COMMERCIAL ENTERPRISE UNDER TURKISH DEBT LAW ART. 202 AND SURETY WITH SITUATION OF SURETYSHIP

ABSTRACT

In case the commercial enterprise is taken over under TCC Art. 11/3, the fate of the liabilities regarding the commercial enterprise is regulated by the provisions TCO Art. 202. In article 202 of the TCO, regulations regarding the transfer of the debt, joint liability and undertaking the debt are included in terms of the transfer of the commercial enterprise. Therefore in case of the transfer of the commercial enterprise, the provisions of undertaking the debt for the transfer of debts to the transferee come

* **Arş.Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniv. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku ABD/ANKARA, e-posta: ahmet.ozsahin@hbv.edu.tr,

ORCID : 0000-0001-5577-7683.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.934009

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 26/11/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27/01/2021

into play. However, TCO in Art. 198/2 for undertaking the debt, it is mentioned that the liability of the guarantor will continue with the written consent of the guarantor. Despite the reference to undertaking the debt TCO in Art. 202, according to doctrine that the responsibility of the guarantor for the previous debts will continue in the process of joint responsibility without the written consent. However, it would be appropriate to mention participation in debt here due to the continuity of joint responsibility and the responsibility of the person who transferred the commercial enterprise.

Keywords: Transfer of the commercial enterprise, undertaking the debt, participating in debt, suretyship, joint liability

GİRİŞ

TTK m. 1/1'in birinci cümlesinde belirtildiği üzere "Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır." TBK m. 646'ya göre de, Türk Borçlar Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır. Bu manada somut olaya uygulanacak Ticaret Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmadığında Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gündeme gelmektedir. "Malvarlığının veya işletmenin devralınması" başlığıyla TBK m. 202 hükmü¹ de ticari işletmelerin devrinde TTK m. 11/3² yanında bilhassa pasiflerin devrine ilişkin ve alacaklıların haklarının korunmasına yönelik bir hüküm olarak yer almaktadır.³

¹ Hükümün İsviçre'deki karşılığı olan İBK m. 181'de aktiflerin devri açısından cüz'i halefiyetten bahsedilmektedir. Hüseyin Ülgen and Mehmet Fatih Arıcı, "İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1767.

² Ticari işletmenin TTK m. 11/3 kapsamında devrini konu almamızın sebebi, TTK m. 194 kapsamında ticari işletmenin yapı değişikliklerine de konu olabilmesi ve buna ilişkin düzenlemelerin farklılık arz etmesidir.

³ Şirket hisse devirleri işletmenin devri anlamına gelmez. Bkz. Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, 2018, s. 1050, 1051. Danıştay 10 D, E. 2016/5836 K. 2016/3721, 13.10.2016'da belirtildiği üzere "Şirket ortaklarının salt ortaklığa dair hisse devirleri 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 202

Kanunkoyucu TTK m. 11/3'te ticari işletmenin devrinde pasif malvarlığının devrine ilişkin ayrıntılı bir düzenlemede bulunmamaktadır.⁴ Doktrinde, ticari işletmenin devrinde pasiflerin⁵ devir dışı bırakılıp bırakılmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.⁶ Nitekim ticari işletmenin devrinde uygulama alanı bulan ATK(Alman Ticaret Kanunu, Handelsgesetzbuch) m. 25'in ikinci fıkrasında ticari işletmenin devrinde pasiflerin devir dışı bırakılmasına bunun ticaret siciline tescil ve ilanı veya üçüncü kişilere devreden veya devralanın bildirmesi ile mümkün olduğu düzenlenmektedir.⁷ Öncelikle bu durumda, şayet pasiflerin devir kapsamından çıkarılabileceği sonucuna varmak mümkünse burada kefilin durumundan da

. maddesinde ifadesini bulan işletmenin devri olarak nitelendirilebilecek bir durum değildir." Aynı şekilde ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde de ticari işletmenin devrinden bahsedilmemesi gerekir. Bkz. Elif Cemre Hazıroğlu, "Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu", 2017, 3(1), TFM, s. 79,80.

- 4 DEMİR'in belirttiği üzere TBK m. 202 borçlardan birlikte sorumluluğu düzenlemekle TTK m. 11/3'ü tamamlamaktadır. Bkz. Koray Demir, "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar", 2013, 71(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, s. 116.
- 5 ÖZ'e göre TTK m. 11'de yer alan malvarlığı ifadesi pasifleri de kapsayıcı anlama gelmektedir. Kanımızca bu görüş doğru olmakla beraber açıkça belirtilmesi daha yerinde olacaktır, zira malvarlığının içerdiği unsurların yer aldığı üçüncü fıkrada İBK m. 181; İsviçre FG m. 69 aksine pasif malvarlığı olarak ayrı bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bkz. Turgut Öz, "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, 2013, İstanbul, s. 99. KAHRAMAN'a göre, işletmenin aktifinin TTK'da düzenlenmesi borçların ise TBK'ya bırakılması yerinde olacaktır. Bkz. Zafer Kahraman, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 164, dp. 717. İBirk (İsviçre Birleşme Kanunu, Fusionsgesetz, FusG) m. 69 ve 73'te malvarlığının aktif ve pasiflerinin devrinden açıkça bahsedilmektedir. TTK m. 11'de de bu yönde bir değişiklik yerinde olabilecektir.
- 6 ACEMOĞLU'na göre İsviçre ve Türk hukuk sistemine göre pasiflerin devir dışı bırakılması mümkün değilken, ARICI'ya göre ise TBK m. 202, pasiflerin devir dışı bırakılmasına engel nitelikte bir emredici hüküm olarak görülemez. Bkz. Kevork, Acemoğlu, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri (Doçentlik Tezi), Fakülteler Matbaası, 1971, s. 34 vd.; Mehmet Fatih Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 144 vd. Pasiflerin ayrı devredilebileceği bu durumda TBK m. 202 (eBK m. 179) hükmünün uygulanmayacağı yönünde bkz. Nuşin, Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Sevinç Matbaası, 1968, s. 49. Pasiflerin kendiliğinden devralana geçtiği hususunda bkz. Doğan Kocabay, "Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali", 2018, 67(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 624. Pasiflerin ayrı devredilemeyeceği yönünde emredici hükümden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Kahraman, Borcun Üstlenilmesi, s. 165 vd. İBirk kapsamında, ticari işletme malvarlığının malvarlığı değerlerinin serbestçe devredilebileceği yönünde görüş için bkz. Philippe Weber, s. 145.
- 7 Burada devreden devralana karşı devir sözleşmesine yönelik edimini ifa etmesinin sağlanmasının amaçlandığı hakkında bkz. Acemoğlu, s. 111.

bahsetmeye gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla biz burada pasiflerin devrinin mümkün olup olmaması tartışmasına girmeden her halde pasiflerin devri varsayımıyla devirden önceki ticari işletmeyi ilgilendiren borçlara bağlı kefaletin devamı ve kefil veya kefillerin durumunu inceleyeceğiz.

Ticari işletmenin devrine bağlı olarak devrolunan borçlara bağlı kefaletin sahibi olan kefillerin durumunu inceleyeceğimizden baştan belirtmeliyiz ki, ticari işletmenin devrine ilişkin TTK m. 11/3'ü her yönüyle ele almak gereği bulunmamaktadır. Yine yalnız pasiflerin devrine bağlı kefaletten bahsedileceğinden burada daha çok TBK m. 202 hükmünün ele alınması ihtiyacı doğmaktadır. Her ne kadar TTK m. 11/3'ün gerekçesinde pasiflerin devrine yönelik TBK m. 202'nin düzenleme içerdiği görüşü kabul edilemese de⁸ gerçekten pasiflerin devrine yönelik sonuçların özellikle TBK m. 202'de yer aldığını söylemek mümkündür. TTK m. 11/3'ün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere TBK m. 202'nin varlığı⁹ TTK m. 11/3'te pasiflerin devrine yönelik düzenleme yapılmasına ihtiyaç olmadığı düşüncesini beraberinde getirmiş görünmektedir.¹⁰

I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNE VE TBK M. 202 KAPSAMINDA MÜTESELSİL SORUMLULUĞA KONU OLAN BORÇLARIN NİTELİK VE KAPSAMI

Ticari işletmenin pasiflerinin devri için belirli bir niteliğe sahip olması gerekmektedir. Aksi halde bu borçların ticari işletmeye devrolunmasından bahsedilemeyecek olup bu durumda ticari işletmenin devrine yönelik hükümleri de kefil açısından yorumlamaya gerek kalmayacaktır. Ticari işletmenin devrinde¹¹ pasiflerin devredilmesi varsayımında hangi borçların devrolunacağı yani devrolunabilir borçlarının kapsamının belirlenmesi gerekmektedir ki şarta bağlı ve zamanaşımına uğramış borçlar da devrolunabilir borçların kapsamındadır¹². Nitekim bu belirlemeyle beraber hangi kefalet işlemlerinin ve kefillerin de çalışmamız açısından ön plana çıkacağı ve çalışmanın

⁸ Öz, s. 99.

⁹ TBK m. 202 için malvarlığı veya işletmenin üstlenilmesi ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1277.

¹⁰ Gerekçede "Nitekim, Borçlar Kanununun 179 uncu maddesi ticari işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiştir..." denilmektedir.

¹¹ Ölüm sonucu ticari işletmenin devri de konumuz dışındadır. Zira bu durumda, miras hukuku düzenlemeleri devreye girecektir. Nitekim, ATK m. 25'te açıkça sağ birisinden ticari işletmenin devralınmasından bahsedilmektedir.

¹² Rudolf Tschäni, Art. 181, N. 5.

konusunu oluşturacağı ortaya konulmuş olacaktır.

Belirtmek isteriz ki, ticari işletmenin devrinde devralanın her bir borca vakıf olması şartı aranmamaktadır.¹³ Borcun doğduğu hukuki sebebin de burada önemi yoktur, dolayısıyla haksız fiilden veya kanundan doğan borçların da devrinin söz konusu olduğu kabul edilmelidir.¹⁴ Yeter ki ticari işletmeye ilişkin nitelikte olsun. Devralan ticari işletmeye ilişkin borçları bilmesede alacaklılara karşı borcu bilmediğini ileri sürememektedir, sorumluluktan kurtulamamaktadır. Yine de kanımızca burada TMK m. 2 gereği hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde kötüniyetin korunmayacağı prensibinin göz önünde tutularak her zaman alacaklının ticari işletmeyi devralandan borcun yerine getirilmesini isteyebileceği sonucunu çıkarmak doğru olmaz.¹⁵

Pasifin yani borcun devrinde devrolunabilir borçlar esastır. Yine ancak belli bir şahsın ifasının mümkün olduğu borçları da devrolunamayan borç kapsamında değerlendirmek gerekir.¹⁶ Devre konu olmayan borçlar açısından ise ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Devre elverişli olmayan borçlar, ticari işletmeyle ilgili olmayan borçlar. ATK m. 25’de ticari işletmeyle ilgili borçlar açıkça belirtilmekle beraber İBK Art 181 ve TBK m. 202’de ise borcun niteliği bu şekilde ifade edilmese de aynı sonuca doktrinde ulaşılmaktadır.¹⁷ İkincisinde ise ticari işletmenin işlemlerinden ileri gelmeyen borçlardan bahsedilmekle beraber burada da ticari işletmenin faaliyetine ilişkin olmanın doğru belirlenmesi gerekir.¹⁸

¹³ Tschäni, Art. 181, N. 5. Kanunen devir olduğundan varlığını bilmediği borçlar da devralana geçer. Bkz. Becker Hermann, Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Berner Kommentar, 2. Auflage, Stampfli Verlag, 1945, Art. 181, N. 24; Mustafa Kemal Oğuzman and Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C. II, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 595.

¹⁴ Acemoğlu, s. 127.

¹⁵ Nitekim, Alman hukukunda ticari işletmenin devrinde ticaret siciline tescil ve ilan veya bildirim durumunda sorumluluk konusunda tarafların belirleyici olabileceği ATK m. 25’te düzenlenmektedir. Borca ilişkin sınırlamaların sözleşme ve duyuru açısından tutarlı olması halinde alacaklıyı bağlayacağı hakkında bkz. Kahraman, Borcun Üstlenilmesi, s. 170 vd. Yine iç ilişkide farklı anlaşma yapılması hakkında bkz. Tschäni, Art. 181, N. 13.

¹⁶ Tschäni, Art. 181, N. 5; Acemoğlu, s. 130.

¹⁷ Acemoğlu, s. 124 vd.

¹⁸ Rekabet yasağı ve sır tutma gibi borçların da devrolduğuna dair bkz. Peter C. Schaufelberger and Katrin Keller, Art. 181, N. 4.

Sözleşme ilişkilerinin de devir kapsamında sayılması savunulabilir.¹⁹ Bununla birlikte TBK m. 202 sadece borçları ele aldığı üzere sözleşmelerin durumunun ayrı bir çalışma konusu²⁰ olduğunu söylemek gerekir.²¹

Belirtilen şekilde devrolunabilir borçların ticari işletmeyi devralana intikâli mümkün olduğundan bu borçlar açısından kefil olunması durumunda artık borcun ticari işletmeyi devreden üzerinde bulunduğu gibi kefilin de sorumluluğunun ele alınması gerekmektedir.

II. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE PASİFLERİN GEÇİŞİ HAKKINDAKİ KANUNİ DÜZENLEME VE DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanunkoyucu TBK m. 202'nin üçüncü fıkrasında, gerekçesinde 818 s. Kanun'un 179. maddesinin ikinci fıkrasından alındığını belirttiği hükümde, borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir hükmüne yer vermektedir. İBK m. 181/3'te yer alan düzenlemede ise, malvarlığının aktif ve pasifleri ile devralınmasında borçların devralınmasının tek bir borcun üstlenilmesiyle aynı etkiye sahip olduğu düzenlenmektedir.²²

¹⁹ Larissa Marolda Martínez and Hans Caspar Von Der Crone, s. 304. Sözleşme ilişkilerinin devri açısından doktrinadaki görüşler ana hatları şu şekilde belirtilmektedir: Karşı tarafın onayına bağlı olduğu, envantere belirtilmek kaydıyla karşı tarafın fesih ve dönme hakkını kullanma hakkı bulunduğu şartıyla, 3. kişinin onayı ile devrolunabileceği, kanunen onay gerekmesizin 3. kişinin kısmen fesih ve dönme hakkının bulunduğu şeklinde devrolunduğu görüşü. Bkz. Weber, s. 139, 140. Ayrıca bkz. Mustafa Hasanali Akay, "Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar", 1(1), 2014, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 173 vd.; TSCHÄNI, şahsen ifası gerekenler dışında süreklilik gösteren borç ilişkilerinin devrinin kabul edilmesi görüşünü savunmaktadır. Bkz. Tschäni, Art. 181, N. 6.

²⁰ İş sözleşmeleri hakkında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde özel düzenleme burada da uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda bkz. Mehtap Yücel Bodur, "Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı İle Alt İşveren İlişkisi- İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması", 2019, 23(2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.37-77. Ticari işletmenin malvarlığı devrinde iş sözleşmelerinin özel düzenlemesi hakkında bilgi için bkz. Ülgen and Arıcı, s. 1798 vd.

²¹ Sözleşmeler konusundan TBK m. 202'de bir düzenleme bulunmamakta, dolayısıyla sözleşmelerin devri açısından borcun devrinden öte sözleşmenin devri kavramının incelenmesi ayrı bir çalışmayı gerektirmektedir. Kanımızca burada sözleşmeye katılmadan bahsedilemeyecektir zira sözleşmeye katılmada müteselsil alacağın da gündeme gelmesi olasılığı TBK m. 202 düzenlemesine aykırıdır.

²² Alman hukukunda İsviçre ve Türk hukukunun aksine ticari işletmenin devrine yönelik ATK m. 25 hükmünde devralanın devredenle beraber sorumlu olacağından bahsedilmekle beraber borcun üstlenilmesi yönündeki BGB (Bundesgesetzbuch) m. 415 vd. hükümlerine bir atıf bulunmamaktadır.

Kanunun hükmü bir tarafa acaba gerçekten burada borcun üstlenilmesi veya nakli ticari işletmenin pasiflerinin devrinin hukuki niteliğini oluşturmaktadır mıdır? Zira kanunkoyucu bu hükümlerin uygulanmasını öngörmekte ise de kanımızca bu düzenleme aşağıda belirteceğimiz nedenlerle yerinde değildir.

Öncelikle, hükme bakıldığında lafzî yönden eleştirilmesi mümkün olmakla beraber, burada borcun üstlenilmesi hükümlerinin ticari işletmenin pasiflerinin devri açısından da uygulanacağını kastedildiği anlaşılmaktadır²³. Bununla beraber, 818. sayılı Borçlar Kanunu döneminde bulunmayan 6098 sayılı Kanunla getirilen bir yenilikten bahsetmek gerekir. Borca katılma²⁴ (schuldbeitritt²⁵, schuldmitübernahme²⁶ oder kumulative schuldübernahme)²⁷ kurumu İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinden farklı olarak TBK m. 201²⁸'de düzenlenmekte ve tanımlanmaktadır.²⁹ Buna göre borca katılma mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında³⁰ yapılan ve katılanın³¹, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme³² olup ikinci fıkrada da belirtildiği üzere burada katılan

²³ Alman hukukunda devrin ATK m. 25 kapsamında hukuki gerekçeleri hakkında görüşler için bkz. Daniel Zimmer and Friederike Scheffel, s. 471.

²⁴ Kavram hakkında bkz. Seda Yıldız Portakal, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 5 vd. Borca katılmada katılanın borcun borçlu tarafından alacaklıya ifasında menfaati bulunmaktadır. Stephen Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Diss. 2001, s. 14. Menfaat kıstası hakkında bkz. Hasan Murat Develioğlu, s. "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", 2004, 3(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 314 vd.

²⁵ Bu terim, hukuk uygulayıcıları arasında yaygın kullanılmaktadır. Bkz. MADAUS, s. 12.

²⁶ Asıl borçlu ile borcun üstlenilmesi şeklinde tarifi için bkz. EREN, s. 1279.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oruç Hami Şener, "Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma", 2009, 11(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.1279-1322.

²⁸ Hükümün kefalet sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerden sonra gelmek üzere düzenlenmesinin daha doğru olacağı hususunda bkz. Şener, s. 1314.

²⁹ Bu konuda bkz. Gamze Turan Başara, "Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müesese: Borca Katılma", 2014, 2(63), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.419-447.

³⁰ Borca katılmada borçlunun da katılımının ve onayının bulunması gerektiği ve düzenlemenin bu yönde eleştirisi hakkında bkz. Kılıçoğlu, s. 1047. Burada sözleşmenin değişmesinden bahsedilmesi durumunda borçlunun da katılımının gerekeceği hakkında bkz. Madaus, s. 10.

³¹ Katılma sonrası oluşan borç için *beitrittschuld* ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Madaus, s. 36.

³² Borca katılma sözleşmesinde şekil aranmamakla beraber, teminat amaçlı borca katılma sözleşmelerinin TBK m. 603 gereği kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere tabi olacağı belirtilmektedir. Şener, s. 1293; Kılıçoğlu, s. 1049; Oğuzman and Öz, s. 591, 592. Borca katılmakla beraber alacaklıya karşı alacak hakkına katılma söz ko-

borçlu ile alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu³³ olmaktadır.³⁴

Her ne kadar kanunkoyucu borcun dış üstlenilmesi hükümlerine atf yapsa da burada borca katılma hükümlerinin elverdiği ölçüde uygulanacağını belirtmesi isabetli olurdu.³⁵ Nitekim, İsviçre Borçlar Kanunu'nda borca katılma düzenlenmemekle beraber İBK m. 181 kapsamında borca katılmadan söz edileceği görüşü ileri çıkmaktadır.³⁶ Zira, borcun üstlenilmesinde müteselsil

nusu değildir. Bkz. Madaus, s. 20 vd. Borca katılma ile kefalet sözleşmeleri ayrımı için bkz. Zafer Kahraman, "Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi, 2013, 12(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.149-171. Kıymetli evrakta aval için eşin rızası hakkında bkz. Mehmet Çelebi Can, "Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - AVALDE EŞİN RIZASI ARANMALI MI?", 2017, 21(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.35-73. Avalde de borca birlikte iltihak mahiyeti görüldüğü hakkında bkz. Jale Güral, "Kefalet Aktiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", 1951, 8(3-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 443. Bkz. Yargıtay İBBGK, E. 2017/4, K. 2018/5, 20. 04. 2018, 16. 10. 2018 Tarihli ve 30567 Sayılı Resmî Gazete. Aval ve kefalet arasındaki fark hakkında bkz. Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncellenmiş, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 45 vd. Burada kanundan doğan katılma söz konusu olduğundan borca katılma açısından eşin rızası aranmayacağı kanaatindeyiz.

³³ Müteselsil sorumluluk için dayanışmalı sorum kavramının kullanılması hakkında bkz. Hikmet Sami Türk, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986, s. 185. Alacaklıların rızası aranmadan borcun devri gerçekleştiğinden alacaklıların zarar görmemesi için bu sorumluluğun kabul edildiği için bkz. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri, İlaveli 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1960, s. 115. Alacaklıların rızası aranması durumunda işletmelerin devrinin mümkün olamayacağından bahsedilebilir. Ercüment Erdem, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", 2014, 8(Sayı Özel), Journal of Yaşar University, s. 991, dp. 12.

³⁴ Borca katılma ve unsurları hakkında bkz. Sabah Altay, Borca Katılma, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010, s. 43 vd.

³⁵ Burada borca katılmadan bahsedilmesi gerektiği hakkında aynı yönde ARICI, s. 138, 194. OZANEMRE YAYLA'ya göre "...TBK m. 201 dar yorumlandığı takdirde, borca katılmanın ancak ve ancak sözleşmeyle mümkün olduğu, sonucuna varılacaktır. Çünkü kanunkoyucu örneğin müteselsil borçluluğun doğuşunun düzenlendiği TBK m. 162 hükmünde açık bir şekilde sözleşmeden kanundan doğan müteselsil borçluluk kavramlarına yer vermiştir. Oysa borca katılmada kanunkoyucu, bu kurumu doğrudan bir sözleşme olarak nitelendirmiş bulunmaktadır. Bu halde eğer TBK m. 201 hükmü dar yorumlanacak olursa, malvarlığı ve işletme devirlerinde devreden devralana karşı iki yıl süreyle devam eden borçluluğu, kanundan doğan müteselsil borçluluk olarak nitelendirilebilecek ancak bu halde borca katılmanın bulunduğu söylenemeyecektir. Fakat nihayetinde bu mesele bir yorum sorunu oluşturur." Bkz. Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, "Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları", 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 2942, dp. 75. Burada kanuni borca katılma bulunduğu hakkında bkz. Şener, s. 1280, dp. 2. Borca katılmaya benzer bir durum bulunduğu yönünde bkz. Develioğlu, s. 301.

³⁶ Tschäni, Art. 181, N. 2; Schaufelberger and Keller, Art. 181, N. 9; Peter Reetz and Micheal

sorumluluk söz konusu olmayıp, üstlenmeyle beraber önceki borçlunun da borçtan kurtulmasından bahsedilmelidir.³⁷ Borca katılmada ise borcuna katılanın borçtan kurtulması ve borcun üstlenilmesindeki gibi bir borç nakli söz konusu değildir.³⁸ Borca katılmayla, katılan borçla aynı derecede³⁹ borcun meydana gelmesi sonucu ortaya çıkar.⁴⁰ Bunun yanısıra doktrinde, borcun üstlenilmesinin geniş anlamda borca katılmayı da kapsadığından⁴¹ TBK m. 202 açısından borca katılma hükümlerinin uygulanacağı yönünde yorumlanabileceği de savunulmaktadır⁴².

Ticari işletmenin pasiflerinin devriyle borca katılma ilişkisinin kabulü durumunda da kefilin durumunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, borcun üstlenilmesinde TBK m. 198/2'ye göre borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam edebilecektir.⁴³ Zira, burada borç devam etse de kefil olunan borcun asıl borçlusu değişmektedir. Halbuki, borca katılmada kefilin kefil olduğu kişi ticari işletmenin de pasifleri ile devrinde iki yıl⁴⁴ süreyle müteselsil sorumlu olunmasında ayrıca kefilin rızası gündeme gelmeyecektir. Kanımızca iki yıllık müteselsil sorumluluk süreci açısından ticari işletmenin devrinde borca katılma hükümlerinin uygulanması yerinde olacak bu yönde bir kanuni değişikliğe gidilmesi hukuki nitelendirmeye de uygun düşecektir. Zannediyoruz bu eksiklik eski kanun

Graber, s. 1060; Frédéric Krauskopf, s. 535.

³⁷ Burada borca katılanın hatırlandığı yönünde bkz. Mehmet Kılıç, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 208. Bu yönde Alman hukukunda borca katılmadan bahsedildiği hakkında bkz. Kahraman, Borcun Üstlenilmesi, s. 149.

³⁸ Özen, s. 9; Develioğlu, s. 301.

³⁹ Madaus, s. 7.

⁴⁰ Kefalette ise ikinci (tâli) derecede doğan borçtan bahsedilecektir. Özen, s. 11; Oğuzman and Öz, s. 591.

⁴¹ Bu ayırım hakkında bkz. Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz and Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 543 vd. ; Çelikboya, s. 240.

⁴² Bkz. Kerem Çelikboya, Ticari İşletmenin Devri, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 240 vd.

⁴³ Kefilin önceden devre razı olması kefaletin devamı açısından geçerli olmayacaktır. Bkz. Sefa Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Yazarın Kendi Yayını, 2013, s. 308.

⁴⁴ İBK m. 181/2'de ve İBirk m. 69 vd. da bu süre üç yıl olarak düzenlenmektedir. TBK m. 202'de ticari işletmenin gerçek kişi, dernek veya vakfa devrinde iki yıl sorumluluktan bahsedilirken, TTK m. 194 manasında ticari işletmenin şirkete devrinde üç yıl sorumluluk öngörülmesi eleştirilmektedir. Bkz. Demir, s. 119.

döneminde borca katılma kurumunun yer almamasından kaynaklanmaktadır.⁴⁵ Nitekim, doktrinde ayrıca iki yıllık süre açısından kefilin durumunun ağırlaşmadığından kefilin rızasının aranmasına gerek olmadığı sonucuna varılmakta borcun üstlenilmesi hükümlerinin bu hususta kabul edilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴⁶

Müteselsil olarak iki yıl borçlu olunmasını borca katılma olarak kabul etmekle beraber burada sözleşmenin devrinin⁴⁷, sözleşmeye katılmanın neden söz konusu olmayacağını belirtmek gerekir. Zira, borcun üstlenilmesinde olduğu gibi sözleşmenin devrinde de devreden taraf borçlu olduğu takdirde borcundan kurtulmaktadır. Sözleşme hak ve borçları ile başkasında devredilmekte sözleşmenin bir tarafı değişmektedir.⁴⁸ Müteselsil sorumluluktan bahsedilememektedir. Yine sözleşmeye katılmada da bir taraf hem alacak hem borçların muhatabı olacağından yani müteselsil alacaklılık ve borçluluktan bahsedileceğinden⁴⁹ burada sözleşmeye katılmadan da bahsedilemeyecektir. Sözleşmenin devrinden bahsedilmesi durumunda ise kanunda borcun üstlenilmesinin aksine kefil ve rehin verenlerin durumuna ilişkin yazılı rıza aranmamaktaysa da burada da TBK m. 198/2'deki gibi kefilin rızası aranmalıdır.⁵⁰ Zira, aslında sözleşmenin devri borcun üstlenilmesini de içerisinde barındıran bir işlemdir.

⁴⁵ Burada kanuna dayalı borca katılmadan bahsedileceği hakkında bkz. Altay, s. 6 vd. Üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde mevcut borcun borçlusuyla yapılan sözleşme uyarınca meydana getirilen borca katılma da mümkün olup kanuni düzenlemedeki borca katılmadan farklıdır. Bkz. Özen, s. 9; Madaus, s. 150. Ancak esasen borca katılmayla borçlu ile katılan arasında yapılan anlaşma şeklindeki borca katılma anlaşılmaz. Bkz. Develioğlu, s. 301, 302. Alacaklı kendi katılımı olmaksızın talep hakkına sahip olur. Madaus, s. 148. Borca katılmada üçüncü kişi yararına edimin söz konusu olduğu hakkında bkz. Kılıçoğlu, s. 1046.

⁴⁶ Hermann, Art. 181, N. 27; Acemoğlu, s. 134; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2019, s. 47, 48.

s. 48.

⁴⁷ Bununla beraber iş sözleşmesi gibi sözleşmelerin devri hususiyet göstermektedir ve ticari işletmenin devriyle devrolunabilmektedir.

⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 1055; Oğuzman and Öz, s. 602.

⁴⁹ Oğuzman and Öz, s. 604.

⁵⁰ Berna Öztürk, "Sözleşmenin Devri", 2016, 29(125), TBB Dergisi, s. 276. ATK m. 418'de de kefil tarafından verilen güvencenin borcun üstlenilmesi ile son bulacağı ancak kefilin rızası durumunda bu hükmün uygulanmayacağı düzenlenmektedir. İBK m. 178/2'ye göre yine kefil ancak borcun üstlenilmesini onaylarsa alacaklıya karşı sorumlu olur. Ayrıca sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma hakkında bkz. Zeynep Bahadır, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", 2013, 17(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-38.

İki yıl indolmasından sonra da borcun devam edeceği varsayımında ise artık devredilen borç, sadece ticari işletmeyi devralandan talep edilebileceğinden kefilin de kefaletten kurtulacağı söylenebilir. Ancak burada borca katılmadan bahsedilmesi durumunda kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam edeceğinin kabul edilmesine imkân bulunmayacaktır. Zira burada borcun üstlenilmesi hükümlerinin uygulanmasından bahsedilemeyecektir.

Borcun üstlenilmesi hükümlerinin TBK m. 202/3'te açıkça öngörülmesi esasen bizi TBK m. 198'in uygulanmasına götürmektedir. Zira hükümde açıkça elverdiği ölçüde uygulanmasından değil özdeşlikten bahsedilmektedir, özdeşlik terimi hukuki bir terim olarak görülmesi de “eşit olan, fark bulunmayan” anlamlarına gelmektedir.⁵¹ 818 s. Borçlar Kanunu m. 179/2 ise “Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır” şeklindeydi.⁵²

Belirtmek gerekir ki, burada kanundan doğan borca katılma türü söz konusu olduğundan⁵³ borca katılmanın TBK m. 201'de ifade olunan alacaklı ile anlaşma yapılması şartının aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Burada yer alan katılma kanuni düzenlemeden dolayı meydana gelmektedir.

Borca katılan taraf olarak ise ticari işletmeyi devralanı kabul etmek yerinde olacaktır. Aksi halde, ticari işletmeyi devredenın zaten taraf olduğu borca katılması gibi tuhaf bir görünüm ortaya çıkacaktır.

III. BORCA KATILMA BAKIMINDAN DOĞACAK SONUÇLAR

Burada sadece borca katılmanın ticari işletme açısından uygulanmasına yönelik kapsamda konu ele alınacağından, müteselsil borca ilişkin halefiyet ve rücu hususlarına değinilmeyecektir. Zira, bu hususların ticari işletme devri açısından müteselsil borca ilişkin yapılan açıklamalardan bir farklılığı burada söz konusu değildir.

⁵¹ TDK, (<https://sozluk.gov.tr>, erişim 08.11.2020).

⁵² TBK m. 202'nin gerekçesinde “818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179 uncu maddesinin son fıkrasında kullanılan “tek bir borcun nakli akdinden” şeklindeki ibare, Tasarımın 201 inci maddesinin üçüncü fıkrasında “dış üstlenme sözleşmesinden” şekline dönüştürülmüştür denilmektedir. İBK m. 181'de “hat diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung” ifadesine yer verilmektedir.

⁵³ Sözleşmeye katılmanın kanundan doğduğu hale TMK m. 194/4'ün örnek teşkil etmesi yönünde bkz. Bahadır, s. 24. Bu konuda kanuni borca katılım(*gesetzlichen Schuldbeitritten*) ifadesi kullanılmaktadır. Madaus, s. 10.

A. TBK m. 202/2 Açısından Borca Katılmanın Unsurlarının Değerlendirilmesi

Borca katılmanın TBK m. 201'den de yola çıkılarak bazı unsurlarının TBK m. 202/2'de belirlenen müteselsil sorumluluk açısından ele alınması konumuz açısından önem arz etmektedir. Borca katılmadan bahsedilebilmesi için mevcut bir borcun varlığı⁵⁴, müteselsil borçlu olma unsuru yanında doktrinde fer'ilik bağımsızlık⁵⁵ unsurlarına yer verilmektedir.⁵⁶ Gerçekten TBK m. 202/2 kapsamında bu unsurların bir arada bulunmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin devri ile devam etmekte olan bir borç bulunduğundan mevcut borç unsuru, müteselsil sorumluluk açıkça belirtildiğinden⁵⁷, kanunen öngörüldüğünden müteselsil sorumluluk unsuru TBK m. 202/2'de karşılık bulmaktadır. Mevcut borcun⁵⁸ kaynağı açısından ayırımın önemi olmayıp, devrolunabilir borcun ticari işletmeye ilişkin olması durumunda burada borca katılmadan bahsedilebilecektir.⁵⁹ Fer'ilik ve bağımsızlık unsuru ise, borca katılmanın mevcut borca bağlı olmasının borca katılmanın doğumu açısından fer'i nitelik taşıdığını ve sonrasında bağımsız niteliğe kavuştuğunu açıklamaktadır.⁶⁰ Dolayısıyla bu unsurun da yerine geldiğini söylemek mümkün zira ticari işletmenin devralınmasıyla borca katılan ticari işletmeyi devralan için bağımsız bir borç haline gelmektedir.⁶¹

⁵⁴ Develioğlu, s. 305, 306; Özen, s. 51. Bunun yanısıra ileride doğacak borçlar için de borca katılmanın mümkün olduğu hakkında bkz. Şener, s. 1286. Mevcut bir borcun varlığı aynı zamanda borca katılmayı, baştan itibaren müteselsil borcun söz konusu olduğu borçlardan da ayırmaya yaramaktadır. Bkz. Özen, s. 10. Baştan itibaren müteselsil borcun söz konusu olduğu hallerde ayrıca aynı hukuki sebepten aynı edimi borçlanmadan bahsedilmektedir. Bkz. Eren, s. 1224. Kanundan doğan müteselsil sorumluluk için *gesetzliche begründete gesamtschuldnerische Mithaftung* kavramı kullanılması hakkında Madaus, s. 10.

⁵⁵ Fer'ilik unsuru kefalet ve borca katılmanın ayırt edilmesinde en önemli unsurdur. Bkz. Develioğlu, s. 317.

⁵⁶ Altay, s. 43, 44; Yıldız Portakal, s. 12; Madaus, s. 150 vd. Bu unsurlara ek olarak, alacaklı ile 3. Kişi arasında borçlu ile müteselsil borçlu olunma iradesine yönelik sözleşme unsurundan da bahsedilebilir. Kılıçoğlu, s. 1048. Bu unsur da kanuni düzenleme sayesinde meydana gelmekte, zira alacaklının onayı kanunen varsayılmakta ve müteselsil sorumluluk da açıkça hükme bağlanmaktadır.

⁵⁷ Ayrıca bkz. Madaus, s. 17 vd.

⁵⁸ Şarta bağlı borçlar da borca katılmaya konu olabilir. Bkz. Madaus, s. 328.

⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 1048. Sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara katılmak mümkündür. Şahsi olarak ifası gereken borçlara ise katılmaktan bahsedilemez. Yıldız Portakal, s. 9.

⁶⁰ Altay, s. 44; Reisoğlu, s. 109; Özen, s. 50; Yıldız Portakal, s. 14, 15.

⁶¹ Bağımsızlık yanında katılanın borcu ilk borç ile özdeş içeriğe sahiptir. Borca katılma bu

Bununla beraber, bu unsurların dışında kanunen borca katılma açısından TBK m. 201’de aranan alacaklının iradesi yönünden bir eksiklik bulunduğu düşünülebilir. Ancak, TBK m. 202 açısından, yani kanunen alacaklının borca katılmayı kabul ettiği, kendiliğinden geçişin olduğu kabul edilmelidir.⁶² Nihayet, borca katılmanın unsurlarının TBK m. 202/2 açısından bulunduğu sonucuna varmak mümkündür.

Alacaklı ile borca katılanın sözleşme yapması borca katılma sözleşmesinin bir gereği olsa da burada kanunen katılmayla alacaklının rızasının eksikliğinin giderildiği göz önünde tutulmalıdır. Nitekim, ticari işletmenin devrinde pasiflerin nitelendirilmesinde borcun üstlenilmesinden bahsedildiğinde de TBK m. 196’da aranan alacaklının rızasının, TBK m. 202 açısından kanunen bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. O halde bu unsur yönünden borca katılma hükümlerinin uygulanmasının borcun üstlenilmesi hükümlerine nispeten bir uyumsuzluğundan bahsetmek mümkün değildir.

B. Ticari İşletmenin Devrinde Borca Katılma Türünün Belirlenmesi ve Sonuçları

Ticari işletmenin devri ile beraber TBK m. 202/2 kapsamında borca katılmadan bahsedilebileceğini ifade ettik. Borca katılma ise amacı ve sonuçları bakımından borçtan kurtarma amaçlı ve teminat amaçlı borca katılma olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır.⁶³ Bu ayrımın önemi konumuz açısından borca katılmanın şekle bağlı olup olmaması bakımından kendisini göstermektedir.⁶⁴ Zira, TBK m. 603’e göre, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır.⁶⁵ Bu durumda

manada ilk borca etki etmez. Madaus, s. 8, 10.

⁶² Tschäni Art. 181, N. 2. Devralanın irade beyanı devir açısından yeterlidir. Krauskopf, s. 533.

⁶³ Borçtan kurtarma amaçlı borca katılma için *Übernahmeschuldbeitritt*, teminat amaçlı borca katılma için *Sicherungsschuldbeitritt* ifadeleri için Madaus, s. 12.

⁶⁴ Borca katılma şekle tabi düzenlenmediği gibi, borca katılmanın hukuki sonucu olan müteselsil sorumluluğa girme açısından da kanunda bir şekilden bahsedilmemektedir. MADAUS’un katıldığımız önerisine göre borca katılma açısından yazılı şeklin öngörülmesi yerinde olabilir, zira açık bu düzenleme ile hem kefalet hükümlerinin uygulanmasına yönelik gereklilik de bu şekilde daha uygun bir çözüme kavuşturulabilecektir. Bkz. Madaus, s. 259, 328, 329; Şener, s. 1314.

⁶⁵ Buna göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmeleri de bu kapsamda şekle tâbi olacaktır. Bkz. Develioğlu, s. 320. Baştan itibaren müteselsil borcun söz konusu olduğu hallerde de TBK m. 603 hükmünün uygulanabileceği hakkında bkz. Özen, s. 51.

ise, TBK m. 583 ve 584 hükümlerinin uygulanması açısından borca katılmanın değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu hükümlere uyulmamasının yaptırımı geçersizlik olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁶ Öncelikle belirtmek gerekir ki, borçtan kurtarma amaçlı borca katılmada borcun katılan tarafından tamamen üstlenilmesi amacı bulunması ve iç ilişkide ilk borçlu ile katılan arasında bu yönde anlaşma bulunması gerekmektedir.⁶⁷ Teminat amaçlı borca katılmada ise, alacaklıya teminat verilmesi amacı bulunmakla beraber iç ilişkide rücu⁶⁸ hakkının da ileri sürülebileceği şartından bahsedilmektedir.⁶⁹ TBK m. 202/2 kapsamında meydana gelen borca katılma kanundan doğmakla beraber burada teminat amaçlı borca katılmadan bahsedilmesi gerektiği söylenebilir, ancak iç ilişkide rücu hakkının kullanılmayacağına dair anlaşma bulunması durumunda ise borçtan kurtarma amaçlı borca katılmadan bahsedilebilecektir. İşte doktrinde teminat amaçlı borca katılma türü açısından şekle ilişkin TBK m. 603'ten hareketle kefalete ilişkin hükümlerin uygulanmasından bahsedilmektedir.⁷⁰ Öncelikle azamî miktarın ve müteselsil sorumluluğa dair nitelikli yazılı şekle uymanın borca katılma açısından gerekmediği açıktır.⁷¹ Teminat amaçlı borca katılmada eşin rızasının aranması da TBK m. 603 düzenlemesinden ileri gelmekle beraber ticari işletmenin devrinde borca katılmanın kanundan doğması bakımından burada eşin rızasının aranmayacağı söylenebilir.⁷² Nihayet, ticari işletmenin devri kapsamında TBK m. 202/2 gereğince meydana gelen borca katılma açısından kefalete ilişkin şekil ve eşin

⁶⁶ Ehliyet yönünden aykırılıktan tek taraflı bağlamazlıktan söz edilmesi hakkında Özen, s. 174, 175.

⁶⁷ Altay, s. 104.

⁶⁸ Borca katılmada rücu için bkz. Madaus, s. 35 vd.

⁶⁹ Altay, s. 104. Ancak her iki durumda da alacaklının karşısında ikinci aynı derecede birinci borçludan bağımsız sorumlu bir borçludan bahsedilecektir. Her iki durumda da alacaklının konumu güçlendirilip ilk borçlunun ödememe durumu güvence altına alınmaktadır. Bkz. Madaus, s. 14.

⁷⁰ Şener, s. 1292 vd.; Madaus, s. 259 vd. Burada menfaat durumunun kıyaslanabilirliği açısından kefalete ilişkin şekle borca katılmada da uyulması gerektiği ileri sürülmektedir. Madaus, s. 262 vd. Şekil serbestisinin temel prensip olduğu ve TBK m. 603'ün istisna olduğu gerekçesiyle kefalete ilişkin şeklin borca katılma açısından aranmayacağı yönünde bkz. Develioğlu, s. 320.

⁷¹ Altay, s. 138 vd. TMK m. 449'da belirtildiği üzere vesayet altındakiler adına kefil olunamayacaktır, bu durumda borca katılmaya da bu hüküm uygulanmalıdır. Aksi halde kesin hükümsüzlükten bahsedilecektir. Özen, s. 174.

⁷² Borca kefilin yanında katılmada veya kefilin borcunun üstlenilmesinde kefalete ilişkin şekle uyulması gerektiği hakkında bkz. Emel Badur, "Eşin Rızası", 2019, 26(109), TBB Dergisi, s. 295.

rızası hakkındaki hükümlerin uygulanmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. TBK m. 603 hükmünün amacı kefaletin dolanılmasını önlemektir⁷³, ancak kanımızca ticari işletmenin kefalet sözleşmesinin dolanılması amacıyla devralınması ihtimal dâhilinde değildir.⁷⁴ Kanımızca, ticari işletmenin devri açısından teminat amaçlı borca katılmadan bahsedilmekle beraber TBK m. 603'ün uygulanmasından bahsedilmemelidir. Ticari işletmenin devrinde ayrıca aktiflerin bulunması da bu konuda göz önünde bulundurulmalıdır.

Ticari işletmeyi devralan ile devreden arasındaki devir sözleşmesi açısından TTK m. 11/3'te belirtilen şekle uyulması bu konuda yeterli olacaktır⁷⁵. Aksi halde burada eşin rızası bulunmadığından borca katılmanın da geçersiz olacağı kabul edildiği takdirde, TBK m. 202/2 ile öngörülen sorumluluktan bahsedilemeyecek pasiflerin ise ticari işletme devri dışında tutulması sonucundan bahsedilecektir ki kanımızca bu kanunun sistematığına ve amacına uygun olmayacaktır.

C. Ticari İşletmeyi Devralanın Devraldığı Borçlar Açısından Tâbi Olacağı Zamanaşımı

Ticari işletmenin devralınmasıyla, borçların TBK m. 202/2 kapsamında müteselsil sorumluluk öngörülmesinin sonucu olarak burada borca katılmadan bahsedileceğinden bahsetmiştik. Ticari işletmeyi devreden açısından iki yıllık sürenin hak düşürücü⁷⁶ niteliktedir.⁷⁷ Bununla beraber ticari işletmeyi devralan yani borca katılan açısından sorumluluk devam edecektir, ancak devralınan borçların zamanaşımının belirlenmesi gerekmektedir⁷⁸. Kanun koyucu borca katılmada borca katılanın katıldığı borcun hangi zamanaşımı süresine tâbi olacağından bahsetmemektedir. Doktrinde ise borca katılan

⁷³ “Madde kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ye bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.” Bkz. TBK Madde 603 Gereçesi.

⁷⁴ Altay, s. 121.

⁷⁵ Borca katılmada katılınan sözleşmenin tâbi olduğu şekil açısından kanun koyucunun amacının gözetilmesi sonucu borca katılma sözleşmesinin şekle bağlı olup olmayacağı sonucuna varılması hakkında bkz. Develioğlu, s. 304, 322.

⁷⁶ Acemoğlu, s. 150; Arkan, s. 47.

⁷⁷ Bununla beraber, iki yıllık sürenin dolmasından önce zamanaşımının durmasına kesilmesine ilişkin müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Kısacası, sadece iki yılın dolması hak düşürücü nitelik taşımaktadır.

⁷⁸ Buradaki zamanaşımı süreleri TTK m. 6 gereği sözleşme ile değiştirilemez.

açısından tâbi olunacak zamanaşımı hususunda farklı görüşler yer almaktadır. Görüşler ilk borcun tâbi olduğu zamanaşımının geçerli olması gerektiği, yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı yönünde ikiye ayrılmaktadır.⁷⁹ Birinci görüşe göre, borca katılan katıldığı borcun zamanaşımına göre sorumlu olacaktır zira aynı borç ve edimden bahsedilmektedir.⁸⁰ İkinci ve bizim de katıldığımız görüşe göre borca katılan açısından yeni bir zamanaşımı süresinin başlamasından bahsedilecektir.⁸¹ Bu süre ise, TBK m. 146’da belirtilen on yıl olarak kendisini göstermektedir.⁸² Burada ticari işletmeyi devralan açısından devrin bildirim ve ilanı tarihinden itibaren başlayacağı kabul edilmelidir.

Zamanaşımının durmasının diğer tarafa etkisi olmamakla beraber⁸³, zamanaşımın kesilmesi halinde diğer müteselsil borçlu açısından da TBK m. 155/1 gereği kesileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, TBK m. 154’te öngörülen zamanaşımının kesilmesine ilişkin hallerden birisi özellikle ticari işletmeyi devreden açısından borca katılmadan sonra meydana geldiğinde ticari işletmeyi devralan açısından zamanaşımının yeniden başlaması gündeme gelecektir.

D. Savunma Hakları Bakımından Ticari İşletmenin Devrinde Borca Katılmanın Kabul Edilmesinin Sonuçları

Borcun üstlenilmesi açısından savunma haklarının(def’i ve itirazların) durumu TBK m. 199 ile düzenlemekle beraber, borca katılma açısından bu yönde bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. TBK m. 199’a göre, borcu üstlenen, borca ilişkin savunmaları⁸⁴ da devralmakla beraber sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça önceki borçlunun kişisel savunmalarını ve iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez.

Def’i ve itiraz haklarının da borca katılan açısından da belirlenmesi gerekmektedir. Borca katılmadan sonra ise müteselsil borç ilişkisi meydana geleceğinden, katılmadan sonra teselsül hükümlerinde yer alan def’i ve itirazlara yönelik TBK m. 164 hükmünün burada da geçerli olması

⁷⁹ Madaus, s. 272 vd.; Altay, s. 210 vd.; Yıldız Portakal, s. 158 vd.

⁸⁰ Başara, s. 439 vd. ; Hasibe Sena Akkışla, “Borca Katılma Sözleşmesi”, 2019, 31(141), TBB Dergisi, s. 401 vd.

⁸¹ Şener, s. 1309 vd. ; Altay s. 210 vd.

⁸² Şener, s. 1309. Detaylı değerlendirme için bkz. Altay, s. 210 vd.

⁸³ Şener, s. 1310.

⁸⁴ Borcun üstlenilmesinde savunmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kılıç, s. 176 vd.

gerektiği belirtilmektedir.⁸⁵ Borca katılan ilk borçlu tarafının alacaklı ile arasındaki borç ilişkisinden ileri gelen def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.⁸⁶ Yine borca katılma, mevcut bir borcun⁸⁷ geçerliliğine bağlı olarak doğduğundan⁸⁸ borca katılan alacaklıya karşı borcun geçersizliğine ilişkin itirazda bulunabilecektir.⁸⁹ Ancak burada da borcun üstlenilmesindeki gibi⁹⁰ sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça ilk borçlunun kişisel savunmalarının katılan tarafından ileri sürülemeyeceğini belirtmek isteriz.⁹¹ Yine borcun üstlenilmesinden farklı olarak, ilk borçlu ile yapılan anlaşmanın geçersizliği de alacaklıya karşı ileri sürülebilecektir⁹². İki yılın dolması ile devredenin sorumluluğunun sona ermesi ise ticari işletmeyi devralan tarafından ileri sürülemeyecektir zira burada kişisel savunma hakkından bahsedilecektir. Müteselsil sorumluluktan bahsedildiği üzere borca katılmada borcuna katılanın ifası durumunda borca katılan da alacaklıya karşı borcun sona erdiğine dair savunmada bulunabilecektir.⁹³ TBK m. 164/2 gereği müteselsil borçlulardan biri ortak def'i⁹⁴ ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olacaktır.

Nihayet, ticari işletmenin devrinde TBK m. 202/2'de belirtilen iki yıllık müteselsil sorumlulukta borca katılmadan bahsedilmesi durumunda def'i ve itiraz hakları yönünden de sakınca bulunmadığı söylenebilecektir. Zira, hem borca katılmada hem TBK m. 202'de müteselsil sorumluluk söz konusu

⁸⁵ Oğuzman and Öz, s. 592; Şener, s. 1308; Develioğlu, s. 318; Başara, s. 437; Yıldız Portakal, s. 143; Akkişla, s. 402.

⁸⁶ Başara, s. 438; Yıldız Portakal, s. 144. Zamanaşımı bu konuda istisna teşkil etmektedir. İstisnalar konusunda bkz. Şener, s. 1309.

⁸⁷ Sonra doğacak bir borca önceden teminat amaçlı borca katılma kapsamında katılmanın mümkün olduğu hakkında bkz. Altay, s. 94; Madaus, s. 152 vd.; Akkişla, s. 397.

⁸⁸ Burada borcun üstlenilmesi kabul edildiği halde de dış üstlenme sözleşmesi yapılmadığından yine devir sözleşmesinin geçersizliğinin alacaklıya karşı ticari işletmeyi devralan tarafından ileri sürülebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Oğuzman and Öz, s. 595.

⁸⁹ Develioğlu, s. 307; Özen, s. 10.

⁹⁰ Ayrıca, kefaletle ilişkin savunmaların ileri sürülüp sürülemeyeceği hakkında bkz. Madaus, s. 309 vd.

⁹¹ Şener, s. 1307; Özen, s. 12. Bu yönden kefile nispetle borca katılanın savunma araçlarının daha az olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, s. 1049.

⁹² Tschäni, Art. 181, N. 13, BGE 60 II 105 ff. Ayrıca bu durumda ticari işletmeyi devredenin sorumluluğu iki yıla sınırlı olmayacaktır. Bkz. Tschäni, Art. 181, N. 13.

⁹³ Özen, s. 12.

⁹⁴ Ortak def'inin itirazları da kapsar şekilde kullanılması hakkında bkz. Eren, s. 1230.

olduğundan savunma hakları yönünden de uygunluk sağlanacağı açıktır. Burada borcun üstlenilmesi veya müteselsil sorumluluğa ilişkin savunma haklarının uygulama alanı bulunacağı anlaşıldığı üzere borca katılma açısından da mahsurdan bahsedilmeyecektir.

E. TTK m. 11 ve TBK m. 202 Kapsamında Borca Katılma Süresinin Başlaması

TTK m. 11 kapsamında bakıldığında ticari işletmenin devri açısından ticaret siciline ticari işletmenin devrine ilişkin yazılı sözleşmenin tescili ve ilanından bahsedilmektedir.⁹⁵ Ancak TBK m. 202’de ise alacaklılara yapılacak devre ilişkin bildirimden⁹⁶ veya ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesi’nde ilanla duyurmayla alacaklılara karşı ticari işletmeyi devralanın sorumluluğunun doğacağından bahsedilmektedir.⁹⁷ Aynı şekilde TBK m. 202/2’de bu bildirim⁹⁸ veya duyuru tarihinden itibaren muaccel borçların dolayısıyla kefilin de sorumluluğunun devam edeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada iki ihtimal ortaya çıkmaktadır, alacaklılara bildirimde bulunulması durumunda ilandan önce de borca katılmadan bahsedilebilirken⁹⁹, ticaret siciline tescilden sonraki ilan durumunda bu ilanla beraber iki yıl süreli müteselsilen borçluluk söz konusu olacaktır. Bu halde, TTK m. 11’in borcun geçişine ilişkin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ticari işletmenin devri sözleşmesi taahhüt işlemi olarak değerlendirilmekle beraber, bu sözleşmenin tescilinin¹⁰⁰ kurucu işlem olduğu görüşüne katılmaktayız.¹⁰¹ Burada maddeler

⁹⁵ Oğuzman and Öz, s. 595.

⁹⁶ Burada devrin ihbarı pasifleri de kapsayacaktır. Devrin bildirilmesinin yeteceği hakkında bkz. Acemoğlu, s. 115, 116.

⁹⁷ Bu sebeple Yargıtay 9 D, E. 1998/19751 K. 1999/2083, 15.2.1999 kararında yer alan “*Borçlar Kanununun 179. maddesi bu konuyu düzenlemekte olup yeni malikin devirden itibaren sorumlu olacağı öngörülmüştür*” düşüncesine katılmamaktayız.

⁹⁸ Bildirim bir şekle veya kabule bağlı olmadan sonuç doğurmaktadır. Bkz. Tschäni, Art. 181, N. 10.

⁹⁹ Bildirimden başka şekilde alacaklının devri öğrenmesi durumunda bunun esas alınacağı hakkında bkz. Martínez and Von Der Crone, s. 304. Bildirimde pasiflerin hariç tutulanların açıkça belirtilmediği takdirde bunlardan da sorumlu olunacağı hakkında bkz. Schaufelberger and Keller, Art. 181, N. 8, 9.

¹⁰⁰ Ticari işletmenin devrinin yazılı devir sözleşmesi, devredenin tescil talebi, ticaret sicil memurluğunun tescili olarak üç aşamadan meydana geldiği hakkında bkz. Murat Topuz, “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)”, 2012, 18(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 19-80.

¹⁰¹ Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”,

arasında bir farklılık varmış gibi gözükse de TTK m. 36/1 gereği tescilin üçüncü kişiler hakkında Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlemesi göz önünde tutulmalıdır. Bu durumda tescilin kurucu işlem olması yanısıra ilanı ile üçüncü kişi konumundaki alacaklılar açısından sonuç doğuracağını kabul gerekir.¹⁰² Bu sebeple de TBK m. 202 düzenlemesi TTK m. 11 ile bağdaşmaktadır. Aynı şekilde ilandan önce alacaklılara bildirimde bulunulması halinde iki yıllık müteselsil sorumluluğun bu andan başlaması da göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁰³ Yine alacaklıların bildirim ve ilan dışında devirden haberi olması halinde de müteselsil sorumluluğun bu süreden itibaren başlaması dikkate alınmalıdır.¹⁰⁴

Nihayet, kefilin sorumluluğunun başlama ve sona erme süresi ticari işletmeyi devredenın müteselsil sorumluluğunun doğduğu süreyle bir olduğundan ayrıca bir belirlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Bununla beraber, tescil ile aktif ve pasiflerin devrinin kabulü TTK m. 36/1 gereği iç ilişkide hüküm ve sonuç doğuracağından bildirim ve ilandan önce alacaklıların muaccel alacakları için devredene gitmesinde iç ilişkide aksi kararlaştırılmadıkça devredenın devralana rücu etmesi gündeme gelebilecektir, bu halde de kefilin sorumluluğunun azalması ihtimalinden bahsedilebilecektir. Nitekim bu safhada kefilin durumu açısından bir değişiklikten borcun üstlenilmesinden veya borca katılmadan söz edilemeyecektir.

IV. KEFALETE İLİŞKİN SONUÇLARI

Burada ticari işletmenin devrinden önceki borçlara kefaletle ilişkin ticari işletmenin devrinin etkisi ele alınacaktır. Kefalet kurumu sadece ticari işletmenin devri kapsamında ele alınacağından kefaletin sona erme türleri burada ele alınmasa da elbette kefaletin sona ermesi de ticari işletmenin devrinin bir sonucu olmasa da alacaklının teminatının son bulmasına yol açacaktır.

BATIDER, 24(3), s. 13; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 138. Tescil talebinin tasarruf işlemi olarak nitelendirilmeyeceği hakkında bkz. Norman Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 175.

¹⁰² Öz, s. 109.

¹⁰³ Bu konuda tercih devralana bırakılmaktadır. Oğuzman and Öz, s. 596.

¹⁰⁴ Kılıçoğlu, s. 1052.

A. TBK m. 202/2'nin Kefilin Durumu Açısından Amaçsal Yorumu

Kanunkoyucu TBK m. 202/2 ile ticari işletmeyi devreden devredilen borçlardan iki yıl müteselsil sorumlu olacağını öngörerek alacaklıları korumayı hedeflemiştir.¹⁰⁵ Zira, aslında borcun üstlenilmesinde alacaklıların rızasının aranması gerekirken burada iki yıl daha sorumluluğu öngörülüp¹⁰⁶ aynı zamanda ticari işletmenin devri taraflarının menfaatleri arasında denge korunmaya çalışılmış yine ticari işletmenin devri yönünde irade serbestisi gereği özgürce tasarrufta bulunulması aynı zamanda ticari işletmenin pasifleri için aktiflerinin de gerçekten güvence olacağı anlayışı görülebilmektedir.¹⁰⁷ Bu manada devreden ticari işletmenin faaliyetlerine ilişkin borçlarına kefil olan kişinin devir durumunda da kefaletinin devam etmesi hükmün amacıyla bağdaşacaktır. Bu durumda hem alacaklıların kefalete olan güveni korunmuş olacak hem de zaten iki yıl müteselsil borçlu olunması durumunda gerçekten kefilin durumunun ağırlaşmadığı¹⁰⁸ hatta borcun iki yıldan daha uzun süreceği ihtimalinde kefilin durumunun daha da yararına olacağı ortadadır.

İki yıllık müteselsil borçluluk durumunun meydana gelmesi için kanunkoyucu bildirim ve ticari işletmeler için ilandan bahsetmektedir. Ancak bildirim şekline bahsedilmediğinden¹⁰⁹ bazı alacaklıların da diğerlerinden önce haberdar olması ihtimalinde bu iki yıllık müteselsil sorumluluk dolayısıyla kefilin sorumluluğun da kimi borçlar açısından alacaklının devre vakıf olması şartına bağlı değiştiği sonucu çıkmaktadır.¹¹⁰ Bu manada gerçekten *BAHTİYAR*'ın öğretide haklı olarak TTK m. 11 ile TBK m. 202 arasındaki süre farklılıklarını ifade ettiği gibi yani ticari işletmelerin devrinde ticaret siciline tescil ve ilan öngörülerek karışıklığın giderilmesi gerekmektedir.¹¹¹ Bu durum hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Hukuki işleme katılan kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması yönünde bu adımın atılması yerinde olacaktır.

¹⁰⁵ Kılıçoğlu, s. 1052. Ayrıca borçların geçişini kolaylaştırma amacı bulunduğu hakkında bkz. Tschäni, Art. 181, N. 3.

¹⁰⁶ Bu şekilde alacaklının iradesinin aranmaması sonucuna bağlı olarak doğacak sakıncanın giderilmesi istendiği hakkında bkz. Oğuzman and Öz, s. 594.

¹⁰⁷ Tschäni, Art. 181, N. 3.

¹⁰⁸ Acemoğlu, s. 134; Arkan, s. 48.

¹⁰⁹ Bildirim, sözlü yazılı herhangi bir şekilde yapılması mümkündür. Ayrıca, bildirim kabulü aranmaz. Bkz. Schaufelberger and Keller, Art. 181, N. 7.

¹¹⁰ Bu durumda o alacaklı açısından iki yıllık sorumluluk süresi işlemeye başlayacaktır. Bkz. Oğuzman and Öz, s. 596.

¹¹¹ Bahtiyar, s. 228.

B. Müteselsil Sorumluluğun Borcun Üstlenilmesi Yoluyla Ortadan Kaldırılması Ve Buna Bağlı Olarak Kefilin Durumu

Müteselsil sorumluluk belirli bir süreyle sınırlı olarak kanunen TBK m. 202/2'de öngörülmektedir. Yargıtay kararında¹¹² da belirtildiği üzere teselsülün kanundan doğduğu hâllerde, kamu düzenine yönelik emredici hüküm¹¹³ söz konusu olduğundan sözleşme ile bunun bertarafı geçersizdir. Bununla birlikte alacaklının da sorumluluğun kaldırılmasına katılmasıyla TBK m. 202'deki müteselsil sorumluluğun ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu söylenebilir.¹¹⁴ Alacaklının katılmasıyla da kanunda öngörülen devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğunun bertaraf edilmesi mümkün olup bu durum kefilin sorumluluğunun sona ermesi bakımından da önem taşımaktadır. Bunun dışında kamu düzeni belli tarafların menfaatiyle sınırlı olmadığı gibi burada emredici bir hükümden bahsedilmesi gerektiğinden aksinin kararlaştırılması esasen geçersizdir. Ancak alacaklının katılmasıyla geçerli bir borcun üstlenilmesinden bahsedildiğinden artık burada müteselsil sorumluluğun devamından söz edilemeyecektir.

C. Müteselsil Sorumluluğun Öngörüldüğü İki Yıllık Sürenin Bitiminden Sonra Borcun Niteliği Ve Devirden Önceki İşletmeye İlişkin Borçlara Kefil Olanın Durumu

Kanunen meydana gelen borca katılma durumunun kefaletin devamına etkisi olmadığından ticari işletmeyi TTK m. 11/3 kapsamında devralanın borca katılan sıfatının bulunduğunu kabulün uygun olacağını ifade ettik. Burada ise müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü sürenin sona ermesi durumunda borcun hukuki niteliğinin belirlenmesi ve devir öncesi borçlara yönelik kefalet üzerinde duracağız.

Borca katılmanın söz konusu olduğu durumlarda, borca katılan açısından borç bağımsız hale gelmektedir. Dolayısıyla, burada borca katılanın yani ticari işletmeyi devralanın borçluluk durumu başta mevcut borca dayalı olarak doğsa da sonrasında devreden borçtan kurtulması ile ilişkili olmaksızın

¹¹² Yargıtay 4 D, E. 1961/3748 K. 1963/2899, 03.04.1961. Karar için bkz. Acemoğlu, s. 38.

¹¹³ Emredici hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Erdem Kaşak, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 145 vd.

¹¹⁴ Acemoğlu, s. 145; Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 15. ATK m. 25'nin ikinci fıkrasında ticaret siciline tescil ve ilan ile veya üçüncü kişiye bildirilmesiyle farklı şekilde sorumluluğun geçerli olmasına imkân tanındığı düzenlenmektedir.

alacaklıya karşı devam etmelidir. Buna göre, doktrinde kabul edilen iki yıl sonrası için borcun üstlenilmesi hükümlerinin kefil açısından uygulanması yani yazılı rızasıyla sorumlu olmaya devam etmesinin imkânı bulunduğu görüşüne¹¹⁵ katılmıyoruz. Zira, borcun bağımsızlığına bağlı olarak burada borcun üstlenilmesinden bahsedilmesi doğru olmayacak, kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam edeceğinden bahsedilemeyecektir. Ticari işletmeyi devreden kanunen iki yıllık hak düşürücü nitelikteki¹¹⁶ sürenin dolması ile kefilin sorumluluğunun da borcunun asıl borç kapsamında sona ermesi gündeme gelecek, borca katılan ticari işletmeyi devralanın ise bağımsız olarak borcunun devamı gerekecektir.¹¹⁷ Bu durumda iki yılın sona ermesinin borcun üstlenilmesi sonuçlarını doğuracağı görüşü kanunun borcun üstlenilmesi olarak TBK m. 202'yi düzenlemesinin gereği olsa da işaret ettiğimiz üzere kanuni düzenlemenin de değiştirilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

Burada alacaklının da kanun koyucunun amaç edindiği üzere iki yıl boyunca menfaatinin gözetilmesi açısından da belirttiğimiz çözüm yerinde olacaktır. Bu süre boyunca şahsi teminatın da alacaklı açısından devamı mevcut durumda da kabul edildiği üzere devam edecektir. Zaten, kefilin asıl borcun borçlusunun borcunun sona ermesinden sonra sorumluluğunun devam etmesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Burada borca katılmada olduğu gibi iki yılın sona ermesi ile ticari işletmeyi devreden borcunun sona ermesi de kanunen söz konusu olmaktadır, boca katılmadan bahsedilmesi durumunda kanuna dayalı bir hukuki sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

D. Ticari İşletmenin Kefalet Türü Bakımından Değerlendirilmesi

Türlerine göre kefalet, TBK m. 585 vd. hükümlerince adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefil, rücu kefil olarak düzenlenmektedir. Bu durumda ticari işletmenin devrinde kefalet türleri bakımından bir farklılık olup olmayacağına kısaca bakmak faydalı olabilir.

TTK m. 7'ye göre ise, ticari borçlara kefalet halinde kanun veya sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde müteselsil sorumluluktan bahsedileceği düzenlenmektedir¹¹⁸. TTK m. 19/1'e göre borcun ticari olup olmaması hakkında işlemin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığından hareket

¹¹⁵ Acemoğlu, s. 134, 135.

¹¹⁶ Acemoğlu, s. 150; Arkan, s. 47.

¹¹⁷ Reisoğlu, s. 110. Bağımsızlık unsuru borçların farklı şekilde gelişimini belirtmektedir. Bkz. Madaus, s. 17.

¹¹⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Kadir Berk Kapancı, "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?"

edilmektedir.¹¹⁹ Bu durumda, TTK m. 7 ile TBK m. 586'de belirtilen kefilin yazılı olarak müteselsil kefaleti belirtir ifadesine bakılmaksızın müteselsil kefil olduğunu kabul gerekmektedir. Bununla birlikte ticari işletmenin devrinde TBK m. 202/2'de öngörülen iki yıllık müteselsil sorumluluk süresince kefaletin türünün ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, sözleşmede ticari işletmenin devrinden önceki borçlardan doğan kefaletin müteselsil olmadığı sözleşme ile belirlenmiş olabileceği gibi, müteselsil kefaletin söz konusu olmasıyla birlikte ticari işletmeyi devralanın ticari işletmeyi işletmemesi ihtimali de bulunabilir. Kanımızca iki durumda da, kefilin durumunun değişmesinden bahsedilemeyecektir. Zira, TBK m. 202/2 ile borçlunun sorumluluğu iki yıl süre ile sınırlandırılmakta iken borca katılan ticari işletmeyi devralanın müteselsil sorumluluğu ile alacaklının menfaati korunmaktadır. Ayrıca borcun niteliği de kefil olduğu haliyle devam edeceğinden ticari işletmenin devri ile kefalet türünün değişmeden devam edeceği söylenebilir.

SONUÇ

Ticari işletmenin TTK m. 11 kapsamında devri açısından pasiflerinin devrine madde gerekçesinde TBK m. 202'ye atıf yapılmaktadır. Bu kapsamda ise kefilin devirden önce ticari işletmenin borçlarına bağlı kefalet ilişkisi yönünden TBK m. 202/3 devreye girmektedir. Her ne kadar doktrinde TBK m. 202/3'e göre borcun üstlenilmesine yönelik TBK m. 198/2 gereği kefilin yazılı rızası aranmasına gerek olmadığı kabul edilse de burada borca katılmanın bahsedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Alman; İsviçre ve Türk hukukunda da burada borca katılmanın söz konusu olduğu yazarlar tarafından ifade edilmektedir.

Belirttiğimiz sebeplerle müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu TBK m. 202 gereği iki yıllık süre açısından borca katılmadan bahsedilmeli ve ticari işletmeyi devralan tarafın katılan olduğu kabul edilmelidir. Bu yönde bir düzenlemenin yapılması sonucu hukuki niteliğine daha uygun olacağı gibi kefilin yazılı rızasının aranmasının gerekmediğine yönelik

¹¹⁹ ", 2016, 7(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 131-170; Nuri Aziz Midyat, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi", 2017, 75(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 681-705.

¹¹⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kürşat Göktürk, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", 2015, 19(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3-44. Tüketici işlemi ile ticari iş ayrımı hususunda bkz. Eren Çıtır, "Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi", 2016, 20(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3.

yoruma ihtiyaç kalmayacaktır. Yine müteselsil sorumluluğun burada ticari işletmeyi devreden iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi içerisinde borcu başkasına veya ticari işletmeyi devralana alacaklının katılmasıyla da devredebilmesi imkânı bulunmaktadır. Bu durumda ise artık kefilin yazılı rızasının bulunmasının kefaletin devamı için gerekeceği TBK m. 198/2 gereği ortadadır.

Borca katılmanın TBK m. 202 açısından kanunen gerçekleşmesi dolayısıyla ve ticari işletmenin devrinin sözleşmenin asıl konusu olması dolayısıyla kefalete ilişkin TBK m. 603'ün de burada uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, burada bahsedilen borca katılma kefaletin dolanılması amacını da taşımamaktadır.

İki yıllık müteselsil sorumluluk açısından borca katılmaya yönelik hükümlerin uygulanacağı ve ticari işletmeyi devralanın bu süre bakımından katılan olarak borçlu olduğunu belirttiği şekilde bir düzeltmenin yerinde olabileceği kanaatindeyiz. Bu şekilde borca katılan sıfatıyla ticari işletmeyi devralanın borcu iki yılın dolmasından sonra da devam edebilecektir. Kefilin ise sorumluluğu asıl borcun borçlusu ile beraber sona ermiş olacaktır. Ayrıca kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam etmesine de burada borcun üstlenilmesinden bahsedilemeyeceğinden imkân olmayacaktır.

Burada kanuni borca katılmadan bahsedileceği üzere, müteselsil kefalete ilişkin şekle uyulmasının gerekmeyeceği, eşin rızasının da bulunmasının gerekmeyeceği söylenebilir. Yine borca katılmada bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre ticari işletmeyi devralan açısından yeni bir zamanaşımı süresinden bahsedilmelidir. Savunma hakları bakımından müteselsil borca ilişkin TBK m. 164 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle borca katılan ilk borçlunun kişisel savunma haklarını alacaklıya karşı ileri süremezken, ortak savunma haklarına dayanması kanuni bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, alacaklının ve müteselsil borçluların menfaati açısından borca katılmanın uygun olduğu söylenebilecektir.

Nihayet, Alman hukukunda olduğu gibi borcun üstlenilmesine yönelik hiçbir atıfta bulunmaksızın daha uygun yorumun doktrin ve uygulamacılara bırakılması da bir diğer alternatif olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu K, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri (Doçentlik Tezi), Fakülteler Matbaası 1971.
- Akay M. A, “Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar”, 1(1), 2014, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 163-178.
- Akçaal M, İşletmenin Devri, Yetkin Yayınları 2014.
- Akkışla H. S, “Borca Katılma Sözleşmesi”, 2019, 31(141), TBB Dergisi, s. 363-415.
- Altay S, Borca Katılma, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010.
- Arıcı M. F, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık 2008.
- Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019.
- Ayhan R, Özdamar M and Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları 2018.
- Ayiter N, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Sevinç Matbaası 1968.
- Badur E, “Eşin Rızası”, 2019, 26(109), TBB Dergisi, s. 251-302.
- Bahadır Z, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, 2013, 17(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-38.
- Bahtiyar M, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, *Makaleler III*, İstanbul, 2014, Beta, s. 205-231.
- Başara G. T, “Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, 2014, 2(63), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 419-447.
- Can M. Ç, “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı Mı ?”, 2017, 21(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 35-73.
- Çelikboya K, Ticari İşletmenin Devri, On İki Levha Yayıncılık 2017.
- Çıtır E, “Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi”, 2016, 20(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 37-52.
- Demir K, “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”,

- 2013, 71(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, s. 103-120.
- Develioğlu H. M, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", 2004, 3(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 293-322.
- Erdem E, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", 2014, 8(Sayı Özel), Journal of Yaşar University, s. 987-1018.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları 2017.
- Göktürk K, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", 2015, 19(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3-44.
- Güral J, "Kefalet Aktiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", 1951, 8(3-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 435-478.
- Haziroğlu E. C, "Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu", 2017, 3(1), TFM, s. 71-82.
- Hermann B, Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Berner Kommentar, 2. Auflage, Stampfli Verlag 1945.
- İmregün O, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Filiz Kitabevi 1993.
- Kahraman Z, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi, Vedat Kitapçılık 2013. (Borcun Üstlenilmesi)
- Kahraman Z, "Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi, 2013, 12(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 149-171. (Borca Katılma)
- Kapancı K. B, "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?", 2016, 7(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 131-170.
- Karayağın Y, Ticaret Hukuku Dersleri, İlaveli 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1960.
- Kaşak F. E, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık 2019.

- Kılıç M. Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayıncılık 2013.
- Kılıçoğlu A. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi 2018.
- Kocabey D, “Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali”, 2018, 67(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 605-633.
- Krauskopf F, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), PETER, Gauch/VIKTOR, Aepli/HUBERT, Stöckli, Neunte nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016.
- Madaus S, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Diss. 2001.
- Martínez L. M and Von Der Crone H. C, “Vermögensübertragung”, 2004, (3), SZW/RSDA, s. 297-304.
- Midyat N. A, “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi”, 2017, 75(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 681-705.
- Oğuzman M. K and Öz M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C. II, Vedat Kitapçılık 2012.
- Ozanemre Yayla, H. T, “Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları”, 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 2927-2948.
- Öz T, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, 2013, İstanbul, s. 95-121.
- Özen B, Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncellenmiş, 3. Bası, Vedat Kitapçılık 2014.
- Öztürk B, “Sözleşmenin Devri”, 2016, 29(125), TBB Dergisi, s. 263-296.
- Poroy R, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 1991.
- Reetz P and Graber M, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, ANDREAS, Furrer/ANTON, K. Schnyder (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.
- Reisoğlu S, Türk Kefalet Hukuku, Yazarın Kendi Yayını 2013.

- Schaufelberger Peter C. and Keller K. OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland, (Herausgeber), Orell Füssli Verlag AG, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016.
- Şener O. H, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, 2009, 11(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1279-1322.
- TDK, (<https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 08.11.2020).
- Tekinalp Ü, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, BATIDER, 24(3), s. 5-16.
- Tercier P, Pichonnaz Pascal and Develioğlu M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık 2016.
- Topuz M, “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)”, 2012, 18(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 19-80.
- Türk H. S, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986.
- Tschäni R, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGEND, Wolfgang(Herausgeber), Helbing&Lichtenhahn 2003.
- Ülgen H and Arıcı M. F, “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1767-1804.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan, N. F, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, Vedat Kitapçılık 2019.
- Weber P, Die Vermögensübertragung, Fusionsgesetz, KELLERHALS, Andreas/LUGINBUHL, Jürg (Hrsg.), Auswirkungen auf die Praxis, Schultless Verlag 2004.
- Yıldız Portakal S, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Katılma, On İki Levha Yayıncılık 2016.
- Yücel Bodur M, “Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı İle

Alt İşveren İlişkisi- İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması”, 2019, 23(2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 37-77.

Zimmer D and Scheffel F, Handelsgesetzbuch, Band I, §§ 1-342 a, BOUJONG, Karlheinz/EBENROTH, Carsten Thomas/JOOST, Detlev (Herausgeber), Verlag C. H. Beck and Verlag Franz Vahlen 2001.

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ VE SONA ERMESİ BAKIMINDAN ASIL BORÇ

Caner TAŞATAN*

ÖZ

Asıl borç, kefalet sözleşmesinin varlık ve geçerlilik koşullarından biridir. Kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların irade açıklamalarının asıl borç üzerinde birbirine uygun olması gerekir. Asıl borcun yokluğu durumunda kefalet sözleşmesi kurulmaz veya asıl borcun geçersiz olması durumunda kefalet sözleşmesi de geçersiz olur. Bu durum, kefaletin feriliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Asıl borcun kefalet sözleşmesine olan etkisi bakımından getirilmiş kanuni düzenlemelerin sayısı sınırlıdır. Mevcut kanuni düzenlemeler ise yeterince açık değildir. Bu sebeple, asıl borcun kaynağı, konusu, henüz doğmuş olup olmadığı veya geciktirici yahut bozucu koşula bağlı olup olmadığı hususları ile asıl borcun geçersizliğinin veya sona ermesinin kefalet sözleşmesine olan etkileri tartışmalıdır. Bu çalışmada, belirtilen her bir durumun kefalet sözleşmesinin geçerliliğine veya sona ermesine olan etkileri, Türk ve İsviçre hukukları bakımından karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kefalet sözleşmesi, kefil, alacaklı, asıl borçlu, asıl borç.

PRIMARY OBLIGATION IN TERMS OF VALIDITY AND TERMINATION OF THE SURETY CONTRACT

ABSTRACT

The primary obligation is one of the conditions of the existence and validity of the surety contract. In order to establish a contract of surety, the parties involved must reach consensus on the primary obligation. In the absence of the primary obligation, the contract of surety cannot be established or in the event of the invalidity of the primary obligation, the contract of surety will be deemed invalid as well. This is a result of the auxiliary principle of the surety contracts. However, there are a limited number of provisions that regulate the effect of the primary obligation on the contract of surety. Also, the current legal regulations regarding this issue are not sufficiently clear. For this reason, the source of the primary obligation, its subject, whether the obligation has already arisen or whether the obligation is subject to a delaying or dissolving condition and the effects of invalidity or termination of the primary obligation on the contract of surety is controversial. In this study, the effects

* **Arş. Gör. Dr.**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/İSTANBUL, **e-posta:** caner.tasatan@medeniyet.edu.tr.

ORCID : 0000-0003-4090-324X

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.934069

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/02/2021

of each mentioned situation on the validity or termination of the contract of surety are analyzed comparatively in terms of Turkish and Swiss laws.

Keywords: *The contract of surety, the surety, the creditor, the principal debtor, the primary obligation.*

Giriş

Kefalet sözleşmesi, bu sözleşmenin dışında bulunan bir hukuki ilişkideki alacağın güvence altına alınması için yapılır. Bu sözleşme kapsamında kefil, sözleşme dışındaki hukuki ilişkinin alacaklısına karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir (TBK m. 581; OR Art. 492/1). Böylece alacaklı, borçludan alacağını elde edememe ihtimaline karşı kişisel bir güvence edinmiş olur. Ancak alacağın kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınması, alacağını elde etmek isteyen alacaklının doğrudan kefile başvurması imkanını sağlamaz. Alacaklı, kefalet sözleşmesinin bulunduğu durumlarda dahi önce yine borçluya başvurur. Buna kefaletin taliliği (ikincilliği; *Subsidiarität*) denilmektedir¹. Adi kefalette mutlak biçimde kabul edilen (TBK m. 585/1; OR Art. 495/1) bu ilke, müteselsil kefalette biraz farklı düzenlenmektedir (TBK m. 586/1; OR Art. 496/1)². Her

¹ Bkz. Silvio Giovanoli / Marc Schaetzle, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband Die Bürgschaft, Spiel und Wette, Artikel 492-515 OR, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1978, Art. 495, N. 4 vd.; Emil Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Schulthess & Co, 1942, Art. 492, N. 16; Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, Art. 495, N. 1; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 696-697; Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 118-119; Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, 2018, s. 39-40; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015, s. 468; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, N. 2625; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, 2019, s. 656-657; Aydın Zevkliler / Kadir Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019, s. 664; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Yayınevi, 2014, s. 1405-1406; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 323-324; Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, 2013, s. 25; Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 816-817; Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Garanti Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 97 vd.

² Pestalozzi, BSK-OR, Art. 496, N. 1. Karş. Aral/Ayrancı, s. 468-469; Reisoğlu, s. 168-169; Gümüş, s. 324; Gülçin Elçin Grassinger, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı

iki tür kefalet sözleşmesi bakımından geçerli olan ortak husus ise güvence altına alınmış birer alacağın varlığıdır. Belirtelim ki bu ortak husus, kanunda yer alan diğer (birlikte, kefile veya rücu) kefalet sözleşmesi türlerinin tamamı bakımından da geçerlidir.

Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesinin varlığı, bu tip sözleşmenin hangi türde olduğu fark etmeksizin, güvence altına alınacak alacağı kaçınılmaz biçimde bağlıdır. Öyle ki güvence altına alınan bir alacağın bulunmadığı durumlarda kefalet sözleşmesi de kurulamamakta³ veya bu alacağın sona erdiği durumlarda kefalet sözleşmesinden doğan borç da sona ermektedir (TBK m. 582/1-2, m. 131/1; OR Art. 492/2-3; Art. 114/1). Buna ise kefaletin feriliği (bağlılığı, *Akzessorietät*)⁴ denilmektedir. Kefaletin feriliği, onu, kişisel güvence sağlayan diğer sözleşmelerden ayırmaktadır⁵. Bu sebeptir

Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 14. Ayrıca bkz. Özen, s. 118-119.

³ Güvence altına alınan alacağın objektif esaslı nokta niteliği taşıdığına aşağıda değineceğiz. Bu yönüyle, taraf irade açıklamalarının güvence altına alınan alacak üzerindeki “uygunluk eksikliği”, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Böyle bir durumda sözleşme geçersiz dahi değildir, yoktur.

⁴ Bkz. Theo Guhl, *Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz*, Polygraphischer Verlag, 1942, s. 25-26; Giovanoli, BK-OR, Art. 492, N. 2; Beck, Art. 492, N. 88 vd.; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 13; Claire Huguenin / Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft*, 3. Auflage, Schultess Verlag, 2016, Art. 492, N. 5; Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (Hrsg.), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli Verlag, 2016, Art. 492, N. 6; Jörg Schmid / Hubert Stöckli / Frédéric Krauskopf, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 2. Auflage, Schultess Verlag, 2016, N. 2306 vd.; Tandoğan, s. 695 vd.; Özen, s. 88 vd.; Ayan, s. 26 vd.; Aral/Ayrancı, s. 466; Eren, N. 2623-2624; Kılıçoğlu, s. 655-656; Zevkliler/Gökyayla, s. 663-664; Yavuz/Acar/Özen, s. 1404-1405; Nami Barlas, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları” in M. Murat İnceoğlu (Ed.), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler*, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 350; Reisoğlu, s. 22 vd.; Gümüş, s. 322-323; Aydoğdu/Kahveci, s. 815-816; Hasan Ayrancı, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, 2005, IX (S. 1-2), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 109; Töre Günsay, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, 2017, 19 (Özel Sayı), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, s. 1087 vd.; BGE 138 III 453; BGE 113 II 434.

⁵ Schmid/Stöckli/Krauskopf, N. 2282; Yavuz/Acar/Özen, s. 1405; Reisoğlu, s. 22, 129; Ayrancı, s. 110. Karş. Ayan, s. 22 vd.: Yazara göre ferilik, sözleşmenin kefalet niteliğinde olup olmadığından belirlenmesinde kullanılacak bir ölçüt olmayıp, bu sözleşmenin kefalet niteliğinde olduğu kanısına ulaşıldıktan sonra kontrol edilecek geçerlilik koşullarından biridir. Bu görüşe katılma imkanı göremiyoruz. Zira bir sözleşmenin kefalet niteliğinde olduğu kanısına varılması, önce bunun ferilik niteliği taşımasına bağlıdır. Ayrıca feriliğin salt bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi, pek çok durumda, kefalet sözleşmesinin kişisel güvence sağlayan diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini de imkansız hale getirir. Aynı yönde

ki kefaletin feriliğine bağlanan sonuçların, kanunda aksi öngörülmedikçe, sözleşme ile ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün olmaz⁶. Buna göre, kefalet sözleşmesinden doğan borcun akibetinin bu sözleşme ile güvence altına alınacak alacağa bağlı olduğu, mevcut ve geçerli bir alacağın bulunmasının kefalet sözleşmesinin varlık ve geçerlilik koşullarından biri olduğu kendiliğinden anlaşılır⁷.

“Güvence altına alınan alacak” çerçevesinde bir kefalet sözleşmesi incelemesinin yapılacağı bu çalışmanın içeriği ve terminolojisi bakımından bazı hususların, ayrıca ve öncelikle, belirtilmesi isabetli olur: (i) Kefalet sözleşmesi, bu sözleşmenin dışında bir hukuki ilişkideki alacağı güvence altına alır. Bu alacak, kefalet sözleşmesine ve kefilin borcuna yabancı⁸, ondan farklı bir alacaktır. (ii) Güvence altına alınan alacağın sözleşme dışındaki hukuki ilişkideki borçlu bakımından görünümünü ifade eden borç, kefalet sözleşmesinin taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu objektif esaslı noktalarından biridir. Kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için objektif esaslı nokta niteliğindeki bu borç üzerinde taraflarca uygunluk sağlanmış olması gerekir (TBK m. 1/1; OR Art. 1/1). Bu uygunluk sağlanmadığı takdirde sözleşme kurulmaz. Benzer şekilde, borç geçersiz olduğunda kefalet sözleşmesi de geçersiz olur ve borç sona erdiğinde kefalet sözleşmesi de sona erer. (iii) Nihayet bu çalışmada, kefalet sözleşmesinin geçerliliği ve sona ermesi bakımından, yalnızca, “asıl borç” (*Hauptschuld*) incelenmektedir⁹. Kefilin borcu konumuzun dışındadır. Yine de kefilin borcunun, asıl borcun kaynağına ve özellikle hukuki niteliğine etkisi bakımından, asıl borcun ifa edilmemesinden doğan zararın karşılanmasını amaçlayan ayrı bir borç olduğunu¹⁰, bunun dışında, her zaman ve her koşulda para borcu niteliği taşıdığını¹¹ belirtmek gerekir.

bkz. Reisoğlu, s. 22.

⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 664; Ayan, s. 23; Reisoğlu, s. 22.

⁷ Kefaletin feriliği ilkesine bağlanan sonuçlar bununla sınırlı değildir. Bu ilkeye bağlı diğer sonuçlar için ayrıca bkz. Aral/Ayrancı, s. 466 vd.; Ayan, s. 29 vd.; Reisoğlu, s. 22-24; Günsay, s. 1090 vd.

⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 1403-1404; Gümüş, s. 325.

⁹ Aral/Ayrancı, s. 465; Aydoğdu/Kahveci, s. 813.

¹⁰ Gümüş, s. 320-321, 324-325.

¹¹ Bkz. Tandoğan, s. 697-698; Eren, N. 2619; Yavuz/Acar/Özen, s. 1401-1402; Özen, s. 65; Ayan, s. 41; Elçin Grassinger, s. 14; Günsay, s. 1085.

I. Kefalet Sözleşmesi Unsuru Olarak Asıl Borç

A. Asıl Borcun Kaynağı

Asıl borcun kaynağı kanunda sınırlandırılmış değildir. Buna göre asıl borcun sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya nafaka yahut vekaletsiz iş görmeye olduğu gibi doğrudan kanundan kaynaklanmış olması mümkündür¹². Nitekim kefalet sözleşmesini tanımlayan TBK m. 581 hükmü de bu doğrultuda kefalet sözleşmesinin “*borçlunun borcu*” için yapılacağı biçiminde kapsayıcı bir ifade kullanmaktadır. Bu yönüyle TBK m. 581 hükmü, kefalet sözleşmesinin yalnızca sözleşmeden doğan borçlar için yapılabileceği izlenimini uyandıran 818 sayılı mülga BK m. 483 hükmü ve özellikle orada yer alan “*borçlunun akdettiği borç*” ifadesi karşısında isabetli bir düzenleme olmuştur¹³. Bununla birlikte asıl borç, uygulamada ve yargı kararlarında hemen her defasında karşılaşıldığı üzere, yalnız sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden¹⁴ veya doğrudan kanundan kaynaklanan diğer borçlar için kefalet sözleşmesi yapılması, sıklıkla karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte, teorik olarak mümkündür.

Asıl borcun özel hukuktan veya kamu hukukundan doğmuş olması ihtimalleri bakımından ise durum biraz farklıdır. Gerçekten, özel hukuktan doğan borçlar için kefalet sözleşmesi yapılabileceği hususunda öğretide hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Ancak kamu hukukundan doğan borçlar bakımından durum tartışmalıdır. Öğretide bir görüş¹⁵, bu tür borçlar için kefalet sözleşmesi yapılamayacağı fikrini savunmaktadır. Bu görüş kapsamında, kamu borcunu ödeyen kefilin halefiyete dayalı bir rücu hakkının olamayacağı açıktır. Ayrıca mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki kamu hukukundan doğan

¹² Beck, Art. 492, N. 108; Tandoğan, s. 693; Reisoğlu, s. 32, 36; Özen, s. 149; Ayan, s. 263; Zevkliler/Gökyayla, s. 661-662; Yavuz/Acar/Özen, s. 1397; Eren, N. 2620; Kılıçoğlu, s. 645, 646; Gümüş, s. 320; Aydoğdu/Kahveci, s. 813; Develioğlu, s. 90.

¹³ 818 sayılı mülga BK m. 483 hükmünde yer alan kefalet sözleşmesi tanımına getirilen bu yöndeki eleştiri için ayrıca bkz. Tandoğan, s. 693; Reisoğlu, s. 21.

¹⁴ Sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borcun kefalet sözleşmesine konu olup olmayacağı hususu bir Yargıtay kararında tartışılmıştır. Bkz. Yarg. HGK T. 09.03.1977 E. 1976/22 K. 1977/216 (Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020): “(...) haksız iktisaba kefaletin geçerli bulunmadığı düşüncesi de ileri sürülmüş, ancak olayda haksız iktisaba kefaletin söz konusu olmadığı, aksine kefaletin geçersiz sayılması halinde haksız iktisaba yol açılacağı nedenleriyle bu düşünce de benimsenmemiştir. (...)” Kararda yer alan “sebepsiz zenginleşmeden doğan borca kefaletin mümkün olmayacağı” yönündeki ifadeye katılmamız mümkün değildir. Ayrıca bkz. Elçin Grassinger, s. 20-21. Karş. Yavuz/Acar/Özen, s. 1408, dn. 54.

¹⁵ Özen, s. 57-58, dn. 2.

borca kefaletle ilişkin özel hükümlerini¹⁶ içermeyen Türk Borçlar Kanunu'nun bu tür borca kefaleti -menfi bir çözümle- engellemek istediği sonucuna varmak gerekir. Buna karşın, kanımızca da üstün tutulması gerekli olan diğer bir görüş¹⁷ ise kamu hukukundan doğan borçlar için de kefalet sözleşmesi yapılabileceği yönündedir.

Esasen kamu hukukundan doğan borçlar için kefalet sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin olarak kanunda açık bir engel bulunmamaktadır¹⁸. Bunun dışında, bu tür borçlara kefalet bakımından, kefilin halefiyete dayalı bir rücu hakkının olmayacağı söylenemez. Ancak bu rücu alacağına bir kamu alacağı niteliğinde olmayacağına da tereddüt yoktur. Ayrıca, kanunda, kamu hukukundan doğan borca ilişkin mehzaz kanunda bulunan özel hükümlerin yer almaması, bu tür kefaletle yine genel hükümlerin uygulanması gerektiği biçiminde de yorumlanabilir¹⁹. Bununla birlikte, adli veya idari para cezası niteliğindeki yaptırımların asıl borç kabul edilebilmesi ve bunlar için kefalet sözleşmesi yapılabilmesi, belirtilen yaptırımların kişisellikleri (şahsillikleri) gereği, kanımızca da mümkün değildir²⁰.

B. Asıl Borcun Hukuki Niteliği

1. Asıl Borcun Konusu

Asıl borcun konusunu oluşturan edim²¹, olumlu birer davranış olan verme

¹⁶ İsviçre hukukunda, kamu hukukundan doğan borçlara kefaletin şekline (OR Art. 493/3) ve sona ermesine (OR Art. 509/3) ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bunun dışında, Türk hukukunda yer almayan, sürenin geçmesiyle birlikte kefilin sorumluluğunun azalması kuralının, kamu hukukundan doğan borçlara kefaletle uygulanmayacağı (OR Art. 500/2) hususu da yine İsviçre Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmektedir. Ayrıca bkz. ve karşı. Gümüş, s. 320, dn. 1685.

¹⁷ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 18; Reisoğlu, s. 36; Ayan, s. 263; Gümüş, s. 320.

¹⁸ Kaldı ki vergi borcuna kefil olunması yönünde bir uygulama da bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. Danıştay 3. Dairesi T. 18.12.2008 E. 2007/2088 K. 2008/4080 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

¹⁹ Ancak bu tür kefalet sözleşmelerinde kefilin, diğer kefalet sözleşmelerinden farklı olarak, kamu alacaklarının tahsiline ilişkin usul çerçevesinde takip edileceği söylenebilir. Bu yönde bkz. Yarg. HGK T. 04.10.2006 E. 2006/593 K. 2006/613 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

²⁰ Aynı yönde bkz. Giovanoli, BK-OR, Art. 492, N. 10; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 18; Özen, s. 57-58, dn. 2; Gümüş, s. 320. Karş. Beck, Art. 492, N. 112.

²¹ Bkz. M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 20 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, § 3, N. 1 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Alttop,

(*dare*) veya yapma (*facere*) yahut olumsuz bir davranış olarak yapmama (*non facere*) edimi niteliği taşıyabilir. Bu ayırım çerçevesindeki her türlü edimin asıl borcun konusunu oluşturması mümkündür²². Öyle ki borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşıdığı yapma borçları bakımından dahi bu ilke geçerlidir. Zira daha önce de belirtildiği gibi kefilin borcu, her zaman, asıl borcun yerine getirilmemesiyle oluşan zararın karşılanması amaçlayan bir para borcudur. Bu kapsamda borcun para ile ölçülebilir olması, kefalet sözleşmesine konu olabilmesi ve böylece asıl borç olarak nitelendirilebilmesi bakımından gerekli ve yeterlidir²³. Asıl borcun konusunu oluşturan edim, ifanın süresine göre ani veya sürekli edim olabilir. Bu ayırım çerçevesinde asıl borç, sözgelimi, satış bedelinin ödenmesi durumunda ani edim veya kiralananın kullanıma elverişli biçimde tutulması durumunda sürekli edim niteliği taşır.

Bununla birlikte asıl borç, uygulamada ve yargı kararlarında hemen her zaman, yalnız bir para ediminin verilmesinden ibarettir. Gerçekten, kefalet sözleşmelerinin pek çoğu, kira sözleşmelerinde kira bedeli²⁴ veya kredi sözleşmelerinde kredi karşılığı²⁵ gibi para alacaklarını güvence altına almaktadır²⁶. Bu tür borçlar için kefalet sözleşmesi yapılması, pratik olarak, oldukça kolaydır. Zira kefil, yine hemen her zaman, ifa edilmeyen para ediminin TBK m. 589 (OR Art. 499) hükmünde yer alan bütün kalemleri kapsayacak bir misliyle sorumlu olmayı kabul etmektedir. Yapma veya yapmama edimleri bakımından böyle bir para ediminin olmadığı açıktır. Böyle bir durumda, kefil ve alacaklı arasında belirlenecek bir miktarın, “kefilin sorumlu olacağı azami miktar” (TBK m. 583/1; OR Art. 493/1) olarak sözleşmede kararlaştırılması gerektiği açıktır. Bu miktar dışında, yapma veya yapmama edimi niteliğindeki asıl borca karşılık olan paranın miktarının belirli veya belirlenebilir olması, kanımızca, gerekli değildir. Belirtelim ki bu durum, kefilin aleyhine de

Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 8 vd.; Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, N. 8. 2 vd.

²² Beck, Art. 492, N. 108; Giovanoli, BK-OR, Art. 492, N. 10; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 18; Tandoğan, s. 698; Özen, s. 149; Ayan, s. 262-263; Gümüş, s. 320-321, 335; Eren, N. 2620.

²³ Bkz. Giovanoli, BK-OR, Art. 492, N. 10; Vischer, CHK-OR, Art. 492, N. 6; Krauskopf/ Stuber, OFK-OR, Art. 492, N. 7.

²⁴ Yarg. HGK T. 15.05.2015 E. 2013/2168 K. 2015/1361 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

²⁵ Yarg. HGK T. 12.02.2019 E. 2017/920 K. 2019/125 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

²⁶ Bkz. Reisoğlu, s. 284. Bu paranın, ülke parası veya yabancı para olabileceğinde de hiçbir tereddüt yoktur. Bkz. Ayan, s. 263.

sonuç doğurmamaktadır. Zira kefil, kefalet sözleşmesini sorumlu olacağı azami miktar üzerinden kurmaktadır. Ancak yapma veya yapmama edimi niteliğindeki bu asıl borcun, objektif esaslı nokta olması yönüyle, kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için belirli veya belirlenebilir biçimde taraflarca kararlaştırılmış olması gerekir.

2. Asıl Borcun Henüz Doğmamış veya Bozucu Koşula Bağlı Olması

Kefalet sözleşmesinin “*mevcut ve geçerli bir borç*” için yapılabileceği, TBK m. 582/1 hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Buna göre asıl borcun, kefalet sözleşmesinin kurulma aşamasında, halihazırda doğmuş bir borç olabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak asıl borcun, yine bu aşamada, henüz doğmamış olmasının mümkün olduğu da kanunda açıkça düzenlenmektedir. Gerçekten, TBK m. 582/1 (OR Art. 492/2) hükmünün devamına göre, “(...) *gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*” Bu hükmün dışında, kefilin, aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra doğacak borçlarından sorumlu olacağı yönündeki TBK m. 589/3 (OR Art. 499/3) hükmü de henüz doğmamış borçlara kefaleti mümkün kılmaktadır²⁷. Görüldüğü gibi asıl borcun kefile başvurulduğu anda mevcut ve geçerli olması, kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından gerekli ve yeterlidir²⁸.

Belirtilen hükümler birlikte ele alındığında, Türk Borçlar Kanunu'nun ve mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun, asıl borcun henüz doğmamış olması ihtimalini -asıl borcun halihazırda doğmuş olması yerine- öncelik olarak kabul ettiği sonucuna varılabilir. Nitekim, uygulamada ve yargı kararlarında karşılaşılan kefalet sözleşmelerinin pek çoğu bakımından da durum böyledir²⁹. Gerçekten, yukarıda para alacaklarını güvence altına aldığını belirttiğimiz kefalet sözleşmesi örneklerinin her ikisi bakımından da henüz doğmamış kira bedeli veya yine henüz doğmamış kredi karşılığı³⁰ borçları için kefalet sözleşmesi yapılmaktadır. Bu durumun, esas itibarıyla, kefalet sözleşmelerinin

²⁷ Henüz doğmamış asıl borca kefalette kefilin takip edilmesi, asıl borç için öngörülen vadenin dolmasına veya geciktirici koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. Bkz. Gümüş, s. 336.

²⁸ Bkz. Guhl, s. 36-37; Reisoğlu, s. 47.

²⁹ Bu yönde bkz. Aral/Ayrancı, s. 474-475.

³⁰ Özellikle banka ve müşteri arasında kurulan genel kredi sözleşmeleri kapsamında bu tür henüz doğmamış borçlara kefil olunmaktadır. Bkz. Halil Akkanat, “Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 280 vd.

asıl borç ilişkisinin kurulmasını teşvik etme gayesiyle kurulmasından kaynaklandığı söylenebilir³¹.

Asıl borcun, henüz doğmamış olmasına karşın, taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması gerektiği kabul edilmektedir³². Kefaletin feriliği ilkesinin doğal bir sonucu³³ olarak değerlendirilen bu durum, asıl borcun henüz doğmadığı durumlarla sınırlı olmayıp kefalet sözleşmelerinin tamamı bakımından geçerlidir. Ancak asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması, dar anlamda her bir borcun kaynağına ve edimin türüne ilişkindir. Asıl borcun miktarının, bu borcun para edimi olduğu durumlarda dahi, belirli veya belirlenebilir olması gerekli değildir³⁴. Bu kapsamda, sözgelimi, bir kasiyerin sorumluluğunda bulunan kasa açıklarına kefil olunması mümkündür. Böyle bir durumda kasiyerin kasa açıkları dışında sorumlu olduğu diğer durumlar, kefaletin kapsamına girmez³⁵. Asıl borçlu ve alacaklı arasındaki herhangi bir hukuki ilişkiden doğan alacağın kişisel güvence altına alınması, taraflar arasında -kefalet değil- garanti veya benzeri isimsiz bir sözleşme kurulduğu biçiminde yorumlanabilir³⁶.

Asıl borcun belirli veya belirlenebilir olması hususunda, Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay, çek hesabı sahibi lehine yapılan kefalet niteliğindeki genel kredi sözleşmeleri bakımından, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 3/3 hükmü uyarınca karşılıksız çekler için yapılacak ödemelerin henüz bu risk gerçekleşmeden mevcut ve belirli sayılamayacağı, kredi sözleşmesinde yer alan *“sözleşmede imzası bulunan kefil veya kefillerinin müşterinin bu sözleşmeden veya her ne olursa olsun gerek yalnız olarak gerekse diğer kişilerle birlikte aslen veya kefil sıfatıyla borçlandığı veya borçlanacağı (kefalet dâhil) bütün meblağları bankaya karşı 1. maddede yazılı kredi miktarına kadar müşterek*

³¹ Saf garanti taahhütleri bakımından benzer yönde bkz. ve karşı. Zafer Kahraman, Saf Garanti Taahhütleri, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 23 vd.

³² Beck, Art. 492, N. 107; Giovanoli, BK-OR, Art. 492, N. 72 vd.; Vischer, CHK-OR, Art. 492, N. 6; Krauskopf/Stuber, OFK-OR, Art. 492, N. 8; Zevkliler/Gökyayla, s. 669, 671; Barlas, s. 351; Gümüş, s. 326; Develioğlu, s. 163-165; Akkanat, s. 288; Ayrancı, s. 110, 113 vd. Saf garanti taahhütlerinde üstlenilen risk bakımından benzer yönde bkz. Kahraman, s. 33.

³³ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 19; Gümüş, s. 326.

³⁴ Gümüş, s. 326. Bu yönde bkz. Ayrancı, s. 110-111. Ancak kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde, TBK m. 583/1 (OR Art. 493/1) hükmü kapsamında, açıkça ve kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerekir.

³⁵ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 19; BGE 54 II 287. Ayrıca bkz. ve karşı. Gümüş, s. 326; Develioğlu, s. 163, dn. 631.

³⁶ Karş. Gümüş, s. 327-328.

borçlu-müteselsil kefil olarak üstlenir veya üstlenirler” yönündeki hükmün de belirlilik için yeterli olmadığı görüşündedir³⁷. Ayrıca Yargıtay, askeri öğrenci lehine yapılan kefalet sözleşmeleri bakımından, bu sözleşmelerde açıkça belirtilmeyen “atış, personel ve amortisman giderlerinin” belirli sayılamayacağı ve böylece kefilden talep edilemeyeceği³⁸; kiracı lehine yapılan kefalet sözleşmeleri bakımından ise sözleşmede açıkça belirtilmeyen elektrik, su, doğalgaz gibi abonelik giderlerinin³⁹ veya TBK m. 325/1 (OR Art. 264/2) hükmü kapsamında istenebilecek makul süre tazminatının⁴⁰ yahut sözleşmede açıkça belirtilmesine karşın miktarı belirli olmayan vergi borcunun⁴¹ kefilden talep edilemeyeceği görüşündedir.

Kanımızca asıl borcun henüz doğmamış olması durumunda dahi belirli veya belirlenebilir olması gereği, asıl borcun objektif esaslı nokta niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır. Asıl borç belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmadığı takdirde kefalet sözleşmesi kurulmamıştır, yoktur. Ancak bu borcun miktarının belirli veya belirlenebilir olması gerekli değildir⁴². Bu durum, kefilin aleyhine sonuç doğurmaya elverişli de değildir. Zira asıl borcun miktarı ne olursa olsun, kefilin koruyucu nitelikte bir şekil hükmü olan TBK m. 583/1 (OR Art. 493/1) gereği kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekir. Azami miktarın açıkça belirtilmediği kefalet sözleşmeleri, şekle aykırılıkları sebebiyle, geçersizdir.

Asıl borcun henüz doğmamış olmasına imkan tanıdığını belirttiğimiz TBK m. 589/3 (OR Art. 499/3) hükmüne göre de “*Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.*” Görüldüğü gibi hüküm, kefil

³⁷ Yarg. HGK T. 06.11.2018 E. 2018/689 K. 2018/1624 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020. Karar oy çokluğu ile alınmıştır. Kararda yer alan karşı oyların bir kısmı, yukarıda açıkladığımız görüşümüzle uyum içerisindedir.

³⁸ Yarg. HGK T. 16.07.2008 E. 2008/490 K. 2008/496. Benzer yönde diğer bir karar için bkz. Yarg. HGK T. 27.02.2008 E. 2008/209 K. 2008/203. Kefalet sözleşmesinde yer alan amortisman ve personel gideri bakımından bu kez kefilden talep edilebileceği yönünde bkz. Yarg. HGK T. 05.12.2007 E. 2007/913 K. 2007/948 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020. Ayrıca bkz. Gümüş, s. 326.

³⁹ Yarg. 6. HD T. 27.10.2009 E. 2009/9103 K. 2009/8990 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

⁴⁰ Yarg. 3. HD T. 15.01.2019 E. 2018/7941 K. 019/134 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

⁴¹ Yarg. 6. HD T. 25.01.2016 E. 2015/2145 K. 2016/329 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

⁴² Ayrıca bkz. Kahraman, s. 33.

olunan asıl borcun belirlenmesine yönelik bir karineyi de ifade etmektedir⁴³. Bu karine gereği kefil, kural olarak, alacaklı ve borçlu arasındaki birden fazla borç arasından henüz doğmamış olan borçtan sorumludur. Belirtelim ki bu karine, kefalet sözleşmelerinin -asıl borç ilişkisinin kurulmasını teşvik etme gayesiyle- kurulması yönündeki uygulamayla da uyum içerisindedir⁴⁴. Gerçekten, yine daha önce belirttiğimiz kefalet sözleşmesi örneklerinin hemen tamamında, kişisel güvence sağlanmadan kiralanan teslim edilmemekte veya kredi sözleşmesi kapsamında kredi kullandırılmamaktadır. Hükümde yer alan karinenin aksi kararlaştırılabilir. Buna göre kefilin birden fazla borç arasından sözleşmenin kurulması sırasında halihazırda doğmuş borçtan sorumlu olduğunu iddia eden alacaklı veya kefil, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür⁴⁵. Asıl borcun kefalet sözleşmesinin kurulma aşamasında halihazırda doğmuş olup olmadığı hususu, bu borcun sözleşmeden kaynaklanması durumunda, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmü doğrultusunda belirlenir. Zira borcun doğumu, sözleşmenin hüküm doğurmasına bağlanan bir sonuçtur. Buna göre, asıl borcun kaynağını oluşturan sözleşmenin “hüküm doğurma anı”, kefalet sözleşmesinin “kurulma anından” sonra ise, henüz doğmamış borca kefalete ilişkin ilkeler uygulama alanı bulacaktır.

Öğretide, henüz doğmamış olmasına rağmen halihazırda doğmuş bir borca kefil olduğu yönünde yanılmaya düşen kefilin, kefalet sözleşmesini iptal edebileceği yönünde bir görüş savunulmaktadır⁴⁶. Bu görüşe katılma imkanı göremiyoruz. Zira bu ihtimalde, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyde yanılma olmadığı açıktır. Sözleşme konusu asıl borç, kefalet sözleşmesinden önce veya sonra doğmuş olması fark etmeksizin, aynıdır. Burada sözleşme konusunu oluşturan şeyin niteliğinde yanılma, diğer bir deyişle saikte yanılma olup olmadığı incelenebilir. Ancak henüz doğmamış olmasına rağmen halihazırda doğmuş olduğu sanılan asıl borcun TBK m. 32 (OR Art. 24) hükmünde yer alan saikte yanılma koşullarını ve özellikle bunlar arasında iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına uygun olması koşulunu sağlayabilmesi mümkün gözükmemektedir.

Asıl borç henüz doğmamış olsa dahi kefalet sözleşmesi, kurulmakla birlikte, hem alacaklı hem de kefil bakımından bağlayıcı etki doğurmaya

⁴³ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 499, N. 11; Gümüş, s. 335-336. Yorum kuralı olduğu yönünde bkz. Tandoğan, s. 720.

⁴⁴ Benzer yönde bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 669-670.

⁴⁵ Gümüş, s. 335-336.

⁴⁶ Tandoğan, s. 720. Bu yönde bkz. Ayan, s. 264; Reisoğlu, s. 47.

başlar⁴⁷. Kefalet sözleşmesinin bağlayıcı etkisinin başlamasına karşın asıl borcun henüz doğmamış olması, kefil açısından olumsuz sonuç doğurmaya elverişlidir. Bundan hareketle kanun koyucu, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan TBK m. 599/1 (OR Art. 510/1) hükmünde öngörülen koşullar çerçevesinde, kefile, gelecekte doğacak borçlar için yapılan kefalet sözleşmelerinde -bu borç henüz doğmadığı sürece- sözleşmeden dönme imkanı getirmektedir⁴⁸.

Asıl borç, bozucu koşula da bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda borç, kefalet sözleşmesinin kurulma aşamasında halihazırda doğmuş olacağından, bunun kanunda ayrıca belirtilmiş olmasına gerek yoktur. Ancak, bozucu koşulun niteliğine bağlı olarak, koşulun gerçekleşmesiyle birlikte asıl borç sona erecek ve böylece alacaklının kefile başvurma imkanı da ortadan kalkmış olacaktır⁴⁹.

3. Asıl Borcun Eksik Borç Niteliğinde Olup Olamayacağı Sorunu

Asıl borcun eksik borç niteliğinde olması, kural olarak, mümkündür. Ancak her bir eksik borç için kefalet sözleşmesi yapılabilmesi mümkün değildir. Eksik borçlardan hangileri için hangi koşullarda kefalet sözleşmesi yapılabileceği, diğer bir deyişle eksik borcun hangi durumda asıl borç olarak nitelendirilebileceği, her bir eksik borç türünün ayrıca incelenmesi sonucunda anlaşılabilir.

a. Zamanaşımına Uğramış Borç

Zamanaşımına uğramış borçlar için kefalet sözleşmesi yapılabileceği hususunda öğretide tartışma bulunmamaktadır. Ancak burada ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir: (i) Borcun zamanaşımına uğradığı hususu -kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade açıklamasında bulunduğu anda- kefil tarafından bilinmiyor ise kefalet sözleşmesi geçerlidir. Böyle bir durumda zamanaşımına uğramış borç, asıl borç olarak nitelendirilir. Borcun zamanaşımına uğradığını bilmeyen kefil, buna ilişkin defiyi ileri sürerek borcu ifadan kaçınabilir⁵⁰. (ii) Borcun zamanaşımına uğradığı hususu -yine kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade açıklamasında bulunduğu

⁴⁷ Ayrıca bkz. Gümüş, s. 336.

⁴⁸ Özen, s. 610 vd.; Ayan, s. 661 vd.

⁴⁹ Beck, Art. 492, N. 116; Reisoğlu, s. 48; Ayan, s. 264; Aral/Ayrancı, s. 475; Zevkliler/Gökayla, s. 669-670; Gümüş, s. 336; Aydoğdu/Kahveci, s. 816.

⁵⁰ Beck, Art. 492, N. 128; Tandoğan, s. 724; Barlas, s. 352; Özen, s. 159; Ayan, s. 269; Gümüş, s. 337.

anda- kefil tarafından biliniyor ise kefalet sözleşmesi bu kez geçerli değildir. Zira böyle bir durumda kişisel güvence veren, daha sonra açıklanacak TBK m. 582/2 (OR Art. 492/3) hükmü doğrultusunda, yalnızca kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre “sorumlu olacaktır”. Bu kapsamda borcun zamanaşımına uğradığını bilen kefil, TBK m. 591/1 (OR Art. 502/1) hükmü doğrultusunda, buna ilişkin defiyi ileri sürerek borcu ifadan kaçınamayacaktır.

b. Kumar ve Bahisten veya Evlenme Sımsarlığından Doğan Borçlar

Kumar ve bahisten doğan borçlar (TBK m. 604 vd.; OR Art. 513 vd.) için, bu tür borçların eksik nitelikte ancak geçerli birer borç olması yönüyle, kefalet sözleşmesi yapılabilir. Nitekim, TBK m. 591/4 (OR Art. 502/4) hükmüne göre, “*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir.*” Görüldüğü gibi kumar ve bahisten doğan borca kefalette, zamanaşımına uğramış borca kefaletten farklı olarak, borcun bu niteliğinin kefil tarafından bilinmesinin bir önemi olmadığı anlaşılmaktadır. Borcun kumar ve bahisten doğmuş olduğu hususu -kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade açıklamasında bulunduğu anda- kefil tarafından biliniyor olsa dahi kefalet sözleşmesi geçerlidir.

TBK m. 591/4 hükmünde açıkça belirtildiği üzere kefil, borçlunun sahip olduğu defiyi ileri sürerek, borcu ifadan kaçınabilir. Bu defiyi ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapan kefilin, yaptığı ödemenin kendisine geri verilmesini isteme veya bu ödeme sebebiyle asıl borçluya rücu edebilme yönünde haklara sahip olup olmadığı, öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş⁵¹, borcun kumar ve bahisten doğduğunu bilerek ödeme yapan kefilin bunu alacaklıdan geri isteyemeyeceği gibi borçluya da rücu edemeyeceği, fakat bu yönde bir bilgisi olmayan kefilin yaptığı ödemeyi alacaklıdan geri isteyebileceği yönündedir. Bununla birlikte diğer bir görüş⁵², eksik nitelikte ancak geçerli bir borç olan, kumar ve bahisten doğan borcu ödemenin sebepsiz sayılamayacağı, buna göre de kefilin yaptığı ödemeyi alacaklıdan geri isteyemeyeceği ancak TBK m. 591/3 (OR Art. 502/3) hükmünün koşulları sağlandığı takdirde asıl borçluya rücu edebileceği yönündedir. Gerçekten, eksik nitelikte ancak geçerli bir borç olan kumar ve bahisten doğan borca ilişkin ödemenin sebepsiz sayılarak geri istenebilmesi mümkün olmasa gerektir.

⁵¹ Özen, s. 406.

⁵² Ayan, s. 272.

Evlenme simsarlığından doğan borç (TBK m. 524. Karş. OR Art. 406a vd.) bakımından ise durum biraz daha farklıdır. Belirtelim ki bu borcun da eksik nitelikte ancak geçerli bir borç olması yönüyle, kefalet sözleşmesi yapılabileceği çoğunlukla kabul edilmektedir⁵³. Ancak bu tür borca ilişkin olarak, kumar ve bahisten doğan borç bakımından getirilen TBK m. 591/4 (OR Art. 502/4) hükmü benzeri özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre, evlenme simsarlığından doğan borca, borcun bu niteliği bilinerek kefil olunması durumunda hangi hükümlerin uygulanacağı hususu tartışmaya açıktır. Nitekim öğretilerde bir görüş⁵⁴, kumar ve bahisten doğan borç ile aynı niteliği taşıyan evlenme simsarlığından doğan borçlar bakımından yine TBK m. 591/4 hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir. Ne var ki bu görüşe, belirtilen yönde açık bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, katılmamız mümkün değildir. Gerçi TBK m. 591/1, c. 1 hükmü, kefile, asıl borçluya ait defileri ileri sürme imkanı tanıır gözükmektedir. Ne var ki hükmün bütünü ve özellikle ikinci cümlesi incelendiğinde bu imkanın asıl borca ilişkin hususların kefil tarafından bilinmemesi durumuna özgü olduğu anlaşılır. Ayrıca bu değerlendirme, TBK m. 591/4 hükmünü de bütünüyle anlamsız kılar. Bu kapsamda, evlenme simsarlığından doğan borca, borcun bu niteliğini bilerek kefil olan kişinin, sırf borcun eksik borç niteliği taşımasını ileri sürerek kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ifadan kaçınamayacağı sonucuna ulaşmak isabetli olur.

c. Ahlaki Bir Ödevin Yerine Getirilmesi

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceğine ilişkin TBK m. 78/2 (OR Art. 63/2) hükmü, böyle durumlarda takip ve dava edilmesi mümkün olmayan ancak geçerli birer borcun varlığını kabul ettiği biçiminde yorumlanamaz⁵⁵. Buna göre ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi, kural olarak, geçerli bir borç olmadığı gibi bunlara yönelik kefalet sözleşmesi yapılması da mümkün olmaz⁵⁶. Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi, TBK m. 288 (OR Art. 243) kapsamında bağışlama sözü vermeye konu olabilir. Böyle bir durumda ahlaki ödevin yerine getirilmesi, geçerli bir borç olması yönüyle kefalet sözleşmesi

⁵³ Tandoğan, s. 724-725; Özen, s. 160; Ayan, s. 273. Karş. Gümüş, s. 337.

⁵⁴ Özen, s. 160. Benzer yönde bkz. Tandoğan, s. 724-725. Bkz. ve karş. Ayan, s. 273.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, § 5, N. 22. Aynı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 28.

⁵⁶ Özen, s. 161; Ayan, s. 273-274.

yapılmaya elverişli olur ancak bu kez de eksik borç niteliği taşımaz⁵⁷.

II. Asıl Borcun Geçersizliğinin veya Sona Ermesinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

Kefaletin feriliği ilkesi gereği, kefalet sözleşmesinden doğan borcun, bu sözleşmenin temelinde yer alan asıl borcun akıbetine bağlı olduğunu, geçersiz asıl borcun kefalet sözleşmesini de geçersiz hale getireceğini belirtmiştik. Bu geçersizlik, “tek yönlü” bir yaptırımdır. Buna göre, asıl borcun geçersizliği kefalet sözleşmesini de geçersiz hale getirir ancak kefalet sözleşmesinin -sözgelimi emredici hükümlere aykırılığı veya şekle aykırılık gibi bir sebepten ötürü- geçersizliği asıl borcu geçersiz hale getirmez⁵⁸. Benzer şekilde, asıl borcun sona ermesi kefalet sözleşmesinden doğan borcu sona erdirir ancak kefalet sözleşmesinden doğan borcun sona ermesi asıl borcu sona erdirmez. Özellikle kefalet sözleşmesinden doğan borcun ifa ile sona erdiği durumlarda kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur (TBK m. 596/1; OR Art. 507/1).

A. Asıl Borcun Geçersizliği

1. Asıl Borcun Yokluğu veya Kesin Hükümsüz Olması

Asıl borç, kaynağı sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunmaması sebebiyle yok hükmünde olabilir. Yine asıl borç, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık, başlangıçtaki imkansızlık veya ayırt etme gücünün yokluğu yahut şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz de olabilir. Bu tür asıl borçlar için yapılan kefalet sözleşmeleri, kesin hükümsüzdür⁵⁹. Aynı sonuç, geçersizlik türü tartışmalı⁶⁰ muvazaalı asıl borçlar bakımından da geçerlidir. Asıl borcun yokluğunun veya kesin hükümsüzlüğünün bilinmemesi, kefalet sözleşmesinin geçerliliğine olumlu yönde bir etki yapmaz. Bununla birlikte, geçersiz olduğu bilinen asıl borç için kişisel güvence veren bir sözleşme kurulması, taraflar arasında -kefalet değil- garanti veya benzeri isimsiz bir sözleşme kurulduğu biçiminde

⁵⁷ Ayan, s. 273-274.

⁵⁸ Bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 815.

⁵⁹ Bkz. Guhl, 72; Beck, Art. 502, N. 12; Giovanoli, BK-OR, Art. 502, N. 4, 76; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 20; Schmid/Stöckli/Krauskopf, N. 2331-2332; Reisoğlu, s. 45; Aral/Ayrancı, s. 474; Yavuz/Acar/Özen, s. 1409; Aydoğdu/Kahveci, s. 819; Elçin Grassinger, s. 19-20; Develioğlu, s. 158.

⁶⁰ Tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 18 vd.

yorumlanabilir⁶¹.

Asıl borcun yokluğu veya kesin hükümsüzlüğü sebebiyle kesin hükümsüz olan kefalet sözleşmesi kapsamında yapılan ödeme, sebepsiz zenginleşme ilkelerine göre geri istenebilir. Anca kefilin yaptığı ödemeyi geri isteyebilmesi, bu ödemeyi kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunu bilmeksizin yaptığını ispat etmiş olmasına bağlıdır. Gerçekten TBK m. 78/1 (OR Art. 63/1) hükmüne göre, “*Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir.*” Bu kapsamda kesin hükümsüz olduğu bilinen kefalet sözleşmesi kapsamında yapılan ödemenin geri istenebilmesi mümkün değildir⁶². Esasen bu durum, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak da değerlendirilebilir.

2. Asıl Borcun İptal Edilebilir veya Askıda Hükümsüz Olması

Asıl borç, irade bozukluğu veya aşırı yararlanma gibi bir sebeple iptal edilebilir yahut ehliyet eksikliği sebebiyle askıda hükümsüz nitelikte olabilir. Böyle durumlarda, öncelikle, kefilin asıl borcun iptal edilebilirliği veya askıda hükümsüzlüğü hakkında -kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade açıklamasında bulunduğu sırada- bilgi sahibi olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır:

(i) Kefilin asıl borcun iptal edilebilirliği veya askıda hükümsüzlüğü hakkında bilgi sahibi olmaması durumunda kefalet sözleşmesinin akıbeti, bütünüyle asıl borcun akıbetine bağlıdır. Buna göre, asıl borcun kaynağını oluşturan sözleşme onandığında, onanmış sayıldığında veya iptal edilmediğinde yahut ehliyet eksikliği giderildiğinde, kefalet sözleşmesi geçerli

⁶¹ Ayrıca bkz. Ayan, s. 274-276.

⁶² Ayan, s. 274; Yarg. 11. HD T. 08.12.2003 E. 2003/4568 K. 2003/11592 “*Dava, banka kredi sözleşmesine dayalı ödemenin istirdadı istemine ilişkindir. Mahkemece, taraflar arasında imzalanan 12.10.1995 tarihli garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve bu sözleşmede sorumluluk limitinin belirtilmemiş olması nedeniyle davacı kefilin sorumlu kabul edilemeyeceği doğrudur. Ancak BK.nun 62 nci maddesi uyarınca, borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse, hataen kendisini borçlu zannederek verdiği ispat etmedikçe, onu istirdat edemez. Somut olayda davacı kefil, kendisine 02.05.2001 tarihli ihtarname keşide edilmesi üzerine, beş taksit ile, borcun tamamını ödemiştir. Davacı aleyhine icra takibine de girişilmemiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davacının ödemelerini ihtiyariyle yaptığı ve hataen ödeme yaptığını ispat edemediği kabul edilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*” Benzer yönde diğer bir karar için bkz. Yarg. 11. HD T. 08.12.2003 E. 2003/4197 K. 2003/11507 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020.

olur. Ancak sözleşme onanmadığında, onanmış sayılmadığında veya iptal edildiğinde kefalet sözleşmesi de kesin hükümsüz olur⁶³. Böyle durumlarda, asıl borcun kesin hükümsüz olmasına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız geçerlidir. Ancak asıl borcun iptal edilebilirliğini veya kesin hükümsüzlüğünü daha sonra öğrenen kefil, asıl borçlunun onama veya iptal hakkını kullanması için gerekli sürenin sonuna kadar kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilir⁶⁴. Bu aşamada alacaklıya yapılan ödeme, sözleşmenin onanmaması veya iptal edilmesi durumunda, kefil tarafından geri istenebilir.

(ii) Kefilin asıl borcun iptal edilebilirliği veya askıda hükümsüzlüğü hakkında bilgi sahibi olması ise iki ayrı ihtimalde söz konusu olabilir⁶⁵:

Kefilin asıl borcun iptal edilebilirliği veya askıda hükümsüzlüğü hakkında bilgi sahibi olmasına ilişkin birinci ihtimalde kefalet sözleşmesi, asıl borcun kaynağı olan sözleşmenin onanması veya onanmış sayılması yahut iptal edilmemesi koşuluyla kurulmuştur. Böyle durumlarda, esasen, onama veya onanmış sayılma bakımından geciktirici koşula, iptal edilmeme bakımından ise bozucu koşula bağlı birer kefalet sözleşmesi söz konusudur⁶⁶. Bunların geçerli birer kefalet sözleşmesi olduğu hususunda da tereddüt bulunmamaktadır. Asıl borcun kaynağını oluşturan sözleşme onanmadığında veya onanmış sayılmadığında yahut iptal edildiğinde, kefalet sözleşmesi de kesin hükümsüz olur. Benzer sonuç, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yapılan işlemlerden doğan asıl borçlar bakımından da geçerlidir⁶⁷.

Kefilin asıl borcun iptal edilebilirliği veya askıda hükümsüzlüğü hakkında bilgi sahibi olmasına ilişkin ikinci ihtimal ise kanunda açıkça düzenlenmektedir. Gerçekten, TBK m. 582/2 (OR Art. 492/3) hükmüne göre, “*Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. (...)*” Görüldüğü gibi hüküm⁶⁸, yanılma (TBK m. 30 vd.; OR Art. 23

⁶³ Giovanoli, BK-OR, Art. 492, N. 77; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 22; Tandoğan, s. 721-722; Aydoğdu/Kahveci, s. 819; Develioğlu, s. 158-159.

⁶⁴ Ayan, s. 277.

⁶⁵ Karş. Ayan, s. 279.

⁶⁶ Ayan, s. 279. Karş. Aral/Ayrancı, s. 476: Yazarlara göre bu durumların her ikisinde de kefalet sözleşmesi geciktirici koşula bağlıdır.

⁶⁷ Aral/Ayrancı, s. 475.

⁶⁸ Hükmün devamındaki cümlede yer alan “*Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğ-*

vd.) ve ehliyet-sizlik (TMK m. 16; ZGB Art. 19) durumları ile sınırlıdır. Asıl borcun aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilebilir olması durumunda bu hükmün uygulanması mümkün değildir⁶⁹. Kefilin asıl borcun iptal edilebilirliği hakkında bilgi sahibi olduğuna ilişkin ispat yükü, bu durumdan lehine hak çıkararak alacaklının üzerindedir⁷⁰.

TBK m. 582/2 hükmünün uygulama alanı bulunduğu durumlarda kefalet sözleşmesi geçersizdir. Zira böyle bir durumda kişisel güvence veren kişi, yalnızca kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olmanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu hükmün, taraflar arasında kefalet sözleşmesini geçerli kıldığı biçiminde yorumlanabilmesi⁷¹ kanımızca mümkün değildir. Zira kefaletin feriliği ilkesinin geride bırakıldığı bu durum, kanundaki kefalet sözleşmesi tipine aykırıdır. Bu sebeple öğretilerde çoğunluğun görüşü, böyle bir durumda, taraflar arasında garanti sözleşmesi kurulduğu yönündedir⁷². Ne var ki kişisel güvence verenin asıl borcun iptal edilebilirliği rizikosunu üstlendiği durumların tamamında garanti sözleşmesi kurulduğunu söylemek ve böylece feriliği bütünüyle ortadan kaldırmak da isabetli olmayabilir. Kişisel güvence veren, sözgelimi asıl borcun sonraki imkansızlığı durumunda, kişisel güvencesinin sona ermesini, diğer bir deyişle feriliğin bazı sonuçlarının devam etmesini istemiş olabilir. Buna göre taraf irade açıklamaları bütünüyle incelenmeden, taraflar arasında salt garanti sözleşmesi kurulduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu sebeple taraflar arasında -kefalet değil- garanti veya benzeri isimsiz bir sözleşme kurulduğu sonucuna varılması, kanaatimizce, isabetli olur⁷³.

ramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.” yönündeki düzenlemeyi yukarıda açıklamıştık.

⁶⁹ Beck, Art. 492, N. 130; Tandoğan, s. 723; Reisoğlu, s. 51; Ayan, s. 281; Gümüş, s. 338.

⁷⁰ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 26; Gümüş, s. 338. TBK m. 582/2 hükmü, iptal edilebilir nitelikteki asıl borcun nihayetinde borçlu tarafından onanmaması veya iptal edilmesi durumunda oluşan geçersizlik rizikosunun üstlenilmesine yöneliktir. Asıl borcun halihazırda onanmadığı veya iptal edildiği, diğer bir deyişle artık kesin hükümsüz olduğu durumlarda, bu borç için yapılan kefalet sözleşmeleri de geçersizdir. Böyle bir durumda TBK m. 582/2 hükmü de uygulama alanı bulmaz.

⁷¹ Bu yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 648; Zevkliler/Gökyayla, s. 670.

⁷² Vischer, CHK-OR, Art. 492, N. 8; Reisoğlu, s. 49; Barlas, s. 352-353.

⁷³ Bu yönde bkz. Özen, s. 107 vd.

3. Olumsuz Zarar ve Ceza Koşuluna İlişkin Özel Düzenleme

Kefilin borcu, asıl borcun ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğramış olduğu olumlu zararın giderilmesidir. Asıl borcun geçersizliği sebebiyle alacaklının uğramış olduğu olumsuz zarar, kefaletin feriliği ilkesi gereği, kefilin sorumluluğunun kapsamında yer almaz. Benzer durum, borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni bir sonucu olmayan ceza koşulu bakımından da geçerlidir⁷⁴. Gerçekten TBK m. 589/4 hükmüne göre, “*Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.*” Görüldüğü gibi hüküm, sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkacak olumsuz zarar ile sınırlı değildir. Asıl borcun kaynağı hukuki ilişkinin yine sözleşme olduğu ancak bu sözleşmenin geçersiz olarak nitelendirileceği durumların her birinde ortaya çıkan olumsuz zarar veya böyle bir geçersizlik bulunmasa dahi sözleşmeden doğan ceza koşulu, TBK m. 589/4 hükmü kapsamında değerlendirilir. Emredici nitelikteki⁷⁵ bu hüküm karşısında, sadece olumsuz zarar veya ceza koşulu için kefalet sözleşmesi yapılabilmesi de mümkün değildir⁷⁶. Aksi takdirde, sadece olumlu zararı ve yine sadece olumsuz zararı yahut ceza koşulunu asıl borç olarak öngören kefalet sözleşmelerinin yapılmasıyla kanunda getirilen yasağın önüne kolaylıkla geçilebilirdi. Görüldüğü gibi TBK m. 589/4 hükmünün tutarlı bir biçimde yorumlanabilmesi, emredici nitelikte olduğu açık olan bu hükmün ancak belirtilen kapsamda değerlendirilmesiyle mümkün olabilir.

TBK m. 589/4 hükmünün yerindeliği tartışmaya açıktır. Öncelikle, olumsuz zarar veya ceza koşulu için kefalet sözleşmesi yapılmasına getirilen yasaklamanın gerekçesi, belirsizdir. Zira olumsuz zarara yönelik olarak

⁷⁴ Özen, s. 139. Ancak kefilin ortaya çıkacak menfi zarardan veya ceza koşulundan sorumlu olmasına yönelik anlaşmaların geçerliliği, buna ilişkin bir düzenleme içermeyen 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde tartışmaya açıktı. Nitekim öğretilerde, bu yönde açıkça bir anlaşma yapılması durumunda, hem menfi zarar hem de ceza koşulu için kefalet sözleşmesi yapılabileceği görüşü savunulmaktaydı Bkz. Özen, s. 139-141. Gerçekten, böyle durumlarda, ayrı ve bağımsız birer asıl borca kefaletin söz konusu olduğu söylenebilirdi. Ayrıca öğretilerde, sözleşmeden dönme bakımından, dönülen sözleşmenin ortadan kalkmadığı bilakis bir tasfiye ilişkisi haline geldiği kabul edildiğinde, belirtilen yönde bir anlaşma olmasa dahi kefilin menfi zarardan yine sorumlu olacağına yönelik bir görüş de bulunmaktaydı. Bkz. Tandoğan, s. 697-698, 775-776. Ne var ki bu görüşlerin TBK m. 589/4 hükmü karşısında savunulma imkanı kalmamıştır.

⁷⁵ Ayan, s. 266.

⁷⁶ Bu yönde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 1401-1402 ve özellikle dn. 28. Karş. Ayan, s. 265-266; Gümüş, s. 334-3445.

getirilen bu yasağın, bir hükmün emredici nitelik taşıması için gerekli olan kamu düzeni, kişilik hakkının korunması veya genel ahlakın korunması ilkelerinden biriyle açıklayabilmek mümkün gözükmemektedir. Aşırı ceza koşulu bakımından durumun biraz farklı olduğu söylenebilir. Ancak böyle bir durumda da asıl borçlunun yararlanabileceği TBK m. 182/3 (OR Art. 163/3) hükmünün kefil açısından da geçerli olacağı ve böylece asıl borç niteliği taşıyacak aşırı nitelikteki ceza koşulunun hakim tarafından kendiliğinden indirilebileceği sonucuna varılabilir⁷⁷. Ne var ki kanun koyucunun tercihinin bu yönde olmadığı anlaşılmaktadır. TBK m. 589/4 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere mehaz İsviçre hukukunda ise durum farklıdır. Gerçekten, OR Art. 499/2, Ziff. 1 hükmüne göre, sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarar veya ceza koşulu, açıkça kararlaştırılmış olması durumunda, kefilin sorumluluğun kapsamında yer alır. Türk hukuku bakımından da benzer bir düzenlemenin getirilmesi, kanımızca, isabetli olurdu.

B. Asıl Borcun Sona Ermesi

Asıl borcun hangi sebeple gerçekleşmiş olursa olsun sona ermesi, kefalet sözleşmesinden doğan borcu da sona erdirir (TBK m. 598/1; OR Art. 509/1)⁷⁸. Bu ilkenin, yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan yahut zamanaşımına uğramış borçlara bu niteliği bilinerek kefil olunan ve kefalet hükümlerine göre sorumlu olunan durumlarda, uygun düştüğü ölçüde, kişisel güvence veren tarafından da ileri sürebilmesine bir engel bulunmamaktadır⁷⁹. Kişisel güvence veren ile alacaklının, asıl borcun sona ermesi durumunda dahi bu güvencenin devam edeceği hususunda anlaşmış olmaları, taraflar arasında -kefalet değil- garanti veya benzeri isimsiz bir sözleşme kurulduğunu gösterir⁸⁰.

Asıl borçlu ve alacaklı arasındaki davada asıl borcun bulunmadığını veya sona erdiğini belirleyen kesin hükümden kefil de yararlanır. Bu durum, kefaletin feriliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Kefil, kesin hüküm defini ileri sürerek alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. Ancak aynı durum, yine asıl borçlu ve alacaklı arasındaki davada, asıl borcun bulunduğunu veya

⁷⁷ Özen, s. 141-142.

⁷⁸ Guhl, s. 111 vd.; Beck, Art. 509, N. 6; Giovanoli, BK-OR, Art. 509, N. 3; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 509, N. 2; Schmid/Stöckli/Krauskopf, N. 2348; Ömer Çınar, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 5.

⁷⁹ Beck, Art. 509, N. 6; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 509, N. 2; Gümüş, s. 429. Karş. Ayan, s. 588.

⁸⁰ Garanti sözleşmesi kurulduğu yönünde bkz. Ayan, s. 588.

sona ermediğini belirleyen kesin hüküm bakımından geçerli değildir. Böyle bir durumda kefil, -kesin hükme rağmen- hem asıl borca ilişkin savunma imkanlarını hem de kefalet sözleşmesine ilişkin savunma imkanlarını alacaklıya karşı ileri sürebilir⁸¹.

1. Asıl Borcun İfa veya İfa İkameleri ile Sona Ermesi

Asıl borcun sona ermesi, öncelikle, bu borcun borçlu tarafından ifa edilmesi sonucunda gerçekleşir. Asıl borcun ifası, hem asıl borcun hem de kefaletin olağan sona erme sebebidir⁸². Bu durum, kefaletin feriliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu sonuç, asıl borcun ifa yerine edim, ifa uğruna edim veya ibra⁸³ ile sona erdiği durumlar bakımından da geçerlidir. İfa uğruna edim bakımından durum biraz farklıdır. Zira ifa uğruna edim, borcu tek başına sona erdirmez. İfa uğruna edimin söz konusu olduğu durumlarda taraflar, ifa uğruna verilen edimin paraya çevrilmesi ve alacaklının alacağını bu paradan elde etmesi üzerinde anlaşır. İfa uğruna verilen edimin asıl borcu ve ferilerini tamamen karşılması durumunda asıl borç ve buna bağlı olarak kefalet sözleşmesinden doğan borç sona erer⁸⁴. Asıl borcun, borçlu yerine, üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesi durumu da farklıdır. Böyle durumlarda, TBK m. 127 (OR Art. 110) hükmünün koşulları sağlandığı ölçüde, üçüncü kişinin alacaklının haklarına halef olduğu ve kefalet sözleşmesinden doğan borcun da sona ermediği sonucuna ulaşmak gerekir⁸⁵.

Asıl borcun takas ile sona ermesine de bir engel bulunmamaktadır. Öyle ki TBK m. 140 (OR Art. 121) hükmüne göre “*Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğu, kefilin de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir.*” Kefil tarafından takas ileri sürülmeksizin yapılan ödeme için asıl borçluya rücu edilebilir⁸⁶. Asıl borcun yenileme ile sona ermesi de mümkündür. Böyle bir durumda asıl borca bağlı olan kefilin borcu, kural olarak, sona erer. Ne var ki cari hesap kalemlerinden birinin güvencesi olarak kefalet, TBK m. 134/2-3 (OR Art. 117/2-3) hükümleri kapsamında, cari hesap kesilip diğer tarafça kabul edilmiş ve böylece asıl borç yenilenmiş olmasına karşın, aksi

⁸¹ Bkz. Tandoğan, s. 795; Reisoğlu, s. 290-291; Ayan, s. 589.

⁸² Bu yönde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 1467; Reisoğlu, s. 282. Ayrıca bkz. Çınar, s. 8-9.

⁸³ Ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 289-290; Ayan, s. 592-593.

⁸⁴ Ayan, s. 590.

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Tandoğan, s. 791; Ayan, s. 590; Çınar, s. 8-9.

⁸⁶ Reisoğlu, s. 290.

kararlaştırılmadıkça, sona ermemektedir⁸⁷.

2. Asıl Borcun Sonraki İmkansızlığı

Asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesi, hem asıl borcu hem de kefalet sözleşmesinden doğan borcu sona erdirir⁸⁸. Bu imkansızlıktan borçlunun ya da kefilin sorumlu tutulduğu hallerde ise sonuç farklıdır: (i) Sonraki imkansızlıktan borçlunun sorumlu tutulması durumunda, asıl borcun içeriği bakımından bir tazminat borcuna mı dönüştüğü yoksa hemen sona erip bundan yeni bir borç mu doğduğu hususu, borçlar hukukunun en tartışmalı konularından birisidir⁸⁹. Ancak bu tartışmadan bağımsız olarak, her iki görüş bakımından, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlığın TBK m. 589/1, b. 1 (OR Art. 499/2, Ziff. 1) hükmü gereği kefalet sözleşmesinden doğan borcu sona erdirmeyeceği kabul edilmektedir⁹⁰. (ii) Sonraki imkansızlıktan kefilin sorumlu tutulması durumunda ise kendisine başvuru kefilin, özellikle TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı doğrultusunda, asıl borcun sona erdiği savunmasını ileri sürememesi, pratik gerekçelerle de isabetli bulunabilir⁹¹.

Asıl borcun sonraki imkansızlığına ilişkin özel bir durumu düzenleyen TBK m. 590/4 (OR Art. 501/4⁹²) hükmüne göre ise “*Yerleşim yeri yabancı bir*

⁸⁷ Aral/Ayrancı, s. 503; Reisoğlu, s. 288-289; Yavuz/Acar/Özen, s. 1467.

⁸⁸ Beck, Art. 509, N. 18; Giovanoli, BK-OR, Art. 509, N. 7; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 509, N. 5; Yavuz/Acar/Özen, s. 1467; Reisoğlu, s. 284; Özen, s. 569; Ayan, s. 595.

⁸⁹ Bu tartışma ve görüşler için bkz. Nomer, N. 182.

⁹⁰ Beck, Art. 509, N. 19; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 509, N. 5. Asıl borcun tazminat borcuna dönüştüğünü kabul eden yazarlar bakımından bu yönde bkz. Ayan, s. 595. Asıl borcun hemen sona erip bundan yeni bir borç doğduğunu kabul eden yazarlar bakımından bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, N. 1482. Karş. Çınar, s. 13: Yazara göre asıl borcun hemen sona erip bundan yeni bir borç doğması durumunda kefalet sözleşmesinden doğan borç da sona ermektedir. Bu görüşe, TBK m. 589/2, b. 1 hükmünün oldukça açık ifadesi karşısında, katılma imkanı göremiyoruz.

⁹¹ Bu yönde bkz. Giovanoli, BK-OR, Art. 509, N. 7; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 509, N. 5; Özen, s. 569; Çınar, s. 15-16. Karş. Beck, Art. 509, N. 19. Bununla birlikte öğretilde, böyle bir durumda kefalet sözleşmesinden doğan borcun yine sona erdiği ancak bu kez kefilin TBK m. 49/2 (OR Art. 41/2) hükmü kapsamında alacaklının zararını gidermekle yükümlü olduğu görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Reisoğlu, s. 284-285; Elçin Grassinger, s. 22.

⁹² Hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'na alınmasına sebep olan İsviçre Federal Mahkemesi'nin 18 Eylül 1934 tarihli kararı (BGE 60 II 294) hakkında bkz. Ayan, s. 596-597. Bu kararda kefil, Almanya'da yerleşik asıl borçlunun Zürih'te yerleşik alacaklıya döviz işlemlerine ilişkin yasadaki sebebiyle borcunu ifa etmemesinden sorumlu tutulmuştur. Ne var ki bu karar, esas

ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.” Görüldüğü gibi hüküm, esasen borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir imkansızlık durumu olan döviz işlemleri veya havale yasakları gibi sebepler karşısında, kefilin sorumlu tutulabilmesine imkan tanımaktadır. Kefaletin feriliğini kısmen ortadan kaldıran bu hükmün yerindeliği tartışmaya açıktır⁹³. İsviçre hukukunda ise durum biraz daha farklıdır. Gerçekten, mehoz OR Art. 501/4 hükmü kapsamında, kefilin döviz işlemleri veya havale yasakları gibi sebepleri ileri sürebilmesi, buna ilişkin savunma imkanından feragat etmemiş olmasına bağlıdır⁹⁴. Buna göre kefil, kural olarak, belirtilen savunma imkanından yararlanabilir. Kefilin bu savunma imkanından feragat ettiğine ilişkin ispat yükü, bunu ileri süren alacaklının üzerindedir⁹⁵. Türk hukuku bakımından, mehoz OR Art. 501/4 hükmü benzeri bir ifadenin bulunmaması karşısında, belirtilen savunma imkanından kefalet sözleşmesi kapsamında feragat edilmesi mümkün görülmemelidir⁹⁶. Bu yönüyle TBK m. 590/4 hükmünün, İsviçre hukukunda olduğu gibi ispat yüküne ilişkin bir karine öngördüğü sonucuna da varılamaz⁹⁷. Kefilin belirtilen savunma imkanından feragat etmesi durumunda, taraflar arasında -kefalet değil- garanti veya benzeri isimsiz bir sözleşme kurulduğu sonucuna ulaşmak gerekir.

3. Borçlu veya Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi

Kefalet sözleşmesi, kefil ve alacaklı arasında kurulmakla birlikte, asıl borçlu ve alacaklı arasındaki hukuki ilişkiyi konu edinmektedir. Buna göre, kefalet sözleşmesinin bulunduğu durumlarda kefil, asıl borçlu ve alacaklı olmak üzere üç ayrı sıfat söz konusu olur. Bu sıfatların birleştiği ihtimaller şu şekilde sıralanabilir:

(i) Asıl borçlu ve asıl alacaklı sıfatlarının birleşmesi, asıl borcu ve kefaletin

itibarıyla bir objektif imkansızlık teşkil eden durum karşısında kefilin de sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle, öğretiler eleştirilmiştir. Bkz. Beck, Art. 501, N. 32; Elçin Grassinger, s. 134.

⁹³ Eleştiriler için bkz. Elçin Grassinger, s. 136-137.

⁹⁴ OR Art. 501/4: “(...) *soweit er auf diese Einrede nicht verzichtet hat.*”

⁹⁵ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 501, N. 13.

⁹⁶ Aynı yönde bkz. Çınar, s. 16-17.

⁹⁷ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 427; Özen, s. 569-570.

feriliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak kefalet sözleşmesinden doğan borcu sona erdirir⁹⁸. Buna göre, sözgelimi, alacaklı ölür ve geriye tek mirasçı olarak borçlu kalırsa hem asıl borç hem de kefalet sözleşmesinden doğan borç sona erer. Bu birleşimin geriye etkili olarak ortadan kalkması durumunda ise hem asıl borç hem de kefalet sözleşmesi kapsamında kefilin borcu yeniden doğar⁹⁹. Buna göre, aynı örnekte, mirasın borçlu tarafından reddedilmesi durumunda hem asıl borç hem de kefilin borcu yeniden doğar. Bunun dışında öğretide, alacaklı ve borçlu sıfatlarının bir hukuki işlemin sonucunda ve ileriye etkili olarak ayrılması durumunda, kefilin borcunun yeniden doğmayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁰. Sonuç bakımından katıldığımız bu görüşe temeli bakımından katılmamız mümkün değildir. Zira sona ermiş bir borcun ileriye etkili olarak yeniden doğması, teorik olarak, kabul edilemez¹⁰¹. Böyle durumlarda yeni bir borcun doğduğu söylenebilir. Ancak bu yeni borç için (daha önce sona ermiş) kefalet sözleşmesinden kefil bakımından yeni bir borç doğmayacağı açıktır. Borcun ileriye etkili olarak yeniden “hüküm doğurması”, kıymetli evraka bağlanan alacak hakları bakımından, bunların yeniden ciro edilmesinde söz konusu olabilir. Ne var ki burada da kıymetli evraka bağlanan alacak/borç sona erip yeniden doğmamakta, yalnızca ciro edilen alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmekte ve sonra bu sıfatlar yeniden ayrılmaktadır¹⁰².

(ii) Alacaklı ve kefil sıfatlarının birleşmesi, asıl borcu değil ancak kefalet sözleşmesinden doğan borcu sona erdirir¹⁰³. Burada da belirtilen birleşimin geriye etkili olarak ortadan kalkması durumunda, kefalet sözleşmesi kapsamında kefilin borcunun yeniden doğduğunu kabul etmek gerekir. Asıl alacağın başkasına devredilmesi durumunda, kefalet sözleşmesinin yeniden hukuki sonuç doğurmaya başlaması¹⁰⁴, sona ermiş bir borcun ileriye etkili

⁹⁸ Beck, Art. 509, N. 32; Çınar, s. 18-19.

⁹⁹ Özen, s. 573; Yavuz/Acar/Özen, s. 1467; Çınar, s. 19.

¹⁰⁰ Özen, s. 573.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, N. 1800.

¹⁰² Bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, N. 1800; Reisoğlu, s. 287; Çınar, s. 20. Karş. Özen, s. 574.

¹⁰³ Ayan, s. 599; Gümüş, s. 431. Ayrıca bkz. Çınar, s. 18-19.

¹⁰⁴ Başlangıçta kendisine ait bir alacağa kefil olan kişinin bu alacağı devretmesi durumunda kefalet sözleşmesinin hüküm doğurmaya başlayacağı yönünde bkz. ve karş. Yavuz/Acar/Özen, s. 1404; Reisoğlu, s. 35; Zevkliler/Gökyayla, s. 662 ancak karş. s. 665; BGE 45 II 162. Kişinin başlangıçta kendisine ait bir alacağa kefil olması, kefalet sözleşmesinin üçüncü bir kişinin borcunu güvence altına alması gereği karşısında, kanımızca, mümkün olmamalıdır. Bu tür kefaletin, müstakbel alacaklı üçüncü kişiye karşı yapılmış bir öneri olduğu yönündeki değerlendirme ise belirsiz kişiye veya kişilere karşı yapılmış irade açıklamasının (önerinin)

olarak yeniden doğmasının mümkün olmaması karşısında mümkün değildir.

(iii) Asıl borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesi ise kanunda ayrıca düzenlenmektedir. Gerçekten, TBK m. 598/2 (OR Art. 509/2) hükmüne göre, “*Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır.*” Bu düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira bu ihtimalde, yukarıda açıklanan birinci ve ikinci ihtimalden farklı olarak, aynı hukuki ilişkideki borçlu ve alacaklı sıfatları değil, farklı hukuki sebebe dayanan sorumluluklar aynı kişide birleşmektedir¹⁰⁵. Buna göre, belirtilen hüküm bulunmadığı takdirde, asıl borcun sona ermediği sonucuna ulaşmak gerekirdi. Ancak kanun koyucunun, TBK m. 598/2 hükmü kapsamında, asıl borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesi durumunda asıl borcun da sona ermesini düzenlediği sonucuna ulaşmak gerekir¹⁰⁶.

III. Önceden Feragat Yasağı

TBK m. 582/4 (OR Art. 492/4) hükmüne¹⁰⁷ göre, “*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.*” Sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilen özel bir sınırlama niteliğindeki bu hüküm¹⁰⁸, kefilin asıl borca ilişkin savunma imkanları bakımından da uygulanır¹⁰⁹. Buna göre kefil, kefalet sözleşmesi kapsamında, asıl borcun doğmadığı, geçersiz olduğu veya sona erdiği yönündeki

-TBK m. 8/2 (OR Art. 7/3) hükmünde olduğu gibi kanunda aksi öngörülmedikçe- geçersizliği karşısında isabetsizdir.

¹⁰⁵ Asıl borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesi, bu yönüyle, “gerçek olmayan birleşme” olarak da nitelendirilmektedir. Ayrıca bkz. Beck, Art. 509, N. 48; Pestalozzi, BSK-OR, Art. 509, N. 10; Yavuz/Acar/Özen, s. 1403-1404; Reisoğlu, s. 32; Ayan, s. 599-600.

¹⁰⁶ Gümüş, s. 432-433. Karş. Ayan, s. 599-600; Çınar, s. 21-22.

¹⁰⁷ Mehz OR Art. 492/4 hükmünün çevirisinden ibaret olan ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda karşılığı bulunmayan bu hüküm, kanımızca, sistematik açıdan isabetli bir yerde düzenlenmemektedir. Zira OR Art. 492 hükmü, kefalet sözleşmesinin tanımının yapıldığı ve geçerlilik koşullarının yer aldığı, genel nitelikli, başlıca hükümdür. Gerçi TBK m. 582 hükmü de genel niteliktedir. Ancak bu haliyle TBK m. 582/4 hükmü, kefilin asıl borca ilişkin savunma imkanlarıyla sınırlı olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat yasağı, TBK m. 582/1-2 hükümlerinden daha çok TBK m. 581 ile bağlantılıdır. Buna göre belirtilen hükmün, kefalet sözleşmesini tanımlayan TBK m. 581 hükmünün ikinci fıkrası olarak veya başlı başına bir hükümde düzenlenmesi isabetli olurdu. Ayrıca bkz. Gümüş, s. 333-334.

¹⁰⁸ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 27.

¹⁰⁹ Ayan, s. 443.

savunmalarından önceden feragat edemez¹¹⁰. Ancak hükümde yer alan “önceden” (*voraus*) ifadesinin içeriği açık değildir. Hükümün kefilin koruma yönündeki amacı¹¹¹ dikkate alındığında bunun sözleşmenin kurulma veya hüküm doğurma aşamaları ile değil, bizzat savunma imkanının doğması¹¹² ile ilgili olduğu sonucuna varılmalıdır. Buna göre, sözgelimi, asıl borç iptal hakkının kullanılması sonucunda geçersiz olmadan veya ifa edilerek sona ermeden önce, kefilin geçersizlikten veya sona ermeden doğan savunma imkanlarından feragat edebilmesi mümkün değildir. Kefilin kendisine ait savunma imkanlarından, bu imkanlar doğduktan sonra feragat edebilmesine ise bir engel bulunmamaktadır¹¹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki asıl borca ilişkin savunma imkanlarından önceden vazgeçilmesi, taraflar arasındaki sözleşmeyi bütünüyle geçersiz kılmaz. Böyle bir durumda kişisel güvence veren ile alacaklı arasında -kefalet değil- garanti veya benzeri isimsiz bir sözleşme kurulduğu sonucuna ulaşılabılır¹¹⁴. Ancak taraf (işlem) iradelerinin mutlak biçimde kefalet sözleşmesi kurmaya yönelik olduğu tespit edildiği takdirde bu kez yalnızca feragat işleminin geçersizliği sonucuna ulaşılmalıdır.

Sonuç

Kefalet sözleşmesi, bu sözleşmenin dışında bulunan bir hukuki ilişkideki alacağı güvence altına alır. Bu alacak, kefalet sözleşmesine ilişkin kanuni düzenlemelerde borçlunun bakış açısıyla ele alınmakta ve asıl borç olarak ifade edilmektedir. Asıl borç, kefalet sözleşmesinin taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması gerekli objektif esaslı noktası niteliğindedir. Asıl borcun kaynağı kanunda sınırlandırılmış değildir. Kamu borçlarına kefil olunması, tartışmalı olmakla birlikte, öğretide ve uygulamada çoğunlukla kabul edilmektedir. Asıl borç, her türlü verme, yapma veya yapmama edimi

¹¹⁰ TBK m. 582/4 benzeri bir hüküm bulunmayan 818 sayılı BK döneminde, kefilin, özellikle süreli (m. 493) ve süresiz (m. 494) kefaletin sona ermesine ilişkin savunma imkanlarından önceden feragat edebileceği kabul edilmekteydi. Bkz. Yarg. HGK T. 12.06.2002 E. 2002/426 K. 2002/513 (Lexpera) Erişim Tarihi: 1 Aralık 2020. Bununla birlikte, kendisine ait savunma imkanlarından faydalanmak istemeyen kefilin bunlardan “fiilen” feragat etmesine bir engel bulunmamaktadır.

¹¹¹ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 27.

¹¹² Bu yönde bkz. Giovanoli, BK-OR, Art. 492, N. 89; Gümüş, s. 333-334; Reisoğlu, s. 29-30. Ayrıca bkz. Beck, Art. 492, N. 136.

¹¹³ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 492, N. 27.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. Özen, s. 416 ve özellikle dn. 47. Garanti sözleşmesi kurulduğu yönünde bkz. Tandoğan, s. 783; Ayan, s. 444. Ayrıca bkz. ve karşı. Vischer, CHK-OR, Art. 492, N. 9; Krauskopf/Stuber, OFK-OR, Art. 492, N. 12-13.

niteliği taşıyabilir. Bu edim, çoğunlukla, bir para ediminin verilmesinden ibarettir. Asıl borcun niteliği ne olursa olsun para ile ölçülebilir olması gerekir. Asıl borcun halihazırda doğmuş veya henüz doğmamış olması mümkündür. Öyle ki TBK ve mehzaz OR hükümleri, asıl borcun henüz doğmamış olması ihtimalini -asıl borcun halihazırda doğmuş olması yerine- öncelikle kabul etmektedir. Ancak her durumda asıl borcun belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Asıl borcun miktarının belirli veya belirlenebilir olması ise gerekli değildir. Henüz doğmamış olmasına rağmen halihazırda doğmuş bir borca kefil olduğu yönünde yanılmaya düşen kefilin kefalet sözleşmesini iptal edebilmesi mümkün değildir. Asıl borcun eksik borç niteliği taşıması da mümkündür. Ancak bu borçların kefalet sözleşmesine olan etkisi her bir eksik borç türü bakımından ayrıca ele alınmalıdır. Asıl borcun yokluğu durumunda kefalet sözleşmesi kurulmaz, geçersizliği durumunda ise kefalet sözleşmesi de geçersiz olarak nitelendirilir. İptal edilebilir bir asıl borca bu niteliği bilinerek kefil olunması durumunda taraflar arasında garanti veya benzeri bir isimsiz sözleşme kurulduğu sonucuna varılmalıdır. Böyle bir durumda taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği, her bir somut durumun ayrıca incelenmesi sonucunda belirlenebilir. Olumsuz zararın veya ceza koşulunun kefalet sözleşmesine konu olabilmesi, TBK m. 589/4 hükmü karşısında mümkün değildir. Asıl borcun sona ermesi ise kefalet sözleşmesi bakımından kefilin borcunu sona erdirir.

KAYNAKÇA

- Akkanat H, “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 275-289.
- Aral F / Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015.
- Ayan S, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydoğdu M / Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Ayrancı H, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, 2005, IX (1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 107-126.
- Barlas N, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları” in M. Murat İnceoğlu

(Ed.), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 349-362.

Beck E, Das neue Bürgschaftsrecht, Schultess & Co, 1942.

Çınar Ö, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Develioğlu H M, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Garanti Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2009.

Elçin Grassinger G, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.

Giovanoli S / Schaetzle M, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband Die Bürgschaft, Spiel und Wette, Artikel 492-515 OR, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1978 (Giovanoli, BK-OR).

Guhl T, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Polygraphischer Verlag, 1942.

Gümüş MA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.

Günsay T, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, 2017, 19 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, s. 1079-1101.

Honsell H / Vogt N P / Wiegand W (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015 (Pestalozzi, BSK-OR).

Huguenin C / Müller-Chen M (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Auflage, Schultess Verlag, 2016 (Vischer, CHK-OR).

Kahraman Z, Saf Garanti Taahhütleri, Vedat Kitapçılık, 2017.

Kılıçoğlu A M, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, 2019.

Kocayusufpaşaoğlu N, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna

- Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Kren Kostkiewicz J / Wolf S / Amstutz M / Fankhauser R (Hrsg.), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli Verlag, 2016 (Krauskopf/Stuber, OFK-OR).
- Nomer H N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- Oğuzman M K / Öz M T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Özen B, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Reisoğlu S, Türk Kefalet Hukuku, 2013.
- Schmid J / Stöckli H / Krauskopf F, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Schultess Verlag, 2016.
- Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinay S S / Akman S / Burcuoğlu H / Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993.
- Yavuz C / Acar F / Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Yayınevi, 2014.
- Zevkliler A / Gökyayla K E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019.
- www.lexpera.com (Lexpera).

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

TERÖRİZMİN VE TERÖR ÖRGÜTÜNÜN PROPAGANDASI SUÇU VE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZ

Terör örgütlerinin en önemli özelliği, belirli siyasi amaçlara ulaşabilmek için özellikle şiddet içeren suçları sistematik bir şekilde işlemeyi yöntem olarak benimsemiş olmalarıdır. Güdülen siyasi amaçlar “meşru” olsa bile, suç işlemeyi yöntem olarak benimsemiş olmaları dolayısıyla, hukuk, terör örgütlerine meşruiyet tanınmasına izin vermez. Siyasi iktidarlar veya genel olarak siyasi partiler; terör örgütünün “çözülmesini amaç edindiği” siyasi, sosyal, kültürel veya ekonomik sorunların varlığını kabullenebilirler ve bu sorunların çözümüne yönelik olarak politikalar geliştirebilirler. Ancak bu politikaların oluşturulmasında ve hayata geçirilmesinde terör örgütlerinin ve örgüt mensuplarının muhatap olarak alınmaması gerekir. Aksi takdirde, “meşru amaç, her türlü yolu mübah kılar” anlayışına geçerlilik tanınmış olur. Bu ise toplumda, faaliyeti çerçevesinde şiddet içeren ağır suçların sistematik bir şekilde işlendiği terör örgütlerinin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusunda haksız, hukuki temeli olmayan bir kanaatin oluşmasına sebebiyet verir.

Bir terör örgütü tarafından toplumda mevcut olan siyasi, sosyal, kültürel veya ekonomik sorunların “çözümünün amaç” edinilmiş olması, ülkedeki siyasi iktidarı elinde bulunduran veya yönetime talip olan siyasi partiler tarafından bu sorunların varlığının kabullenilmesine ve bunların hukuk çerçevesinde, meşruiyet zemininde çözümüne yönelik politikalar oluşturmasına engel teşkil etmemelidir.

Ülkede mevcut olan siyasi, sosyal, kültürel veya ekonomik sorunların ve çözüm önerilerinin hukuk zemininde tartışılabilmesiyle, terör örgütlerinin özellikle çocuk yaştaki kişileri ve yabancı güçlerin de terör örgütlerini istismar etmesinin, ülke kaynaklarının heba edilmesinin önüne geçilebilecektir.

Bu hassas dengenin korunması amacıyla, terörizmin ve terör örgütünün propagandası bağlamında hangi fiillerin suç oluşturabileceğine ilişkin ölçütlerin sağlıklı bir şekilde belirlenmesi gerekir.

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniv. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD/ ANKARA, **e-posta:** oezgenc@gmail.com

ORCID : 0000-0002-1805-8572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933576

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/01/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/03/2021

İşbu makalede, uygulamadan örnekler verilerek, söz konusu ölçütlerin belirlenmesine çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Terör örgütü, Terör örgütünün propagandası, Düşünceyi açıklama hürriyeti, Kültürel kimlik ve anadil hakkı, Terör örgütlerinin çocuk istismarı, Silahlı çatışma hukuku*

THE CRIME OF THE PROPAGANDA OF TERRORISM AND TERRORIST ORGANIZATIONS AND THE CRIMINAL RESPONSIBILITY THEREOF

Abstract

The most important feature of terrorist organizations is that they adopt a systematic method of committing particularly violent crimes in order to achieve certain political goals. Even if the motivated political aims are “legitimate”, the law does not allow terrorist organizations to be given legitimacy because they have adopted committing crimes as a method. Governments or political parties in general can accept the existence of political, social, cultural or economic problems that the terrorist organization aims to “solve” and develop policies to solve these problems. However, terrorist organizations and their members should not be taken as addressees in the creation and implementation of these policies. Otherwise, the understanding of “legitimate aim makes all means permissible” becomes valid. This leads to the formation of an unfair, unjustified opinion about the “legitimacy” and “sublimity” of terrorist organizations, in which violent serious crimes are systematically committed within the framework of their activities.

The “aiming to solve” political, social, cultural or economic problems existing in the society by a terrorist organization should not constitute an obstacle to the acceptance of the existence of these problems by the political parties that hold the political power in the country or to create policies aimed at solving them within the framework of law and on the basis of legitimacy.

By discussing the political, social, cultural or economic problems and solution proposals in the country within the framework of law, it will be possible to prevent terrorist organizations from exploiting children and foreign powers exploiting terrorist organizations and the country’s resources will no more be wasted.

In order to preserve this delicate balance, criteria regarding which acts can constitute a crime in the context of terrorism and its propaganda should be determined properly.

In this article, an attempt has been made to determine the mentioned criteria by giving examples from practice.

Keywords: *Terrorist organization, Propaganda of terrorist organizations, Freedom*

of speech, Right to cultural identity and mother tongue, Exploitation of children by terrorist organizations, Law of armed conflicts

Giriş:

Terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçuna ilişkin uygulamamız, her zaman ifrat ve tefrit arasında sorunlarla maluldür. Bu sorunlara kanuni düzenlemelerimizin de sebebiyet verdiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu çalışmada, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçuna ilişkin kanuni düzenlemelerdeki sorunlu alanlar, bu suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde, verilen hükümlerde, bu hükümlerin kanun yolu denetimi ve bireysel başvuru üzerine yapılan denetim bağlamında yaşanan sorunlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Keza, tespit edilen bu sorunların hukuk zemininde çözümüne yönelik önerilerde bulunulmuştur.

I. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1991 yılında kanunlaşan metninde, terör örgütü mensuplarına yardım ile terör örgütünün propagandası fiilleri, uygulama itibarıyla, “seçimlik” hareketli bir suç olarak tanımlanmıştı (m. 7, f. 2).¹ Bu tanımlama çeşitli yönlerden hukuk ve kanun yapma tekniği ile uyumlu değildi. Şöyle ki bu düzenlemede örgüte yardım ile örgüt mensuplarına yardım arasındaki ilişki ve fark göz ardı edilmişti. Keza bu düzenlemede, konuları ve mahiyetleri itibarıyla birbirinden farklı olan iki fiil, bir suçun “seçimlik” hareketleri olarak tanımlanmıştı. Bu düzenlemenin en mahzurlu yönü ise, suç tanımında “*fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca*” ibaresine yer verilerek, farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına imkân tanınmaması, kişinin bir fiil sebebiyle mükerrer cezalandırılmasının yolunu açması idi.²

TMK, m. 7, f. 2’de 2002 yılında 4744 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, terör örgütünün propagandası fiiline “açıklık” getirilmeye çalışılmıştı.³ Buna

¹ Terör örgütü “*mensuplarına yardım edenlere ve örgütle ilgili propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ellimilyon liradan yüz milyona kadar ağır para cezası hükümlenir.*”

² 3713 s. Terörle Mücadele Kanununun terör örgütünün propagandası suçu ile ilgili hükümlerinde yapılan değişikliklere ilişkin bilgi için bkz. YILDIRIM, Zeki: *İfade ve Basın özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütünün Propagandası Suçu*, 2. bası, Ankara, Eylül 2020, sh. 239 vd.; TOPÇU, Namık Kemal: *Terör Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu*, in: CHD Ceza Hukuku Dergisi, cilt X, sayı 28, Ağustos 2015, sh.108 vd.

³ 3713 s. Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin 6.2.2002 tarihli ve 4744 sayılı Kanunla (m. 3; RG: 19 Şubat 2002/24676) değiştirilen ikinci fıkrası hükmüne göre;

göre, “*terör yöntemlerine başvurmaya özendirilecek şekilde örgütle ilgili propaganda*” yapılması, suç oluşturacaktı. Ancak bu tanımda “*örgütle ilgili propaganda*”nın hangi hallerde suç oluşturmayacağı hususu belirsizlikle maluldü.

Bu fıkra 2003 yılında 4963 sayılı Kanunla yeniden değişiklik yapılmıştı. Bu değişiklikle “*şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda*” fiili, suç olarak tanımlanmıştı.⁴ Bu tanımlamada, propagandanın örgütle ilişkisi koparılmış; propaganda ile, suçu övme ve suç işlemeye teşvik suçları arasındaki ayırım ölçütü belirsiz bir hal almıştı. Ayrıca, şiddet dışında “*diğer terör yöntemleri*” ibaresiyle neyin anlatılmak istendiğinin izahı kabil değildi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, bu Kanun hükümleriyle uyumunun sağlanması amacıyla Terörle Mücadele Kanununda 2006 yılında 5532 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kanun değişikliği ile, terör suçu, terör amacıyla işlenen suç, terör örgütü ve terör örgütünün propagandası suçları yeniden tanımlanmıştır.

5532 sayılı Kanun değişikliği ile Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrasındaki suç tanımı, **terör örgütünün propagandası** suçuna özgülenmiştir. Terör örgütü mensuplarına yardım fiili ise, TCK, m. 220 hükümleri çerçevesinde örgüte yardım kapsamında değerlendirilmiştir. 3713 s Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki tanıma göre;

“Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu çalışmada, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçu bakımından iki temel husus üzerinde durulacaktır. Bunlardan birincisi suçun konusunu oluşturan terör örgütü ibaresinden, diğeri ise suçu oluşturan fiil olarak propaganda yapmaktan neyin anlaşılması gerektiği hususudur.

Terör örgütü “*mensuplarına yardım edenlere veya terör yöntemlerine başvurmaya özendirilecek şekilde örgütle ilgili propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.*”

⁴ 3713 s. Kanunun 7. maddesinin 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanunla (m. 30; RG: 7 Ağustos 2003/25192) değiştirilen ikinci fıkrası hükmüne göre;

Terör örgütü “*mensuplarına yardım edenlere veya şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.*”

Propaganda suçunun konusu, **terör örgütüdür, terör örgütünün faaliyetleridir, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar** ve terör örgütünün **kurucu, yönetici** ve sair üyeleridir. Suçun oluşabilmesi için, **propagandanın belirli bir terör örgütü ile ilişkilendirilmesi gerekir.**⁵ Propagandanın özelliği, belirli veya belirsiz kişileri **muhatap** almasıdır;⁶ yani belirli veya belirsiz kişileri **etkilemek amacıyla** yapılmasıdır. Bu yönü itibarıyla propaganda suçu ancak **doğrudan kastla** işlenebilen bir **amaç suçtur.**⁷ Ancak suçun tamamlanabilmesi için, başkalarının etkilenmiş olması gerekli değildir. Propaganda suçunun unsurları arasında aleniyet yer almamaktadır. Propagandanın alenen yapılması, toplumda erişebildiği kişi sayısı, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.⁸

Propaganda suçu, somut bir suç şüphesine istinaden yapılan adli soruşturma ve kovuşturma neticesinde mahkeme hükmüyle terör örgütü olduğu tespit edilen bir örgütsel yapının varlığının ve faaliyetlerinin “meşruiyetini” kabul etmeleri yönünde kişilere bulunulan **çağrışı** ifade etmektedir. Bu çağrı bağlamında **terör örgütü ve suç oluşturan faaliyetleri övülmektedir.**⁹ Bu itibarla örneğin Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılmış olan bir siyasi partinin ve faaliyetlerinin övülmesi, bu siyasi partiye ait amblem ve işaretlerin gösterişe sunulması, gösteri amaçlı olarak kullanılması, terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmaz. Keza, salt idari bir kararla “terör örgütü” olduğu kabul ve ilan edilen bir örgütsel yapının, bu yapı bünyesinde icra edilen faaliyetlerin övülmesi, bu örgütsel yapıya ilişkin işaretlerin kullanılması, 3713 s. K, m. 7, f. 2’de tanımlanan terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmaz.

Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen **suçların ve faillerinin övülmesi** halinde, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçu oluşur. Terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun oluşabilmesi için, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen ve övülen suçun mutlaka cebir, şiddet veya tehdit

⁵ BGH, Urteil vom 2.4.2015, 3 StR 197/14, kn. 12.

⁶ BGH, Urteil vom 2.4.2015, 3 StR 197/14, kn. 13.

⁷ Yargıtay 16.CD, 14.3.2017, E. 2016/7430, K. 2017/3637. Ayrıca bkz. TOPÇU, CHD, cilt X, sayı 28, Ağustos 2015, sh.126 vd.

⁸ Ancak belirtmek gerekir ki, propagandanın basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsurunu oluşturmaktadır. Ayrıca bkz. AİHM, Zana/Türkiye Kararı, 25.11.1997.

⁹ Bkz. AİHM, Hocoğulları/Türkiye Kararı, 7.3.2006; AİHM, Sürek/Türkiye Kararı, 8.7.1999. Ayrıca bkz. ARSLAN, Zühtü: *İstisnanın Normalleş(tiril)mesi, Terör ve İfade Özgürlüğü: Türkiye Tecrübesi Üzerine Notlar*, in: İfade Özgürlüğü, İlkeler ve Türkiye, İstanbul, 2007, sh.191 vd.

içermesi gerekmemektedir. Keza, işlenen suçlardan bahisle terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun işlenebilmesi için, övgüye mazhar kılınan suçların somutlaştırılmış olması gerekmemektedir. Propaganda suçu bakımından önemli olan, **kullanılan** “direniş”, “savaş”, “kutlu savaş”, “cihat” gibi **ifadelerin terör örgütüyle ilişkilendirilmesidir**. Kullanılan bu ve benzeri ifadelerin terör örgütüyle ilişkilendirilememesi durumunda, propaganda suçu oluşmaz. Bu bakımdan mesela genel olarak İslâmî cihattan bahsetmek, suç oluşturmaz. Ancak, “PKK”, “DAEŞ” veya “İŞİD” olarak isimlendirilen çeşitli örgütsel yapıların faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilen ve çok sayıda insanın ölümü ve yaralanmasıyla sonuçlanan saldırılara işaretle “savaş”tan veya “cihat”tan söz etmek, propaganda suçunu oluşturur.

Bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsa bile, somut bir suçun işlenmesinden dolayı duyulan “memnuniyeti”, “sevinci” ifade zımında icra edilen fiiller, şayet terör örgütüyle ilişkilendirilmemiş iseler, TCK, m. 215’de tanımlanan suç ve suçluyu övme suçu bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdırlar.

Terör örgütünün propagandası fiilinin aslında terör örgütüne yardım olarak değerlendirilmesi gerekir. Terör örgütünün propagandasının yapılmasıyla, örgüte bir nevi manevi yardımda bulunulmaktadır. Propaganda faaliyeti, **terör örgütüne üye veya destekçi kazandırma çabasını**, ifade etmektedir. Propagandada, **örgüte üye veya destekçi kazanma amacı** güdülmektedir.¹⁰ Yargıtay kararlarında da, terör örgütünün propagandası, örgüte **maddi**

¹⁰ Münchener Kommentar zum StGB (Schäfer), § 129, kn. 124.

nitelikte olmayan yardım olarak değerlendirilmiştir.^{11, 12}

¹¹ Yargıtay CGK, **3.3.2009**, E. 2008/9-184, K. 2009/43; Yargıtay CGK, **12.2.2008**, E. 2007/9-230, K. 2008/23; Yargıtay 16. CD, **12.9.2019**, E. 2019/7004, K. 2019/5220. Bu mülaha-zayladır ki, "... **Lisesi duvarına terör örgütünün propagandası niteliğinde yazı yazılması**" fiili, **silahlı terör örgütüne yardım etme suçunu** oluşturduğu ve bu suçtan dolayı cezaya hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir (Yargıtay CGK, **23.2.2010**, E. 2010/9-7, K. 2010/37). Başka bir ifadeyle Yargıtay, **terör örgütünü öven ifadelerin spreyle boyayla duvarlara yazılması** fiilini, terör örgütünün propagandası olarak değil, **örgüte yardım** olarak değerlendirmiştir (Yargıtay 16. CD, **17.10.2019**, E. 2019/6477, K. 2019/6216). Keza, Yargıtay'a göre, terör örgütünün propagandası mahiyetinde içeriği sahip bulunan basılmış (matbu) materyalin dağıtılması, 3713 s. TMK, m. 7, f. 2'de tanımlanan suç değil, terör örgütüne yardım suçunu oluşturmaktadır (Yargıtay 16. CD, **26.2.2018**, E. 2017/3230, K. 2018/1016).

Bkz. YURTLU, Fatih: *Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu*, in: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XX, sayı 3, Temmuz 2016, sh. 424; ÖZBEK, Uğur: *Ifade Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütünün Propagandası Suçu*, Ankara, Ocak 2020, sh. 110 vd.; TAŞTAN, Mehmet: *Terörle Mücadele Kanununun 7/2 Maddesi, (Terör örgütünün Propagandasını Yapma Suçu)*, in: CHD Ceza Hukuku Dergisi, cilt III, sayı 6, Nisan 2008, sh.104.

¹² Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, işlediği fiiller esasında terör örgütünün propagandası mahiyeti taşımasına rağmen, fiilin işleniş biçimini göz önünde bulundurarak, kişiyi **terör örgütüne yardım etmektan** dolayı mahkûm edilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuş-tur:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **30.4.2019** tarihli ve E. 2017/693, K. 2019/352 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; PKK terör örgütü mensupları tarafından örgütün etkili olduğu bölgelerde "**Önder Apoyu yaşa ve yaşat**", "**Édi Bes E!**", "**Artık Yeter!**" gibi adlarla çeşitli kampanyalar başlatılır. Bu suretle, örgüt mensuplarınca "lider" olarak kabul edilen ve halen hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunan şahsın tekrar gündemleştirilmesi, bu kişiye izafe edilen görüş ve düşüncelerin toplumda canlı tutulması amaçlanır. Bu kampanya çerçevesinde, özellikle tutuklu veya hükümlü olarak ceza infaz kurumlarında bulunan şahıslar tarafından adli mercilere "**Ben de Sayın Öcalan diyorum**", "**Eğer sayın olarak hitap etmek suç ise ben de Sayın Öcalan diyorum ve bu suçu işleyip kendimi ihbar ediyorum**" ibarelerini içeren matbu dilekçeler gönderilir. Keza, bu etkinliğin bir parçası olarak, Diyarbakır'da "Büyük Postane" önünde yapılan "basın açıklaması"nda;

"... Biz Kürtlere reva görülen, baskıcı yasaları ve yasakları ret ediyoruz. İrademize, söylemlerimize demokratik ve insani istemlerimize bile tahammül etmeyen zihniyet sürekli karşımıza anti demokratik yasalarını çıkararak bizleri en insani talep ve mücadelemizden uzaklaştırmak istiyor. Bu dayatmaları kabul etmedik etmeyeceğiz. En belirgin dayatma ve baskılar, on yıldır bir adada inşa edilen zindanda baskı altında yaşamaya mahkum edilmiş ve milyonların iradesi olarak kabul görmüş sayın Öcalan'a uygulanan her türlü kısıtlayıcı, baskıcı uygulamalardır. En son uygulama olarak da zorla saçlarının kazıtılması olayını gayri ahlaki ve gayri insani bir uygulama olarak görüyor ve protesto ediyoruz. Biz Kürtler kimliğimize, dilimize inkarıcı yaklaşımlardan, kime nasıl hitap edeceğimize dair izin almaya mecbur değiliz. Bu bağlamda kendini ihbar edenler olarak, imza dilekçelerimiz genel toplamda 25000 adettir. Biz ifade edilen sayıdaki kişiler olarak suç sayılan bu fiili tekrarlıyoruz. İmzaladığımız dilekçe örneğini bir daha tekrarlıyoruz. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'na Küresel gelişmelerle birlikte Ortadoğu'daki güç dengelerinin değişmesi, Türkiye'nin içerisine düştüğü ulusal ve uluslararası çıkmazlarla barış ve demokrasiye olan tahammülsüzlüğü son noktaya gelmiştir. Başta Kürtlerin temel hak ve özgürlük taleplerinin reddi, inkarı ve çözümsüzlüğü olmak üzere, toplumdaki diğer temel sorunların kendi dinamikleri ile çözme

Terör örgütünün “çözmeyi amaç” edindiği **hukuki, siyasi, sosyal veya**

yerine, her türlü şiddet ve baskı yöntemini tercih etme yolunu benimsemiştir. **Daha önce Kürt kelimesine karşı olan tahammülsüzlüğün yerini bugün de sayın Öcalan hitabı almıştır.** Temel sorunları çözmeye yerine yargı baskısı ile örtbas ederek sonuç alma yoluna gidilmiştir. Bu baskı o kadar ilerletilmiştir ki insanların hitapları dahi dava konusu yapılmıştır. Bunun en somut örneği, 9 yıldır tek başına Özel Tıp İmralı Kapalı Cezaevinde bulunan **sayın Öcalan**’a ‘sayın’ olarak hitap edilmesidir. Bugüne kadar binlerce soruşturma başlatılıp yüzlerce yurttaş, yönetici, aydın, siyasetçi ceza almıştır. En son avukatlarının resmi mercilere yaptıkları başvurularda geçen sayın sözcüğü nedeniyle dahi soruşturma başlatılmıştır. **Eğer sayın olarak hitap etmek suç ise ben de sayın Öcalan diyorum ve bu suçu işleyip kendimi ihbar ediyorum”**

ifadelerine yer verilir.

Aralarında A’nın da bulunduğu grup içindeki kişiler, **“Eğer sayın olarak hitap etmek suç ise ben de sayın Öcalan diyorum ve bu suçu işleyip kendimi ihbar ediyorum”** içerikli matbu dilekçeleri imzalayarak zarf içinde PTT aracılığıyla Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına gönderirler.

Cumhuriyet Başsavcılığı, A hakkında **suçu ve suçluyu övme** ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlediği iddiasıyla iddianame düzenlemiştir.

İlk Derece Mahkemesi, A’nın silahlı terör örgütünün propagandasını yapmak suçunu işlediğini kabul ederek, 3713 sayılı Kanun, m. 7, f. 2 ... hükümleri uyarınca 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmedilmiştir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, A’nın ve grup içindeki diğer kişilerin fiillerinin **“silahlı terör örgütüne yardım suçunu oluşturduğu”** gerekçesi ile, bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

İlk Derece Mahkemesi, bu bozma kararına uyararak, A’nın fiilinin **“örgüt içerisindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek”** suçunu oluşturduğunu kabul ederek, TCK, m. 314, f. 3 delaletiyle m. 220, f. 7; m. 314, f. 2; 3713 sayılı Kanun, m. 5... hükümleri uyarınca 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, İlk Derece Mahkemesinin bu mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, aşağıdaki gerekçe ile bu onama kararına itiraz etmiştir:

Terör örgütünün propagandası suçu ile terör örgütüne yardım suçları bakımından **“en ayırıcı ölçüt, yardım fiillerinin maddi nitelikte bulunup bulunmamasıdır. Maddi nitelikteki yardım fiilleri ... 5237 sayılı TCY’nın 220/7. maddesi kapsamında, maddi nitelikte olmayan fiiller ise 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.”**

Bu itibarla, sanıkların işlediği fiiller, **“nitelik ve yoğunlukları da dikkate alındığında maddi yardım niteliğinde görülmediğinden, 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturur.”**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, aşağıdaki gerekçe ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir:

“765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistematüğinden tamamen farklı bir anlayışla düzenlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, örgütün faaliyetleri doğrultusunda işlenen suçlardan da ayrıca sorumluluk esası kabul edilmiş, yardım etme eylemleri de yaptırım açısından örgüt üyeliği kapsamında değerlendirilerek bağımsız bir şekilde örgüte yardım suçuna yer verilmiş, gösterdiği vahamet dikkate alınarak örgüte silah sağlama şeklindeki yardım fiilleri 5237 sayılı TCK’nın 315. maddesinde bağımsız olarak, diğer yardım fiilleri ise örgütün

ekonomik sorunlarla ilgili düşünce açıklamalarında bulunmak, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmaz.¹³ Örneğin Kürtlerle ilgili olarak anadilde eğitim sorunundan söz etmek, Kürtçenin okullarda

*niteliğine göre anılan Kanun'un 220 ile 314. maddeleri kapsamında yaptırıma bağlanmıştır. Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişilerin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı hüküm altına alınırken, **örgüte yardım sayılan eylemlerin nitelik bakımından örgüt üyeliğine denk sorumluluğu gerektirdiği** kabul edilmiştir. Buna göre, örgüt üyesi olmaksızın, bilerek ve isteyerek örgütün bir iş, görev ya da hizmetinin yerine getirilmesi eylemi örgüt üyeliği olarak cezalandırılmakta iken; ... yapılan yardımın niteliğine göre cezanın üçte birine kadar indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.*

Silahlı terör örgütüne yardım fiilinin oluşması için, failin örgüt üyeleriyle önceden bir anlaşma yapması veya yapılan planlara dahil olması zorunlu değildir. Yardım fiilinin örgüt üyelerinin tamamına veya üyelerden birine yapılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Fakat, örgütün amacı ve kolektif faaliyetleri bilinerek ve istenerek yardım edilmesi zorunludur. Yardım edenler zamanlarının büyük bir bölümünü örgüte hasretmiş kişiler olmayıp kendi hayatlarının akışı içerisinde bazen örgüte ait işleri kabul eden şahıslardır.”

*A'nın söz konusu etkinlikler çerçevesinde hem “...eğer sayın olarak hitap etmek suç ise ben de Sayın Öcalan diyorum ve bu suçu işleyip kendimi ihbar ediyorum” şeklindeki “dilekçenin hem de başka kişilere ait aynı mahiyetteki çok sayıda dilekçenin posta yoluyla gönderilmesine yönelik işlemlerin tamamlanabilmesi için gereken zarflama ve zarflarda yer alan gönderici ve alıcı kısımlarını doldurma işlerini tamamlayıp söz konusu dilekçelerin Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmek üzere PTT Müdürlüğüne teslimi şeklindeki PKK terör örgütünün amacını gerçekleştirmeye hizmet eden faaliyetlerinin, silahlı **terör örgütüne yardım** etme niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.”*

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu içtihatla bulunurken, bütün bu olayları kolluğun gözlemlediğini, A'nın bütün bu fiillerini kolluğun gözü önünde cereyan ettiğini, yapılan “basın açıklaması”na ve toplanmış olan binlerce dilekçenin zarflanarak postaya verilmesine engel olunmadığını değerlendirmeye tabi tutmamıştır.

Terör örgütünün propagandası ile örgüte yardım arasındaki ilişki bağlamında ayrıca bkz. Yargıtay CGK, **7.2.2017** tarihli ve E. 2013/383, K. 2017/60; Yargıtay 16. CD, **21.12.2017**, E. 2017/2155, K. 2017/5799.

¹³ Örneğin CEMAL, Hasan: 1930'lar Türkiye'sinden: “Kürtçe konuşma, jandarma gelir!” “Pazarda Kürtçe konuştu diye jandarma gelir, elinden parasını alırdı. Bu bana çok acı geliyordu”, in: T24.com.tr, 26 Şubat 2021.

anadil olarak öğretilmesini ve hatta resmi dil olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmak, düşünce ve ifade özgürlüğünün bir tezahürüdür.^{14, 15} Meğer ki, bu sorunlarla ilgili düşünceler dile getirilirken açıkça terör örgütünün propagandası yapılmış olsun.^{16, 17}

¹⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin **9.5.2012** tarihli ve E. 2010/16268, K. 2012/5801 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; **Türkiye’de faaliyette bulunan bir siyasi partinin** Mardin Mazıdağı ilçe teşkilatının yönetici ve üyeleri ile halktan yaklaşık 250 kişilik bir grup, **26.1.2009** günü ilçe merkezindeki meydana toplanır. Bu toplantıda “basın açıklaması” adı altında “**Kürtçe Resmî Eğitim Dili Olsun**” başlıklı bir bildiri okunur. Bu bildiri içeriğinde şu ifadeler yer verir:

“Artık Yeter. Bundan sonra **kendi anadilimizle eğitim istiyoruz** kampanyası TZPK tarafından daha önce başlatılmıştı. Bunu gören AKP hükümetini hemen telaş sardı ve adım attı, attığı adım ve amacı sahtekarlıkla Kürtçe dili ile din propagandasını yapmaktı. Her ne kadar AKP hükümeti mecbur kalıp adım attıysa da, bu atılan adım Kürt halkı için değildir. Bu Devletin ve AKP hükümetinin bir stratejisidir. İmha ve inkar politikalarını örtmek içindir. Kürt halkı yıllardır özgürlük ve Demokrasi mücadelesini vermektedir. Atılan bu adımların sahte olduğu halkımız tarafından bilinmektedir. AKP hükümetinin niyeti Kürt halkını kandırmak olduğu tarafımızdan ortaya çıkarılmıştır. Bir taraftan yeni bir Kürtçe dili ile yayın yapan TRT-6 yi açmak, diğer bir taraftan da **her gün Kürt diline yeni davalar açıyorlar. Tutuklular Kürtçe ile konuşmıyorlar konuştuıkları için ceza alıyorlar**, mecliste tutanaklarda hala **bilinmeyen dil** olarak kayıtlara geçiyor. Diğer taraftan her gün köyler, dağlar Kürdistan’a uçaklarla bombalar yağdırıyorlar. Bunlar Gazzede İsrail eli ile yapıyor. Kürdistan’da AKP ile yapıyor. Bunların hepsi AKP’nin Kürtlere Sahte ve Kara yüzünü gösteriyor. Yine biz kendi halkımıza sesleniyoruz. TRT-6 adı altında oynanan oyuna alet olmayın. Yine biz Devlete ve AKP’ye sesleniyoruz. Söylüyoruz ki artık yeter kirli politikaları inkar ve imha politikalarınızı bırakın. Bu politikalar çözüm değildir. Çözüm için demokrasiyi geliştirin. Artık halkımız bu politikalarla kandırılmıyor. Biz söylüyoruz ki;

1- **Kürt dilinin gelişimi için demokratik çözümün olması, oluşacak demokratik modelde Kürt halkının tanınması,**

2- **Kürt dilinin resmi bir dil olması** ve Kürt dilinin üzerindeki baskılar ve engellerin kaldırılması ve dilin zenginleştirilmesi, dilin her alanda kullanılması bunun devlet tarafından görülmesi,

3- **Kürt dilinin kirlilikten kurtarılması ve zenginleştirilmesi, Ana dilde eğitimin** verilmesi, Kürt enstitüsünün açılması, tüm bunların devletin baskısı altından çıkarılması, oluşacak demokratik örgütlenme modelinde eğitimini verecektir.

4- Devletin attığı adımlarda samimi olsun, Kürt dili üzerindeki asimilasyonun kaldırılması, Kürt dili üzerindeki oluşan tahribatın giderilmesi, pozitif bir havanın verilmesi,

5- Geçmişte Kürt dili için cezaevine giren ve halen tutuklu olanların ve hakkında dava açanlar derhal cezaevinde bulunanların bırakılması, hakkında dava açılanların davalarının düşmesi gerekir.

6- İsmi değiştirilmiş **Kürtçe yerleşim yerlerinin isimlerinin iade edilmesini** istiyoruz.

7- **Dil eğitimi ve ibadetlerin Kürtçe olarak verilmesi**, bunun üzerine çağrıda bulunuyoruz tüm halkımıza diline sahip çıksınlar, **Kürt dili resmi eğitim dili olsun.**”.

Bu bildirin okunması sırasında, kalabalık içinde bulunan kişiler tarafından “**Biji Serok Apo**” (“Yaşasın Başkan Apo”), “**Be Serok Jiyan Nabe**” (“Başkansız Yaşam Olmaz”) şeklinde sloganlar atılır ve ayrıca “**Be Zıman Jiyan Nabe**” (“Dilsiz Yaşam Olmaz”), “Jin Jiyan

Azade” (“Kadın Yaşam Özgürlük”) şeklinde sloganlar atılır ve ayrıca, “**zımane me rumetya meye**”, (“**dilimiz onurumuzdur**”), “**dilimizi istiyoruz**”, “**zimene me hebuna meye**”, “**dilimiz var inkar ediliyor**”, “**em bi zimane dayika xwe penverdekiye dxawazın**”, “**biz kendi ana dilimizde konuşmak istiyoruz**” yazılı döviz ve pankartlar taşınır.

(Bu iktibaslar, temyiz konusu olan Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 7.5.2009 tarihli ve E. 2009/121, K. 2009/310 sayılı gerekçeli karar metninden edilmiştir.)

Bu açık hava toplantısına “yaklaşık **250 kişi**”nin katılmış olmasına rağmen, sadece **üç kişi** hakkında dava açılmış ve hüküm kurulmuştur. Bunlardan biri söz konusu bildiriye okuyan kişi, diğer ikisi ise toplantıya katılarak kalabalık içinde slogan atan kişilerdir.

İlk derece mahkemesi her üç kişiyi de terör örgütünün propagandası suçunu işlediklerini kabul ederek mahkûm etmiştir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise, bildiriye okuyan kişi hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün, bildiri içeriğinin suç oluşturmadığı gerekçesiyle bozulmasına; buna karşılık, slogan atan diğer iki kişi hakkında terör örgütünün propagandası suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün ise onanmasına karar vermiştir.

Bu karar, yargı eliyle PKK’nin değirmenine su taşınmasının bir örneğini oluşturmaktadır.

- ¹⁵ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesinin **30.4.2019** tarihli ve E. 2019/2668, K. 2019/1200 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, bir sendikanın “Yürütme Kurulu” tarafından, UNESCO’nun 17.11.1999’da ilan ettiği “**21 Şubat Uluslararası Anadili Günü**” dolayısıyla alınan karar istinaden, Diyarbakır’da bir haftalık program çerçevesinde çeşitli etkinlikler icra edilir.

Bu etkinlikler çerçevesinde, ... İlkokulunda öğretmen olan A, “**22.2.2016 tarihine rastlayan pazartesi “günü 3. saatte bir dersi anadil ile ilgili işleyerek sınıf defterine müfredat dışı kazanım”** yazar.

Bu nedenle, A hakkında “*dersin programına göre işlenip ders defterinin de program dahilinde doldurulması gerekirken doldurmadıklarının, öğretmenlerin uyması gereken kanun, yönerge ve Terbiye Kurulu kararları doğrultusunda ders programlarına uygun olarak program dahilinde ders işlemleri gerekirken,*” ilgili sendikanın almış olduğu karar “*doğrultusunda harekete ederek yükümlülüklerini yerine getirmediği*” gerekçesiyle disiplin cezası uygulanır.

Diyarbakır İdare Mahkemesi, bu disiplin cezası uygulamasına ilişkin kararın iptali talebiyle açılan davanın reddine karar vermiştir.

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, bu karara karşı istinaf başvurusunun aşağıdaki **gerekçe** ile kabulüne karar vermiştir:

“*Uyuşmazlıkta; davacının üyesi olduğu sendikanın, Türkiye’nin de üyeleri arasında yer aldığı Birleşmiş Milletler Teşkilatına bağlı bir kuruluş olan UNESCO Genel Kurulunun 1999 yılında aldığı karar sonrası kutlanmaya başlanan 21 Şubat günü “Uluslararası Anadili Günü” kararına atıf yapılarak bu günün anlam ve önemi ile ilgili olarak aldığı karar doğrultusunda ve bu kararın kapsam ve sınırları aşılmaksızın mahiyeti ile örtüşecek şekilde 21 Şubat Dünya Anadili Günü nedeniyle bir ders saatinde anadilin anlam ve önemini belirtecek şekilde ders işleme eyleminin, eğitim ve öğretim mevzuatını/müfredatını değiştirme amacı ve niteliği taşımadığı, davacının üyesi olduğu sendikanın tabi olduğu tüzük hükümlerinde de anadilin öneminin savunulacağı hükmüne yer verildiği, yapılan bu eylemin ayrırtıcı veya ayrıştırıcı bir yönünün de bulunmadığı, bilakis sendikal faaliyet çevresinde bireylere topluluk halinde sosyal ve kültürel amaçlarını geliştirme imkanı sağladığı, sendika hakkını kullanan bireylerin, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi demokratik toplumun temel ilkelerinin korunmasını sağlayacağı ve yapılan eylemin, şiddete teşvik etme veya demokratik*

ilkelerin reddi niteliğinde olmadığı sürece sendikal faaliyet kapsamında değerlendirileceği açıktır.

Bu durumda, üyesi olduğu sendikanın aldığı kararlar uyarınca gerçekleşen bu fiilin sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak kabulü gerekirken, aksi yönde düşünce ve değerlendirmeye, üzerine atılı fiilin disiplin suçu teşkil edip ... davacının ... cezası ile tecziyesine yönelik dava konusu işlemden hukuka ve mevzuata uyarlık, davanın reddine yönelik istinafa konu mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

Önemle belirtmek gerekir ki, kişinin ilgili mercilere verilmek üzere **Kürtçe eğitim isteğine ilişkin dilekçe** hazırlaması ve hatta, hazırladığı dilekçeyi mesela Üniversite Rektörlüğüne vermesi, suç oluşturmamaktadır: Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 18.6.2002, E. 2002/1391, K. 2002/1499; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 23.10.2002, E. 2002/1448, K. 2002/2082.

Keza Yargıtay 16. Ceza Dairesinin **13.11.2018** tarihli ve E. 2018/2433, K. 2018/4145 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, şehir merkezindeki bir meydana, dış cephesine “**Ölümlere İzin Vermeyeceğiz**”, “**Taleplere Yanıt Verilsin**”, “**Açlık Grevi Direnişçilerini Selamlıyoruz**”, “**Anadilde Eğitim Talebi Kabul Edilsin**”, “**Öcalan’a Özgürlük**” ibareleri yazılı pankartlar asılan bir çadır kurulur. Çadırda, hükümlü Abdullah Öcalan’la ilgili olarak “*uygulanan sözde tecrit, avukatları ile görüştürülmemesi, mahkemelerdeki Kürtçe yasağının kaldırılması, okullarda Kürtçe eğitimin serbest bırakılması, terör örgütü mensuplarına yönelik yapılan operasyonları protesto etmek amacıyla*” tertip edilen toplantıda, bu minvalde çeşitli konuşmalar yapılır.

Bu olayla ilgili olarak kişiler hakkında sadece **kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü** düzenlemekten ve bu toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmaktan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulmuş ve bu hüküm, Yargıtay tarafından fiilin suç oluşturmadığı gerekçesiyle bozulmuştur.

- ¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 8.7.1999 tarihli **Sürek ve Özdemir/Türkiye Kararı**na (BB no. 23927/94; 24277/94) konu teşkil eden olayda; bir derginin mahkeme kararıyla **toplatılan** 31 Mayıs ve 7 Haziran 1992 tarihli sayılarında, PKK terör örgütü yöneticilerinden Cemil Bayık ile “PKK’nın İkinci Başkanı” sıfatıyla yapılan bir röportaj metni iki bölüm halinde yayımlanır.

Bu röportaj metninde şu ifadeler yer verilmiştir:

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarındaki başvuru konusu yayın içeriklerine ilişkin iktibaslar, Türkiye’deki yayınların İngilizce veya Fransızca metinlerinden edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında, Türkiye’deki mahkeme kararlarına ilişkin bilgiler, yeterli açıklıkta gösterilmemektedir. Bu nedenle, karara konu teşkil eden yayın içerikleri, İngilizce veya Fransızca tercüme metinlerinin tekrar Türkçeye yapılan tercümelelerine dayanmaktadır. Bu karara konu teşkil eden yayın içerikleri, tohav.org internet sitesinde yayımlanan gayri resmi karar tercüme metinlerinden iktibas edilmiştir.)

“Soru: [Seçimler] tehlike arz ediyordun kastınız nedir?”

*Cevap: ABD: “Kürtlere baskı uygulanıyor. Saddam onları öldürüyor. Biz Kürleri Saddam’ın katliamlarına karşı koruyoruz. Onların hayatta kalması bizim güvencemiz altındadır” diyor. Ancak bunun büyük bir sahtekarlık olduğu barizdir. İddia ettikleri şekilde Kürtleri katliama karşı koruyor olsalardı, onları Türk Devletine karşı da korurlardı. Çünkü, Kuzeyde **bizim halkımıza karşı Türk Devleti tarafından yapılan katliamlar, Saddam’ınkiler kadar korkunç. Aslında Saddam’ınkilerden daha kötü uygulamalar bile var. Bu nedenle, ABD aynı şeyi Türkiye’ye karşı da yapmalıdır. Çifte standart herkes tarafından görülecek kadar açıktır. ABD Saddam’a karşı harekete geçiyor, ancak Türkiye’nin Kuzey ve Güneydeki Kürt halklarına karşı yaptığı katliamları destekliyor. Buna ilişkin birçok emare mevcuttur ve halkımız da bunun bilincindedir. Seçimlerdeki hedefi, hem desteklemek istedikleri teşkilatlar***

üzerinden Güneydeki olumlu gelişmeleri sınırlandırmak, hem de genel olarak **Kürdistan'da gelişmekte olan bağımsızlık ve özgürlük mücadelesinin önünü tıkamaktır.** Tüm Kürt hareketlerini, halen kendilerinin [ABD] kontrolünde bulunan o iki teşkilatın kontrolü altına almak istiyorlar. Bu nedenle de Kürt halkı için tehlike arz ediyorlar.

Soru: Güney Kürdistan'da bir parlamento kurulur kurulmaz kanunlar yürürlüğe girecektir. Bir yandan Türkiye ve Irak gibi komşular ile ve diğer yandan ABD ile anlaşmalar imzalanacaktır. Türkiye'nin bu ülkelerden tek bir talebi olabilir, o da PKK'nın hariç tutulması. Kürt partileri anılan bir ortam içinde yer alırlarsa, PKK'nın tutumu ne olur?

Cevap: Türkiye ve/veya emperyalizmin, halkımızı ulusal kimlik ve mücadelesinden caydırma niyetinde olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak bir ulus olarak kimliğimizi elde etmek istiyoruz ve bizim baba topraklarımız var. Savaşımız bunun içindir. Bizleri topraklarımızdan söküp atmak istiyorlar; bizleri yok etmek veya bizleri değiştirmeye zorlamak istiyorlar. Ama **biz kendi topraklarımızda barış içinde yaşamak için SAVAŞIYORUZ.** ABD veya Türkiye veya Kürt kimliği adına hareket etmekte olduğunu söyleyen herhangi bir başka güç, ülkemizin herhangi bir bölümünden bizi zorla çıkarmaya çalışırsa, bulunduğumuz yerde kalmak için mücadele ederiz. Şu anda da mücadelemizin amacı budur. Türk Devleti bizleri topraklarımızdan atmak istiyor. İnsanları köylerinden sürüyor. Kürdistan'ın tamamen boşaltulmasını istiyor. Ama biz direniyoruz. Kimse bize çıkmamızı söyleyemez veya isteyemez. Biz başkalarının topraklarında değiliz; kendi topraklarımızdayız. Kimse bizden topraklarımızdan ayrılmamızı isteyemez. Kuzey ve Güney diye bir ayırım yapmıyoruz; bizler Kürdistan'dayız. Bizler halkımızın arasındayız. Topraklarımızdan ayrılmamızı istiyorlarsa, bunu asla kabul etmeyeceğimizi bilmeliler. **Bizler her şeyini kaybetmiş bir halkız ve kaybettiklerimizi geri kazanmak için çarpışıyoruz.** Bizim hareketimizin amacı bu. Kaybedecek bir şeyimiz yok. Kimsenin karşısında ezilmeyiz ve kimseden korkmuyoruz. Kaybedebileceğimiz tek şey köleliğimizdir. Bu nedenle korkusuzca hareket ediyoruz.

Soru: Türk Devlet televizyonlarında Kürtçe programların yayınlanmasının PKK'ya ödün verme şeklinde yorumlanacağı söylenmektedir. Bu doğru olabilir mi? Ayrıca PKK'nın bir TV kanalı kuracağı söylenmektedir. Bu doğru mudur?

Cevap: PKK'nın televizyon yayınına başlayacağı doğru değildir. Bu tür tesislerimiz yok. Uydu veya başka bir kanal üzerinden televizyon yayıncılığı PKK'nın işi değildir. Türkiye'de Kürt televizyonu konusunu Turgut Özal ABD ziyaretinde gündeme getirmiştir. Tartışılan husus budur. Halkın küçük bir çoğunluğu Özal'ın haklı olduğunu söylüyor; ancak büyük bir kısmı ise buna karşıdır. Kürt TV'nunu önerenler bunu kasıtlı olarak yapıyor. Hedef, sözde kitlelerin etkilenmesi ve kazanılması ve böylece PKK'nın dışlanmasıdır. Fikir budur. Ama, Kürt TV, gerçekleşse dahi, bu onların işine yaramayacaktır. Bu yüzden buna karşılık. Kürt TV'ünü kurmak isteyenlerin amacı PKK'yı dışlamaktır. Çünkü, "Kendi dillerine sahip olan bir halk mevcuttur ve onların dilinde yayın yapmalıyız. O halka saygı duymalıyız. İnsanların dillerinin yasaklanması yanlış, bu aynı zamanda Türk halkına da zarar verir." şeklinde bir düşünce yoktur. Durum bunun aksinedir. Tartışmalar gerçek amaçlarını ortaya koymuştur: **"PKK'nın etkisini nasıl silebiliriz? PKK'yı nasıl yalnız bırakabiliriz? Kürt halkının gözlerini nasıl bağlayabiliriz?"** Bu taktiksel bir yaklaşımdır. Bu bir oyundur. Ancak **ne adım atarlarsa atsınlar, PKK'nın lehine çalışacaklardır. Türk Devleti şimdi Kürdistan'ı kaybetmiştir.** Bu bir gerçektir. Bundan sonra **Devletin Kürdistan'da yapacağı herhangi bir hareket, PKK'nın lehine ve Türk Devletinin aleyhine çevrilecektir ...** Türk basınının ilkeleri yoktur. Bu ahlaksız basın ile iletişimde bulunmakta herhangi bir fayda olmadığını düşünüyoruz. Basın ile herhangi bir temasta bulunmaktan kaçınmakla kalmayacağız; basının Kürdistan'a girişini engellemek için çaba harcayacağız.

Soru: Uludere saldırısında farklı bir taktik uygulanmıştı. Önceleri, saldırılar geceleri düzenleniyordu. Ama bu kez, saldırı gündüz gerçekleştirildi ve çarpışma gün boyunca sürdü.

Bunun gerillalar için daha fazla risk taşıdığı söylenmektedir. Bunun nedeni neydi?

Cevap: Dedikleri doğrudur. Mücadelemiz belli bir düzeye ulaşmıştır. Bu düzeye uygun taktiklerin geliştirilmesi gereklidir çünkü daha düşük taktiklerle savaştıkça bir hatadır. Savaşta ilerleme, halen ulaşılmış olan harp düzeyinde taktiklerin kullanımı ile elde edilebilir. Hareketin planlanma nedeni budur. Fikir; sabah saldırmak ve yerimizi korumak ve gün boyunca çarpışmayı sürdürmektir - ve sonunda başarılı da oldu. Bu bir deneydi. Bizim görüşümüzden, bundan çıkarılması gereken sonuçlar mevcuttur. Durumu inceliyoruz. Gelecekte yapacağımız eylemlerde bundan faydalanacağız.

Soru: Faili meçhul kişilerce Kürdistan'da düzenlenen suikastlar ve Hizbullah'ın üzerine aldığı eylemler hakkındaki düşünceleriniz nelerdir?

Cevap: Hizbullah olarak bilinen bir örgütün olduğu doğru. Fakat güçsüz bir örgüt. Söylenildiği gibi, katliamlar düzenleyen örgüt Hizbullah değil. Örgüt güçsüz olduğu için, Türkiye Cumhuriyeti örgüt mensuplarını çoğu yerde yakaladı. Birçok katliam bu örgütün adı altında yürütülüyor ancak aslında bu cinayetlerin hepsi Türkiye Devleti tarafından işleniyor. Bunu Hizbullah üyelerine anlatıyoruz: 'Eğer gerçekten Müslümanınız, şunu bilmelisiniz ki, İslam dini baskının ve adaletsizliğin karşısındadır, doğru ve adil olanın yanındadır. Türkiye Devletinin baskıcı olduğu ve çok sayıda katliam ve insanlık dışı eylem gerçekleştirdiği herkes tarafından bilinmektedir. Hizbullah bu eylemlere karşı çıkanlara saygı göstermelidir. Bu eylemlere karşı savaştıkça istiyorlarsa diğer örgütlerle güçlerini birleştirmelidirler. Onlardan istediğimiz sadece budur: Birlikleri arasına sızan kontr-gerillaları püskürtmeleri gerektiği konusunda onları dostça uyarıyoruz. Bunu yapmazlarsa çok fazla üzülecekler. Şu ana kadar ciddi olarak bir tepki vermedik, sadece onları uyardık. Bu olayların Türkiye Devletine hizmet ettiğini söyledik onlara ve belirli kesimlerden olumlu yanıtlar aldık. Hizbullahçıların veya Müslümanların bu tür eylemlere katılmadıklarını ve bu eylemlerin Hizbullahçıların tarafından gerçekleştirilmediğini söylediler. Bu olumlu bir gelişme. Ancak, Türkiye Devleti, Hizbullah adı altında çeşitli yerlerde katliamlarına hala devam ediyor ...

Soru: Bundan sonra mücadeleniz hangi sınırlar içerisinde devam edecek?

Cevap: Etkileri kesin olarak belirlenmiş olmasa da, iklim koşulları savaşta etkiler. 1991-92 kışı oldukça sertti; bu da bizim hareketlerimizi ve mücadelemizi kapasitemizi etkiledi, hem bizim açımızdan hem de Türkiye Devleti açısından ciddi problemler yarattı. Ancak onların teknoloji avantajları var ve bunu sonuna kadar kullandılar. Tabii, bir işlerine yaramadı bu. Geçen kış bizi öldürücü darbelerle maruz bırakmaya çalıştılar. Bizi yıkacaklarını ve ilkbahara kadar püskürtmeyi başaracaklarını düşündüler. Ancak istediklerini elde edemediler. Sert kış koşullarından dolayı hareket kapasitemiz azaldı ve bunun bir sonucu olarak da geçen yıllarla kıyaslandığında adımlarımızı daha geç atabildik. Fakat yavaş yavaş mevsim normale dönüyor. Çoğu yerde, hala yerde kar var. Ancak bu bizim için fazla engel oluşturmuyor. 1992 yılı diğer yıllarla karşılaştırıldığında daha farklı bir yıl olacak, ama hiç bir zaman şunu söylemiyoruz: 'Silahlı mücadelemizi artıralım ve daha geniş alanlara yayalım'. Eğer savaşa devam ediyorsak, bunu yapmamız gerektiği içindir.

Farklı bir yaşam ve gelişme için yapabileceğimiz başka bir şey yok. Bizim için tüm yollar kapandı. Savaşı sürdürüyoruz, çünkü bunu yapmaya zorlandık. Savaşın büyüyüp büyümesi Türkiye Devleti'nin tavrına bağlı. Devlet savaşı daha da körüklüyor. Bu yüzden de savaşı bu noktaya kadar getirdik. Savaş daha da büyüyecek. PKK'dan önce, Kürdistan'a karşı tek taraflı bir savaş vardı. Son birkaç yıldır bu savaş iki taraflı oldu. Eskiden, Türkiye sürdürdüğü savaşın sonunda istediği her şeyi elde ediyordu ve bunun sonucunda da Kürdistan halkı hızla ortadan kalkıyordu. Ancak artık Kürt halkı 'Dur!' demeye başladı. Yok olmamak için direnmeye başladılar. Savaşı başlatan devletti, savaşın sona ermesi de devlete bağlı olacak. Savaşı biz başlatmadık. Biz sadece bize karşı sürdürülen bir yok etme

savaşında savunmaya geçtik. Türkiye, Kürdistan halkının isteklerini kabul etmedikçe bu savaşa devam edecek: geriye tek bir adım bile atılmayacak. Bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar bu savaşa sürecek ...

Bazı bölgelerde Devletin sömürgeci otoritesi tamamen yok oldu ... **Savaşı idare edenler olarak, halkımızın herkes tarafından bilinen isteklerinin resmi olarak dile getirilmesini bekliyoruz. Bütün amacımız bu. Bu hedefe, Devletin egemenliğini çeşitli şekillerde ve yollarda zayıflatarak, çeşitli yerlerde popüler bir rejim kurarak ya da diğer bölgelerde ikinci bir rejim oluşturarak ulaşabiliriz. İşte bu halkımızın ve bizim gücümüz. ...**

PKK her türlü problemle karşılaşabilir, tüm bu sorunları çözer. Türkiye'ye hiçbir soru sormuyoruz. Onlarla konuşmuyoruz. Herkes ERNK Komitesiyle ya da bu komitenin yerel görevlileriyle konuşuyor. ERNK'nın yetkili olduğu düşünülüyor. Şu an için bizler halk temsilcilerimizi seçiyoruz."

Derginin 31 Mayıs 1992 tarihli sayısında ayrıca şu içerikte bir bildiri yayımlanmıştır.

"... Devlet terörüne karşı, Kürt halkına yapılan baskı ve zulme karşı, katliamlara, sokak ortasında islenen cinayetlere, ... karşı birleşelim; ...

Emperyalizmin ve işbirliği halinde olan yöneticilerin bize karşı yürüttüğü saldırılara karşı empedyalizmi. Bunu başarmak için, ortak isteklerimiz çerçevesinde güçlerimizi birleştirip **savaşa katılmalıyız. Tarihteki devrimci rolünün bilincinde olarak, işçi sınıfı harekete geçmeli, eylemleri yönlendirmeli, sendika başkanlarına çağrıda bulunup, eylemlerimize müdahale etmek adına oluşturdukları engelleri ortadan kaldırmalı ve savaşı ve eylemleri yaygınlaştırmalıdır.**

- Türk ordusu Kürdistan'dan çekilmelidir. Yargı sistemindeki çifte standarda bir son verilmesi ve tüm Kürt mahkumlar serbest bırakılmalıdır.

- Türk parlamentosu, Kürdistan üzerinde kurduğu otoriteden vazgeçmelidir. Kürt halkı kendi kaderini belirlemede özgür bırakılmalıdır; buna ayrı bir Devlet kurulması da dahildir.

- MİT (Milli İstihbarat Teşkilatı) ajanları, kontr-gerillalar ve özel birlikler tarafından gerçekleştirilen sokak infazlarına ve Devlet terörizmine bir son verilmelidir ve bu kişiler katliamların ve cinayetlerin hesabını vermelidirler. ..."

Bu makaleler dolayısıyla derginin yayın sorumluları hakkında İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından, TMK, m. 6'da tanımlanan *Terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını yayımlamak* ve (bilahare mülga) m. 8'de tanımlanan "*Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak*" suçlarından dolayı (27.5.1993 tarihli) mahkûmiyet hükmü kurulmuştur.

Yargıtay, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, bu mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir (4.11.1993 tarihli karar).

AİHM, bu mahkûmiyet hükmüyle, İHAS, m. 10 ile güvence altına alınan **ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar** vermiştir. (pn. 64)

"Mahkeme ilk olarak, **söz konusu röportajların yasa dışı bir örgütün bir üyesiyle yapılmış olması gerçeğinin başvuranların ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleyi haklı göstermeyeceğine dikkat çeker; ayrıca röportajların içerisinde resmi politikaya karşı getirilen ağır eleştiriler vardır ve Türkiye'nin güneydoğusunda yaşanan rahatsızlıkların kaynağı ve sorumluluğuna ilişkin olarak tek taraflı bir yaklaşım benimsenmektedir. Röportajlarda kullanılan kelimelerden mesajın uzlaşmazlık olduğu ve **PKK'nın hedefleri garantiye alınmadıkça yetkililerle anlaşma olmayacağı** açıkça anlaşılmaktadır. ANCAK METİNLER BİR BÜTÜN OLARAK ELE ALINDIĞINDA KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHİRİK ETTİĞİ SÖYLENEMEZ. Mahkeme, röportajların bu şekilde yorumlanabilecek bölümleri üzerinde dikkatle durmuştur. Ancak Mahkemeye göre, "Bizden topraklarımızdan çıkmamız istenirse,**

bunu hiçbir zaman kabul etmeyeceğimiz bilinmelidir” veya “**Bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar savaş devam edecek**” veya “Türkiye Devleti bizi topraklarımızdan atmak istiyor. İnsanları köylerinden çıkarıyor” veya “Bizi yok etmek istiyorlar” gibi ifadeler, karşı tarafın amaçlarına devam etmek için çözümleninin ve bu açıdan liderlerinin gösterdiği tavırların bir yansımasıdır. Bu açıdan bakıldığında, röportajlar Türkiye’nin güneydoğusundaki resmi politikaya muhalefetin ardındaki itici güçlerin psikolojisine ilişkin olarak kamuoyunu aydınlatmak ve bu ihtilafta yer alan çıkarları değerlendirmek açısından **HABER niteliği taşımaktadır.**” (pn. 61)

Söz konusu röportaj metinlerinde “**ifade edilen görüşler, şiddete tahrik olarak değerlendirilemez; şiddete tahrik etmeye meyilli olarak da yorumlanamaz.**” (pn. 61)

“Mahkemeye göre metnin içinde şiddete tahrik etme olarak yorumlanacak herhangi bir husus yoktur.” (pn. 61)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu kararda **PKK’nin bir terör örgütü ve faaliyetlerinin terör eylemleri olduğunu ifade etmekten özellikle kaçınmıştır.** Kararda, Türkiye’nin güneydoğu bölgesinden bahisle, “bu bölge yaklaşık 1985 yılından beri çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesi ve ... PKK üyeleriyle güvenlik güçleri arasında meydana gelen rahatsız edici durumlar”dan söz edilmiştir. (pn. 61)

Mahkeme söz konusu kararında Türkiye’deki yetkililere de bir ders vermeye tevessül etmiştir: Söz konusu Mahkeme, “... yetkililerin Türkiye’nin güneydoğusunda süregelen durumla ilgili olarak halkı farklı bir perspektiften, bu perspektif her ne kadar hoş olmasa da, bilgilendirmeleri hususunda gereken dikkati göstermedikleri görüşündedir.” (pn. 61)

Söz konusu yayın içeriklerinde yer alan ifadelerin, okuyucuda PKK’nin faaliyetinin bir “meşru savaş” olduğu kanaati oluşturmak amacıyla yönelik olduğu ve şiddeti teşvik edici mahiyet taşıdığı açıktır. Bu itibarla, esasında terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunu oluşturan söz konusu yayın içeriklerinin “ifade özgürlüğü” çerçevesinde değerlendirilmesi, terör örgütü PKK’ye “meşruiyet” kazandırma çabasının bir tezahürüdür.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu maksatlı yorumlara, Türk yargı mercilerinin uygulamaları da zemin oluşturmuştur. Söz konusu olayda, yayın içerikleri bütün olarak bir suç, yani terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmaya rağmen, bir kuzudan iki post çıkarma şeklinde iki ayrı suç işlendiği kabul edilerek, gerçek içtima hükümlerine göre iki ayrı mahkumiyet hükmü kurulmuştur.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 8.7.1999 tarihli **Erdoğdu ve İnce/Türkiye Kararına** (BB. no. 25067/94; 25068/94) konu teşkil eden olayda; bireysel başvuruocularardan birincisinin yazı işleri müdürü olarak görev yaptığı dergide, bireysel başvuruocularardan ikincisinin İsmail Beşikçi ile yaptığı bir röportaj yayımlanır. Bu röportajda şu açıklamalara yer verilir: “S: Demirel «Kürt gerçeğini» nasıl ve hangi ölçüde kabul edecektir? Onun «gerçeklik» anlayışının Devlet politikasını temsil ettiği söylenebilir mi?

C: **Kürdistan’da şimdi bir silahlı direniş olması nedeniyle Hükümet bazı gerçekleri kabul etmeye zorlanacaktır. ... Türk kuvvetleri tarafından uygulanan şiddet PKK’nın yükseliş ve ilerlemesini durduramaz. ...**

S: Devlet, Kürdistan’a ilişkin yeni resmi politikasını nasıl şekillendirecektir? Resmi ideolojinin hangi hususları değişecek ve nasıl değiştirileceklerdir? Bunun Kürt halkının günlük yaşamında nasıl etkileri olacaktır?

C: ... Türkiye’de Hükümet ve Devlet iki ayrı şeydir. Devlet, üyeleri atama ile gelen kurumlar ve organlar vasıtasıyla işlev görür. Bu kurum ve organlar Devlet’in gücünü temsil ederler. Hükümet, yani siyasi güç Devlet’in gücüne karşı çok hafif bir yük taşımaktadır. Hükümetler

bu yüzden Devlet idaresi tarafından sık sık görevden alınabilmektedir. Resmi ideoloji sadece uzun vadede değiştirilebilir ve bunu değiştirmeye muktedir olan güçler hükümet dışı siyasi ve sosyal kuvvetler ve bunların mücadeleleridir. Örneğin **PKK'nın fikir ve eylemlerinin özü resmi ideolojiyi değiştirebilecek**, Türkiye'nin siyasi sahnesinin atanan kurumlarının etkisini indirgeyebilecek ve halk tarafından seçilen parlamentonun ağırlığını arttırabilecek durumdadır.

Benim gayri resmi, kendi kanaatıma göre Kürtlerin ve özellikle **PKK'nın etkisi daha da artacaktır. PKK'nın hem Kürt hem de Türk toplumları üzerindeki etkisi genişleyecek ve derinleşecektir. Ve bu etki büyüdükçe, «Kürt gerçekliğinin» tanınması yönünde, politikalarında hükümetler tarafından daha ciddi adımlar atılacaktır.** Devletin, bu işlemde Hükümeti engellemeye çalışacağı ve bazı fikir ve politikaları saptırmayı deneyeceği barizdir. Ayrıca, Hükümet'in Devlet'in gücüne karşı koyabildiği ve atanmış olan kurum ve organları kontrol edebildiği, yani gerçek güce sahip olduğu sürece hayatta kalacağı da ortadadır. Bu değişiklikler Kürtlerin günlük hayatlarına da yansiyacaktır.

İncelemeler ve araştırmalar Kürt dili, tarihi ve halk bilimi gibi alanlarda gelişecektir. Kürt toplumunun özgünlüğü Kürt kitleleri arasında daha da vurgulanacaktır. Ulusal bilinçlilik ve özgürlük isteği daha da güçlendirilecek ve yayılacaktır. Bağımsızlık fikri ve hissi gelişecektir.

S: Şimdiye kadar «Ben bir Kürdüm ve şimdiki ve gelecekteki yasamım için politika ile ilgileniyorum» diyen insanların Kürdistan ve Türkiye'de «kendi çıkarları için politikaya atılmaya başladığı» gözlenmektedir. Bu durumu ne tür gelişmeler ortaya koymuştur? Hukuk alanında Kürtlerin bir siyasi konuya ihtiyacı var mıdır? Eğer varsa, bu nasıl bir şekil almalıdır?

C: Şüphesiz ki, bu gelişmelerin en önemli nedeni **PKK tarafından** yaklaşık olarak sekiz yıldır sürdürülmekte olan **silahlı mücadele** olmuştur. **Gerilla savaşı**, geleneksel Kürt toplumunda başlıca sosyal ve siyasi değişikliklere neden olmuştur. Geleneksel değerler bir kargaşa içindedir. **15 Ağustos 1984 tarihinden bu yana** halk arasında **Kürt gerilla savaşçıları** için yaygın bir destek sağlanmıştır. Ulusal bilinç şimdi Kürt toplumunda gelişmektedir ve bu süreç hızla yayılmaktadır. Ve, bu süreç içinde siyasi oluşumun **özerklik** ve **bağımsızlık** yönünde Kürt çıkarları için kullanıldığını görmekteyiz. Daha önceleri başkaları ve başka uluslara hizmet etmek üzere siyaset ile ilgilenen Kürtler şimdi Kürt halkına hizmet etmek için siyaset ile ilgilenmektedir. Türk ırkçılığı ve sömürgeciliğine karşı sağlıklı ulusal bilinç gelişmektedir. Tüm bunların, **15 Ağustos tarihindeki Kürt gerilla savaşının başlatılmasından sonra meydana geldiğini** söylemek durumu aşırı basitleştirmek olacaktır. Bu süreç, daha gerilere dayanan köklere sahiptir ve **belirleyici olan PKK tarafından başlatılan yeni süreçtir...** **Kürdistan'da yasadışı olan kimdir? Gerillalar mı yoksa Türk silahlı kuvvetlerinin özel timleri mi?**

S: Sağ kanat medyası ve MÇP (Milliyetçi Çalışma Partisi) tarafından teşvik edilen şovenist Türk milliyetçi dalgasına karşı koymak için neler yapılmalıdır? **Türk ve Kürt halkları arasında bir karşı karşıya gelme olasılığı** var mıdır? Bu nasıl engellenebilir?

C: **Kürtler ulusu için ölüyorlar. Türkler ne için ölüyor? Onların Kürdistan'da ne işi var?**

S: PKK'nın Kürdistan'daki hegemonyasının, artık «çift güçten» bahsedilebilecek düzeye geldiği bir süredir tartışılmaktadır. Öcalan, yazılarında Botan-Behdinan bölgesinde «**Hükümet-Devlet oluşumundan**» bahsetmektedir. PKK'nın Kürdistan'daki ve Türk siyasetindeki gelecekteki müdahalelerine ilişkin herhangi bir işaret mevcut mudur?

C: Türk Devleti Botan gibi bazı bölgelerde şimdiden askerlerini çekmiş ve polis karakollarını tahliye etmiştir. ... **Bu bir Devlet oluşumunun başlangıcı** olarak adlandırılabilir. ...”

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı, 23.3.1992 tarihli iddianame

Anadilde eğitim sorununun çözümü amacıyla çocukların okula gönderilmemesi yönündeki çağrıyı desteklemek, teşvik etmek, bu çağrıya icabet etmek, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunu değil, duruma göre başka bir suç veya kabahat¹⁸ oluşturabilir.

ile, başvurucuların, söz konusu röportajı yayımlamak suretiyle “Devlet’in bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak” suçunu işlediklerini iddia ederek, 3713 s. K, (bilahare mülga) m. 8 hükümlerine istinaden cezalandırılmalarını talep etmiştir.

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurucuların 3713 s. K, (bilahare mülga) m. 8’de tanımlanan “*Devlet’in bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak*” suçunu işlediklerini kabul ederek, haklarında mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Söz konusu mahkumiyet hükmü, Yargıtay tarafından onanmasına karar verilerek (1.2.1994 tarihli karar), kesinleşmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu mahkumiyet hükmüyle, şu gerekçelere (!?) işaret ederek, başvurucuların her ikisinin de ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir:

“*Suç konusu yayının, bir Türk sosyolog ile yapılan bir röportaj olduğunu ve yayınlanmış haliyle görüşlerinin, öncelikli olarak Türk toplumunda yer edinmeye başlayan PKK ideolojisini ve bir Kürt devletinin temellerinin nasıl oluştuğu hususlarına ilişkin olduğuna işaret edilmektedir. PKK’nın Kürt bağımsızlık mücadelesindeki rolünü açıkça savunmaksızın, röportajın yapıldığı şahıs, bu durumu temelde sosyolojik açıdan Türk Devletinin tepkileri bazında analiz etmiştir.*” (pn. 51).

“*... Mahkeme, röportajın içeriğinin analitik nitelikte olduğu ve metnin, şiddete yönelik tahrik içermediği görüşündedir. ...*” (pn. 52)

Söz konusu “*röportajda belirtilen görüşler, şiddete tahrik şeklinde algılanamaz ve şiddeti tahrik edebilecek şekilde yorumlanamaz.*” (pn. 52).

Söz konusu röportaj içeriğinde yer alan ifadeler, esasında terörizmin ve terör örgütünün propagandası mahiyeti taşımaktadır. Kendisiyle röportaj yapılan kişi, Devletin ülkenin güneydoğusundaki egemenliğinin meşruiyetini sorgulamanın yanı sıra, PKK terör örgütünün 1984 yılından beri icra ettiği terör eylemlerini, Kürt halkının özerklik ve bağımsızlık elde etmek amacıyla güvenlik kuvvetlerine karşı verdiği bir “*savaş*”, bu eylemleri gerçekleştiren kişileri de “*Kürt gerilla savaşçıları*” olarak nitelendirmiştir. Söz konusu kişi, “*fikir ve eylemlerinin özü*” itibarıyla PKK’nın, “*resmi ideolojiyi değiştirebilecek*”, bu “*ideoloji*”ye bağlı olarak toplumda ortaya çıkan çeşitli hukuki, siyasi, sosyal ve kültürel sorunların çözümünü gerçekleştirebilecek “*durumda*” olduğunu belirterek, PKK’nın toplumda tevaccühe layık bir örgütlenme olduğu izlenimi oluşturmayı amaçlamıştır.

Belirtilen nedenle, başvurucular hakkında Türkiye’de kurulan mahkûmiyet hükmündeki suç tanımına ilişkin niteleme, hukuki bakımdan sorunludur. Bu sorun da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin somut olay bağlamındaki değerlendirmelerine ve neticesine katılmadığımız kararı vermesine yol açmıştır.

¹⁸ 5.1.1961 tarihli ve 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, m. 55, 56.

Türkçeyi iyi bilen ve kullanabilen kişilerin haklarında yürütülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerindeki savunmalarında, Türkçeyi kullanmama, Kürtçeyi kullanma yönündeki tutumlarının anadilde savunma hakkından ziyade, “anadilde yargılanma” talebini dile getirmek amacı taşıdığı izahattan varestedir.¹⁹

¹⁹ Ceza Muhakemesi Kanununun 202. maddesinde değişiklik yapan 24.1.2013 tarihli ve 6411 sayılı Kanuna (m. 1) ilişkin Tasarının TBMM Adalet Komisyonundaki müzakereleri sırasınca yapmış bulunduğu açıklamalar aşağıdaki şekildedir:

“Bir kanuni düzenleme yapılırken önce bir sorun teşhisi yapılması lazım gelir. Yani uygulamada ortaya çıkan sorun nedir? Bu sorunu doğru bir şekilde teşhis ettikten sonra bu sorunun çözümünün uygulamayla mı yoksa bir kanuni düzenlemeyle mi yapılması gerektiği üzerinde düşünce üretme yoluna gitmekteyiz. Süreç itibarıyla böyle bir yol izlenmesi gerekir.

Bu süreçte ortaya konulacak olan alternatif çözüm modellerinden birisi eğer kanuni düzenleme ise önerilen kanuni düzenleme formülasyonlarının Anayasaya uygunluğu veya aykırılığı tartışma konusu yapılabilir.

*Ama bu aşamaya gelmeden önce bizim önce iki hususu açıklığa kavuşturmamız lazım gelir. Birincisi, sorun var mı, yok mu ve bu sorun nereden kaynaklanıyor? **Savunma hakkının kullanılmasında kullanılan dil bağlamında bir sorunla karşı karşıyayız. Ama bu sorun Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 202’nci maddesinin formülasyonundan kaynaklanan bir sorun değil. 202’nci madde 2005 yılında yürürlüğe giren bir maddedir. Bu maddenin formülasyonu yapılırken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dil hakkının kullanılması bağlamında vermiş bulunduğu kararlar göz önünde bulundurulmuştur. Dolayısıyla, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 202’nci maddesinin formülasyonunda herhangi bir sorunla karşı karşıya bulunmuyoruz, yani böyle bir tespitimiz yok.***

Fakat belirli mahkemelerde savunma hakkının kullanılması bağlamında ana dil kullanılması talepleriyle bağlantılı bir sorunla karşı karşıyayız. Böyle bir gerçekliğimiz var. Bu gerçeklik, davaların özellikle siyasi içerikli davalar olması itibarıyla kamuoyunun gündemine taşınmıştır. Yani şunu bilmemiz lazım gelir ki: Siyasi içerikli olmayan davalardaki savunmalar bakımından dil yönü itibarıyla savunma hakkının kullanılmasında herhangi bir sorun bize yansımış değil. Ancak dil bağlamında, yani, savunma hakkının kullanılması bağlamında ileri sürülen birtakım taleplerle karşı karşıyayız. Ama bu taleplerin hiçbirisi somut davadaki savunmanın efektif bir şekilde yapılmasıyla ilgili de değildir. Bu davalardan bir tanesi, Diyarbakır’da yürüyen davadır; şu veya bu isimle yürüyen dava demek istemiyorum. Ama orada yürüyen bir davadır. Bu davanın yürütülüşü sırasında yargı otoritesi etkinliği bakımından biraz zaafa uğramıştır; bu gerçekliği burada ifade etmem lazım idi.

*Hukuk sistemimizde bir duruşma açıldığında bunun nasıl, hangi usul sırası itibarıyla icra edileceği kanunda açık bir şekilde belirtilmiştir. Ama daha bir duruşmada henüz iddianame okunmadan önce, henüz daha sanıkların kimlikleri tespit edilmeden önce sanıklar temsilcisi diye sanıklar adına bir kişi kalkıp davanın esasıyla ilgili olmayan konularda saatlerce hatta günlerce anlatımda bulunmasına müsaade edilmesiyle **yargı otoritesi o davalarda zaafa uğratılmıştır.***

*Şimdi, sorumuz şu: Zaafa uğrayan bu yargılama faaliyetinde iddianame okunmadan önce yapılan bütün konuşmalar Türkçe yapılmaktadır ve bu sanıkların –bu konuşma yapan sanıkların- hiçbirisi Türkçeyi bilmediği yönünde, Türkçeyi yeterince bilmediği yönünde Kürtçeyi Türkçeden daha iyi bildiği yönünde bir iddia da bulunmamaktadırlar. Sadece tırnak içinde “ana dilde savunma hakkı” kavramını kullanmaktadırlar. Ama gerçekte dile getirdikleri husus, “**ana dilde yargılanma hakkı**”dır. Böyle bir hak var mıdır, yok mudur, o ayrı tartışma konusu olan bir husus. Ama dile getirilen husus ana dilde savunma hakkı değil, ana*

Ancak, böyle bir amacın güdülmesi, başlı başına bir suç oluşturmaz. Bu amaca yönelik tutum ve davranışların, savunma hakkının kullanılması bağlamında değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.

dilde yargılanma hakkıdır. Yani sadece meramlarını kendi ana dillerinde sözlü olarak ifade etmekle yetinmek istemiyorlar. Bütün bu yargılama faaliyeti sırasındaki bütün yazılı, sözlü işlemlerin hepsinin kendi ana dilleri çerçevesinde icra edilmesi yönünde bir talepte bulunuyorlar.

*Şimdi, bu talep o davanın esasıyla ilgili bir talep değil. O davanın esası bakımından, kendilerine yöneltilen suçlamalarla bağlantılı eğer bir savunma yapacaksa bunu dinleyebiliriz ama o davadaki yargılama faaliyeti çerçevesinde **bir siyasi talep** dile getirilmektedir. Bu siyasi talep karşılanır; karşılanmaz, bu konu siyasetin bileceği bir konu; ama eğer **bu siyasi talep karşılanacaksa bunun karşılanacağı yer Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202'nci maddesi değil. Böyle bir talebin karşılanması bir anayasal sorun olarak karşımıza çıkar.** Yani bunu biz anayasa değişikliğiyle ancak dile getirebiliriz ve bu konu resmî dil tartışması bağlamında ele alınması gereken bir konudur. Eğer biz, resmî dil konusundaki tartışmayı bir kenara iter de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202'nci maddesinde tasarı metninde olduğu gibi bir değişiklik yapma yoluna gittiğimizde bu birtakım sorunları belki çözüme yönünde bir ilüzyon oluşturabilir. Ama gerçekte ise o düzenleme hayata geçtiğinde daha başka problemlerle karşı karşıya geleceğiz.*

*En basit karşılaşılabilecek problem şudur: **Sadece belirli yargılama işlemleri bağlamında** kişilere kendi “ana dilinde savunma imkânı” tanıyoruz. Tırnak içinde, “hak” demiyoruz ona çünkü madde “hak” kavramını kullanmıyor “imkân” diyor; “savunma imkânı” veriyoruz. Bu çerçevede mesela bir kişi iddianame okunduktan sonra sözlü savunması bağlamında kendi ana dilini veya istediği bir başka dili -Türkçe dışında bir başka dili- kullanabilecektir. Ama mesela bir bilirkişi raporuna diyeceği sorulduğunda “Onu hayır; onu Türkçe anlatacaksın.” diyeceğiz bu kişiye. Yani yargılama faaliyetinin başlangıcında Türkçe dışında bir dili savunma dili olarak kullanacak, yargılama faaliyeti devam ederken Türkçeye tekrar geri döneceğiz ve yargılama faaliyeti sonucunda Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki mütalaasını verdikten sonra “Sen ne diyorsun?” diye sözün bağlanacağı bir noktada yine tercih ettiği bir başka dile geri döneceğiz. Bu başlangıçtaki dil olabileceği gibi onun dışında başka bir dil de olabilir. Böyle bir yargılama biçimi yok. Ve bu tartışma karşımıza yarın başka tartışmaları da çıkaracaktır; o da şu: Neden bu sadece kovuşturma evresinde; soruşturma evresinde değil; neden mesela soruşturma evresinde tutuklanma talebiyle hâkimin huzuruna çıkarıldığında bu imkândan yararlandırılmayacağım? şeklinde bir taleple karşı karşıya geleceğim. Yine bu çerçevede, neden bu sorun sadece ceza davasıyla sınırlı olarak tutuluyor. ... Özel hukuk davasında veya diğer bir başka davada ceza hukuku dışındaki diğer davalarda sözlü olarak özellikle taleplerin dile getirilmesi bağlamında bu hak nasıl kullanılacaktır? Sanık bakımından kabul ettiğimiz bu imkânın, tanık bakımından kabul edilebilir olup olmadığı konusu da tartışma konusu yapılabilir.*

*Sözün kısası şu: Çok özür diliyorum, bu konularda aslında Alt Komisyon da düşüncemizi arz etme imkânı bulmuşuk. Ama orada kayıt edilme imkânı yoktu. **Talebin ceza muhakemesi sürecinde ortaya çıkan bir sorunun çözümüne yönelik olmaktan ziyade siyasi bir talep olduğunu ifade etmekle yetinmek isterim.***

(Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunun 27.11.2012 tarihinde yapmış bulunduğu toplantıya ilişkin tutanaklar. Ayrıca Bkz. **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt I, Kanunlar**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi [TÜRK-CE-MER] yayını, 26. bası, Ankara, Eylül 2020, sh. 736, dn. 1188).

Keza, vahşiyane yöntemlerle insan öldürmekten çekinmeyen örgütsel yapılanmalarla ilişkilendirilmeksizin, “İslâm Devleti”, “Şeriat Devleti” özlemlerinin dile getirilmesinin suç oluşturan bir yönü bulunmamaktadır. Ancak bu özlemin gerçekleştirilmesi bağlamında, terör örgütü vasfını taşıyan örgütsel yapılanmalara “meşruiyet” ve “ulviyet” izafe edilmesi durumunda, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir.

Güvenlik görevlilerinin terörle mücadelede ölçsüz kuvvet kullandığından, yetkilerini kötüye kullanarak insanları katlettiklerinden söz etmek, güvenlik görevlileri tarafından savunmasız, sivil insanların katledildiğinden bahsetmek, iddialar gerçekte bağdaşmasa bile, suç oluşturmaz.^{20,21} Ancak, güvenlik güçleri ile silahlı çatışmaya giren ve bu çatışma sırasında öldürülen terör örgütü mensuplarının “şehit” olduğunu iddia etmek, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunu oluşturur.²² Zira, bu suretle, terör örgütü mensuplarının güvenlik görevlileriyle giriştikleri silahlı çatışma, kutsanmaya çalışılmakta ve insanlar bu mücadeleye destek vermeye teşvik edilmektedirler.²³

²⁰ “Ülkenin bir bölgesinde terör örgütü mensuplarınca açılan hendeklere ve silahlanmaya müdahale eden, bu anlamda da terörle mücadele eden devleti halka “*katliam*”, “*kıyım*” ve “*işkence*” yapmakla suçlayan bir açıklamaya katılmak elbette mümkün değildir. Bunlar, belki çok küçük bir grup dışında, toplumun kahir ekseriyetini rahatsız eden çok ağır ifadelerdir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin hiçbir şekilde içeriğine katılmadığı sözler de ifade özgürlüğü kapsamında kalabilir. Bir ifade ya da açıklamanın ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilirken söz konusu ifadelerin doğru ya da rahatsız edici olup olmadıkları belirleyici olmaz. Bu noktada kullanılan sözlerin doğru ya da kabule şayan olup olmadığının değil, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.”: Anayasa Mahkemesi, 26.7.2019, BB 2018/17635 (Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri) (RG: 19 Eylül 2019/30893), pn. 125, 126.

²¹ Bkz. AİHM, Gözel ve Özer/Türkiye Kararı, (BB no: 43453/04 ve 31098/05) 6.7.2010; AİHM, Şener/Türkiye Kararı, (BB no: 26680/95) 18.7.2000; AİHM, Ceylan/Türkiye Kararı, (BB no: 23556/94) 8.7.1999.

²² Ancak uygulamada, güvenlik görevlileriyle girdikleri çatışmada öldürülen terör örgütü mensuplarının “şehit” olarak nitelendirilmesinin, terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmadığı kabul edilmektedir: Yargıtay 16. CD, 13.5.2015, E. 2015/1972, K. 2015/1370; Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi, 3. CD, 11.10.2016, E. 2016/9, K. 2016/6.

²³ Ancak belirtmek gerekir ki, işlediği suç ne olursa olsun, suç işleyen kişi gene de bir insandır. İster suç işlediği sırada meşru müdafaa sebebiyle, ister başka herhangi bir sebeple öldürülmüş veya ölmüş olsun, gene de ortada bir insan cesedi bulunmaktadır. İnsan hatırasına duyulması gereken asgari saygıyı, bu kişilerin cesedine de göstermek gerekir.

Ülkemizdeki terörle mücadelede güvenlik görevlileriyle girdikleri silahlı çatışmada öldürülen örgüt mensuplarının cesedi, birileri tarafından “leş” olarak nitelendirilirken, diğerleri tarafından “şehit” cenazesi muamelesi görmektedir. Doğru olmayan bu iki yaklaşımın da,

Önemle belirtmek gerekir ki, bir ülkedeki hukuki, siyasi, sosyal veya ekonomik sorunlar, terörizmin ve terör örgütlerinin beslendiği ortamı oluşturur. Bu gerçeklik, mevcut olan sorunların hukuk zemininde ele alınıp çözümlenmesine yönelik çabaların önüne geçmek için bir sebep olarak telakki edilmemelidir.²⁴

Bir terör örgütü olan PKK'nin ortaya çıkışındaki amaç, siyasîdir. Başka bir ifadeyle, PKK, Türkiye'deki Kürt sorununun ortaya çıkardığı ve bu sorundan beslenen bir terör örgütüdür. PKK'yi ortaya çıkaran irade, bu siyasi amacı Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı bir "askeri üstünlük" sağlayarak gerçekleştirme beklentisi içinde değildir; aksine, silah kullanmayı bir "propaganda" yöntemi olarak,²⁵ güdülen siyasi amacın gerçekleştirilmesinde, Kürt sorununun varlığının ve bunun çözümüne yönelik taleplerin kabulünü sağlamada yegâne araç olarak görmektedir.²⁶

Bu amacın bir ölçüde gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek gerekir. Daha önce Türklerden ayrı olarak bir Kürt ırkının varlığının ve Kürtlerin kültürel kimliklerinin tanınması gerektiği yönünde düşünce açıklamasında bulunulması, suç oluşturmakta idi.²⁷ Bugün artık bu talepler, ifade özgürlüğünün, düşüncüyü

ülkemizdeki ayrılıkçı teröre destek vermekten başka bir mahiyet taşımadığını görmemiz gerekir.

²⁴ Kişilerdeki, toplumda mevcut olan sorunların hukuk zemininde çözümüne yönelik ümidin yitirilmemesi gerekir. Terörizmin ve terör örgütlerinin beslendiği sorunlar varlığını devam ettirdiği ve hukuk zemininde ele alınıp çözümler üretilmediği sürece, "terörist" olarak öldürülen kişi sayısı ne kadar fazla olursa olsun, terörizmin önüne geçilmesi mümkün değildir. Mevcut bir terör örgütünün kamu gücü kullanılarak faaliyet icra edemez hale getirilmesi, ancak bir örgüt mutasyonuna sebebiyet verebilir.

Terörizmin ve terör örgütlerinin beslendiği diğer bir faktör ise, "terörle mücadele" görüntüsü altında kamu gücü kullanılarak yapılan iş ve işlemlerde hukukun dışına çıkılmasıdır. Bu çerçevede, işkence, ölçsüz güç kullanılması, bir terör örgütünün bastırılmasında diğer bir terör örgütünün araç olarak kullanılması, birer örnek olarak zikredilebilir.

²⁵ "Silahlı propaganda" (BİRAND, Mehmet Ali: *APO ve PKK*, 6. bası, İstanbul 1992, sh. 124 vd., 135, 153.

²⁶ BİRAND, *APO ve PKK*, 6. bası, 152 vd.

²⁷ Terörle Mücadele Kanununun 15.7.2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 8. maddesinin birinci fıkrası hükmü şu şekilde idi:

"Hangi yöntem, maksat ve düşüncüyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz. Yapanlar hakkında ... cezası hükmolunur"

Bu maddede bilahare 6.2.2002 tarihli ve 4744 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle söz konusu suç şu şekilde tanımlanmıştı:

"Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak amacıyla yazılı, sözlü veya görüntülü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapanlar hak-

kında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmedikçe ... cezasına hükmolunur.”

Bu suç tanımına ilişkin olarak uygulamadan üç örnek verebiliriz:

I. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.4.1995 tarihli ve E. 1995/9-70, K. 1995/98 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 8.9.1991 tarihinde usulüne uygun olarak düzenlenen açık hava toplantısında, kalabalığa hitaben birer konuşma yapan sanıklardan A,

“Kardeşler hepinize merhaba diyor ve S.yle selamliyorum. 13 yıllık bir aradan sonra tekrar aranızda gelmiş olmaktan büyük bir mutluluk duyuyorum. Ama bu mutluluğum eksik bir mutluluk. Çünkü, cezaevlerinde birlikte yaşadığımız, her şeyi paylaştığımız, birlikte direndiğimiz arkadaşlardan Kürt arkadaşlarımı orada bırakarak geldim. Bu yarım bir hüzündür. Ama inanıyorum ki, halkın yükselen mücadelesi bir gün onları da cezaevinden çıkaracak, özgürlük alanlarına taşıyacaktı. Biliniyor, biraz önce ifade edildi. Anti- Terör Yasası, yükselen halk muhalefetine karşı şiddeti meşrulaştırmak için yürürlüğe sokulmuş bir yasadır. Bu bir ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyacın kaynakları, başlangıcı, sadece yasanın çıktığı tarihe ait değildir. 12 Eylül öncesinde 1980'lere gelindiğinde yükselen muhalefet karşısında yine Devlet şiddete başvurmak zorunda kalmıştır. Ve kendi Anayasa ve Yasalarını bir kenara iterek, beş tane cahil adamın kurduğu ortaklık çerçevesi içinde iktidara el koymuştu. Ve toplum o günden sonra karanlıklara itildi. Şiddet önce toplumu sindirdi, bastırdı, Ondan sonra hükmünü icra etmeye başladı. Ve belirli bir dönem sadece cezaevleri muhalefetin toplumsal odağı haline geldi. Toplumsal odağı, muhalefetin odağı olmak demek aynı zamanda baskının, şiddetin de hedefi olmak anlamına geliyordu. İnsanlar direndiler. Sade içerdekiler değil, dışardakilerle birlikte bu tarih kesitinde insan onurunu hep birlikte savundular. İnsanlık onurunu yükselttiler ve yücelttiler. İçerdekiler kadar dışardakiler de kahramanlar. Kardeşler; giderek toplumsal muhalefet yükselmeye başladı. **Kürdistan**'da **Kürt halkı** tarihinde ilk kez kendi özgürlük ve demokrasisini kazanmak üzere ayağa kalktı. Kendi öncüsüne ulaştı. **Binlerce yıllık ezilmişliğini ve içine itilmiş olduğu insanlık dışı şartları reddederek özgürlüğü ve demokrasisini kazanmak üzere bugün de hepimizin yakından ilgilendiğimiz gibi olumlu bir noktaya geldi. Ama sadece bu kadar değil. Türkiye'de emekçi halk, işçi sınıfı yine tarihinde hiçbir dönem gözükmediği ölçüde kendi mücadelesini örgütledi. Bugün günlük yaşamda görüyoruz. Kendi eylemliliği içinde güncel mücadelenin şartlarını yerine getirmek suretiyle haklarını kazanmak için bütün çabasını sarf ediyor. Dolayısıyla, bütün bunların yaşandığı şartlarda varlığını ilerletmek gücünden yoksun olan ve halka refah getiremeyen ekonomik gelişmeyi sağlayamayan ve devlet içinde örgütlenmiş olan egemen güçler, yapabilecekleri son çareye başvurular. Ve kendi şiddetlerini yasallaştırabilmek için Anti-Terör Yasasını getirdiler, gündeme koydular. Anti-Terör Yasası, toplumu daha önce halkı cendelerinde tutan, düşünceyi yasaklayan her türlü örgütlenme özgürlüğünü yok etmiş olan 141. 142'yi kaldırmışlar gibi gözükmesine rağmen, bölücülük adı altında halk muhalefetinin bugüne kadar aldığı yönü de hesaba katarak yeni biçimlerde ve çok daha yoğun olarak şiddeti yasallaştırmaya çalıştı. Ama, yasallık tek başına yetmiyor. Yasallığı meşru kılabilmek için yasallığın güçlü bir meşruiyete dayanması gerekir. İşte, Devletin bugün ihtiyacını duyduğu yasallığa rağmen hiçbir zaman kendisinde var olmayan şey meşruluktur. Yani bugün **Devlet bütün eylem ve işlemleriyle gayrimişrudur. Tarih dışıdır ve mutlak tarihten silinmek zordur.** Yine bugün için yükselen halk mücadelesi karşısında Anti-Terör Yasasıyla yapmak istedikleri toplum çerçevesine dahi sığmıyor. Bugün meşru olan tek şey halkın yükselttiği şeydir, mücadeledir. Ve halk kendi mücadelesini kendi yasallığıyla birlikte geliştiriyor. Görünüşte Anti-Terör Yasasına karşı yükselen mücadele Anayasa çerçevesine girmemesine rağmen, onun karşısında tamamen meşru bir zemine oturmaktadır ve yasaldir. **Yasa dışı olan güç Devlettir ve onun temsil ettikleridir.** Bugün buralarda az gözüksük de hepimiz biliyoruz ki, dağlarda kalabalığız ve giderek daha da kalabalık olacağı, teşekkür ediyorum”**

sözlerini; sanıklardan B,

“Değerli insan hakları savunucuları, hepimize merhaba diyorum. Arkadaşlar, parselenmiş bir Türkiye’de, demokrasinin var diye iddia edildiği bir Türkiye’de biz demokrasinin kavgasını veren yürekli insanlar olarak buraya dövmek için geldik. Buraya konuşmak için geldik. Buraya haykırmak için geldik. Buraya Türkiye’de nasıl bir demokrasi istiyoruz, onu insanlara söylemek için geldik. Ama görüyorum ki, burada özellikle de güvenlik güçlerinin engellemeleri sonucunda toplanan şu azınlık kendi içimizde bizi konuşmuyor. Bir suskunluk var içimizde. Bir suskunluk var hepimizde. Arkadaşlar, burada bulunanlar sayısal olarak az olabiliriz, üç beş parmak olabiliriz, ama şunu unutmayın! Bunlar bize televizyonu yasaklayan insanlar. Bugün bizim sayımızdan değil, düşüncelerimizden korkuyorlar. Çünkü, onlar bunu çok iyi biliyor. Yıllardır kendi çıkarlarına hizmet eden, insan haklarıyla yıllardır en küçük demokratik haklarını arayan insanların üzerindeki devlet terörüyle, insanların özgürce düşünme yolunu kapattılar. İşte bu yasaklar zinciri altında, işte bu devlet terörü altında biz, yani yüreği sevinçlerin ateşiyle çarpan insanlar, Mahir’lerin ateşleriyle çarpan insanlar, halen konuşmaya devam ediyoruz, edeceğiz de. Devlet terörü diyorlar, Anti -Terör Yasası diyorlar. Arkadaşlar, Anti-Terör Yasası sözüm ona Terörle Mücadele Yasası neyi kolluyor, neyi kolluyor, hiç düşündünüz mü? Burada terörist arıyorlar, fabrikada terörist arıyorlar, okulda terörist arıyorlar, köyde terörist arıyorlar. Ama asıl teröristler Ankara’da meclisin duvarları içerisinde asıl teröristler. Neden ordalar? Arkadaşlarım, bugün, bugün özellikle de köşe bucak fikir kulislerinin yapıldığı Türkiye’ye nasıl geldik? Nasıl getirdiler bizi? Bunları hepimiz yaşayarak öğrendik. Bugün Erken Seçim Yasası diyorlar, muhalefet yollarını kapatıyorlar, alanları kapatıyorlar. Sözüm ona özgür Türkiye’de insanların özgür iradelerine başvuruyorlar. Sizlere soruyorum arkadaşlar biz bu Anayasaya evet dedik mi? Peki o zaman Mecliste oturup bizi yönetme yetkisini, bizim adımıza bizi yönetme yetkisi zorla alan insanlar asıl teröristler değil mi? İşte arkadaşlarım, bunun içindir ki kendilerini saklayabilmek için, kendilerini gizleyebilmek için öylesine bir Terör Yasası çıkardılar. Sözüm ona ki, bu bozguncu düzende, bu yalancı düzende, bu asıl onları korumaktır. Bugün elleri ayakları titremeye başladı. İşte arkadaşlarım, biz kendi içimizde susmaya devam ettiğimiz sürece, kafamızdaki muhalefet anlayışını o zamanlar önünü görmekten aciz tarladaki, bahçedeki, fabrikadaki işçi(ye) bilinçli (bir şekilde) taşıyamadığınız sürece, onları, sınıfımız iktidara sahip olmalıdır telaffuzuna alıştırmadığımız sürece, bunlar bizi daha çok yönetecek. Biz yine buraya gelip bağıracağız, çağıracacağız ama dağıldıktan sonra mevcut düzenin, o pis burjuva alışkanlıkları içinde yine günümüzü gün etmeye çalışacağız. Bizler eğer kendimize devrimci diyorsak, bugün Anayasaya hayır demek zorundayız. Seçim Yasasına hayır demek zorundayız, göstermelik demokrasiye hayır demek zorundayız, Kürt halkının bağımsızlık mücadelesini engelleyen insanlara hayır demek zorundayız, sendikalar üstündeki baskıya hayır demek zorundayız. Biz, kısacası biz bizim olmayan demokrasi dışındaki, şu andaki kapitalizme ve ABD. emperyalizmine hizmet etmekten başka hiçbir amacı ve çıkarı olmayan bu göstermelik demokrasiye işçisiyle-köylüsüyle, öğrencisiyle-sıradan vatandaşıyla, kısacası **Türk ve Kürt halklarıyla** birlikte hayır demek zorundayız”

sözlerini kullanırlar.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, her iki sanığın bu açıklamalarının, “3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8/1. maddesindeki hangi yöntem, maksat ve düşünce ile olursa olsun, T.C. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü hedef alan sözlü propaganda suçunu” oluşturduğu yönünde içtihadta bulunmuştur.

II. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **3.10.1994** tarihli ve E. 1994/9-183, K. 1994/214 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; düzenledikleri çeşitli toplantılarda,

“... Parti, **Kürt ve Türk hakları** arasındaki tek köprü... Bu düzen **Kürt meselesinde** iflas etmiştir ve buradan çatır çatır çöküyor. Sorun **Kürt halkının iradesine** saygı gösterilerek çözülür. Esas çözüm, **Kürt halkıdır. Kürtlere** ne istiyorsunuz diye soracağız, yok ayrılmak

isterlerse iradelerine saygı duyacağız, bir referandum yapacağız, **Kürt halkına** soracağız. Hakkari'den başlayıp, Antep'e kadar herkese soracağız. Bu topraklarda ayrı bir devlet kurmak istiyor musunuz? Evet mi?, Hayır mı? ... Parti **iki halkın** bir federasyonda birliğini, ortak iktidarını savunacak. ... Parti **Türk ve Kürt halkı** arasındaki son köprüdür Doğuda özel savaşa son vereceğiz, her **iki milleti** eşit düzeye getirerek sonunda biçim olarak bir federasyonda çözerek (soruna) son vereceğiz. ... **Kürt ve Türk milleti** bir halk cumhuriyeti kuracaklar. ... **Kürt halkı** yıllardır verdiği mücadeleyi ayağa kalkarak göstermeye başladı. **Kürt halkı** yeni bir devrim yapacak, biji serhildan, biji halkımız. **Kürt halkını** bu devlet o kadar ezmiş, adını bile silmiş ve yasaklamış; ama yasaklamakla olmuyor. ... Şimdi Fırat'ı bu rejim bir sınır haline getirmiştir. ... Türk milliyetçiliği Fırat'ta boğuldu, geçmez öte tarafa. Çünkü bu topraklarda milliyetçilik olmaz, bu bir **Kürt sorunudur**. ... **Kürt milletine** kendi kaderini tayin hakkı tanınmalıdır. ... Botan'ın Kürt köylüsü ayağa kalkmış ve kendisinin efendisi olmaya başlamıştır. Ey düzen sen **Kürtün** adını mı yasakladın, **Kürt halkı** ayağa kalkıyor. **Ezilen Kürt Anayasa yapıyor, kanun yapıyor**"

şeklinde açıklamalarda bulunan bir **siyasi parti genel başkanının** bu açıklamalarının "3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8/1 maddesindeki hangi yöntem, maksat ve düşünce ile olursa olsun TC. Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü hedef alan yazılı ve sözlü propaganda suçunu oluşturduğu," kabul edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.4.1999 tarihli ve E. 1999/9-58, K. 1999/69 sayılı kararına konu teşkil eden yayın içeriğinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

"Sivas coğrafya olarak hürdür. Halkların buluştuğu kavşaktır. Aynı zamanda Batıda doğuya geçiş yollarının kavşağı ve düğüm noktasıdır. Coğrafya olarak Sivas düğümünün çözülmesi ile halklar Sivas kavşağında Türkiye Cumhuriyetinden koparak **Kürdistan halkı** bağımsızlığa Anadolu halkları da demokrasi ve özgürlüğe kavuşacaktır. Anadolu halklarını demokrasi ve özgürlüğe kavuşturma politikası **Türkiye Cumhuriyetini bitirme bu coğrafyadan söküp atma** politikası ile özdeşleştirilmiştir. Egemen Türklük dışında Ermeni, Arap Türkmen, Laz, Gürcü, Çerkez egemen Türkün egemenliğinden kurtularak demokrasi ve özgürlüğe kavuşacak Anadolu halklarıdır ...

Demokratlar ve devrimciler, bugün, Kürtlerin boyun eğemeye zorlandıkları baskının nede-ninin, Cumhuriyetin kendisinde değil, **emperyalist politikaların** uzantısı olan **faşist uygulamalarda** ve **militer baskıcı politikalarda** olduğunu, sorunun çözümünün ise, Türkiye'nin yıkılışında değil, demokratikleşmesinde ve devrimçileşmesinde görülmelidir."

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu açıklamalarla, sanığın "Türkiye Cumhuriyeti Devletin, **Kürtler**, Ermeniler, Araplar, Türkmenler, Alevi Türkler, Lazlar, Çerkezler, Gürcüler gibi **halklardan oluştuğuna** değinmek suretiyle çeşitli etnik kökene sahip vatandaşları **ırk temelinde dayalı olarak ayrı halklar olarak göstermiş**, Türkiye Cumhuriyeti Devleti parçalanıp dağıldığında, yaşayan bu hakların soluk almaya başlayacağını ifade ederek Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan propaganda" suçunu işlediğini kabul etmiştir.

III. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, "Türkiye Cumhuriyetinin Kürdistan'da Kürt halkına soykırım uyguladığı, Türk ulusalcılığının esas alınıp Kürt kimliğinin yasaklanarak bütün ulusal haklarının gasbedildiği, Kürt ulusunun kendi kaderini tayin etmesinin engellendiği, kapsamlı şekilde ileri sürülüp, vurgulanarak; Türkiye Cumhuriyeti Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan propaganda" yapan sanığın "eylemin(in) 3713 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamına giren suçu oluşturduğu" değerlendirmesinde bulunmuştur (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 11.2.1993, E. 1992/11752, K. 1993/664. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 18.5.1994, E. 1994/3563, K. 1994/3266); Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 5.1.1994, E. 1993/11775, K. 1994/5; Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 1.5.2002, E. 2002/2263, K.

açıklama özgürlüğünün kapsamında değerlendirilmektedir.²⁸ Ancak, başvurulanan yöntemin terör olması dolayısıyla, güdülen siyasi amaca rağmen, ortada bir suçluluk olgusu mevcuttur ve bu örgütsel oluşumu, güdülen amaç dikkate alınarak meşru görmek hukuken mümkün değildir ve meşrulaştırma girişiminde asla bulunulmamalıdır.

II. 3713 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında, 7. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan terör örgütünün propagandası suçu ile yakın ilişkisi bulunan ayrı bir suç tanımına yer verilmiştir:

“Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayımlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

Bu suç tanımı sorunludur. Bu fıkrada seçimlik hareketli suç tanımı yapılmıştır. Bu suçu oluşturan seçimlik hareketlerden biri, “terör örgütünün bildiri veya açıklamalarını” *basmak*, diğeri ise, bunları *yayımlamak*tır. Suçun konusu ise, “terör örgütünün bildiri veya açıklamaları”dır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, terör örgütünün her açıklamasını yayımlamak, suç oluşturmaz. Örgütün örneğin bir terör saldırısını üstlenme yönündeki açıklamasını yayımlamak, basın (haber verme) özgürlüğü çerçevesinde ele alınması gereken bir husustur. Söz konusu suç bakımından önemli olan, terörizmin ve terör örgütünün propagandası mahiyeti taşıyan içerikteki “bildiri veya açıklamalarını”n basılması veya yayımlanmasıdır.

İçeriği propaganda mahiyeti taşıyan “terör örgütünün bildiri veya açıklamalarını” basmak, m. 7, f. 2’de tanımlanan propaganda suçu bakımından bir *hazırlık hareketidir*. Bu yönü itibarıyla söz konusu suç tanımında bir sorun bulunmamaktadır. Buna karşılık, içeriği propaganda mahiyeti taşıyan “terör örgütünün bildiri veya açıklamalarını” yayımlamak, aynı zamanda m. 7, f. 2’de tanımlanan suçun nitelikli unsurunu oluşturmaktadır. Bu yönü itibarıyla 3713 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki suç tanımı ile 7. maddesinin ikinci fıkrasındaki suç tanımı arasında bir mükerrerlik²⁹ ve özellikle nitelikli

2002/5625).

²⁸ Bu konuda ayrıntılı tespit ve değerlendirmeler için bkz. Yargıtay CGK, 29.4.2008, E. 2007/8-244, K. 2008/92.

²⁹ “Terör örgütü PKK’nın amacı ve stratejisi doğrultusunda silahlı eylemlerde bulunan ve Halk Savunma Güçleri (HPG) olarak adlandırılan yapılanmanın ana karargah komutanı sıfatıyla konuşan kişinin ‘*Gabar Dağı kürt halkının gururu, iftiharıdır. Gabar Dağı yiğitlerin yeridir, öyle bir dağ ki Türk Ordusu on binlerce askerini oraya yığmasına rağmen hükmedemiyor, her gün ağır kayıplar veriyor. Gabar’da eylem yapan grubumuzu selamlıyoruz. Tüm Kürdistan dağları, Ağrı’dan Munzur’a, Siser’e, Andok’a kadar hepsi halkımızın*”

unsur bakımından **çelişki**³⁰ bulunmaktadır.³¹

Ashında bu çelişkili durum, Alman Ceza Kanununda da mevcuttur.

Avrupa Birliği Konseyinin 13.06.2002 tarihli ve **2002/475/JI** sayılı Terörizmle Mücadele **Çerçeve Kararı**³² ile üye devletler arasında terör suçlarının diğer suçlarla ilişkisine, terör örgütüne, terör suçlarından dolayı sorumluluğa ve bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin kanuni düzenlemelerde **yeknesaklığı sağlamak** amaçlanmıştır. Bu karar doğrultusunda Alman Ceza Kanununda yapılan 22.8.2002 tarihli değişiklikle³³ Kanunun terör örgütüne ilişkin hükümlerinin yabancı terör örgütleriyle ilgili olarak da uygulanmasını sağlamak amacıyla Kanuna § 129b eklenmiştir. Keza Alman Ceza Kanununda yapılan 22.12.2003 tarihli değişiklikle³⁴ **Avrupa Birliği Konseyinin** söz konusu **2002/475/JI** sayılı **Çerçeve Kararı** hükümleri dikkate alınarak Alman Ceza Kanununun terör örgütü ile ilgili hükümlerine ilişkin § 129a yeniden düzenlenmiştir.³⁵

umudunun yükseldiği yerlerdir., ‘Bahardan beri binlerce askerin bulunduğu taburların konuşlandığı bir yerde bu eylem oldu. Bu eylem bir kez daha gösterdi ki Türk Devletinin yaptığı propagandanın hepsi yalan, gerilla güçleri ne zaman nasıl ve hangi koşullarda olursa olsun Türk Ordusuna darbe vurabilir. Bu eylem askeri anlamda bunu gösterdi.’ biçimindeki açıklamalarının açıklamayı yapan kişinin ideolojik ve örgütsel konumu da dikkate alındığında PKK terör örgütünün amaçları doğrultusunda kullandığı şiddeti, silahlı çatışmayı özendirici ve teşvik edici nitelikte olduğu, bu açıklamalara ana karargah komutanı olarak adlandırılan kişinin fotoğrafı ile birlikte ulusal çapta yayın yapan bir gazetede yer verilmesinin 3713 sayılı Kanunun 6/2. maddesinde düzenlenen terör örgütü açıklamasını yayınlamak suçunu oluşturacağı anlaşılmıştır: Yargıtay 9. CD, **3.1.2012**, E. 2010/1679, K. 2012/140. Ayrıca bkz. ÖZBEK, Terör Örgütünün Propagandası Suçu, sh. 93 vd.

³⁰ Bkz. Yargıtay 9. CD, **10.6.2014**, E. 2013/14755, K. 2014/7125; Yargıtay 9. CD, **23.9.2008**, E. 2008/5842, K. 2008/10214.

³¹ 2006 yılında görev yaptığım 5532 sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları sürecinde 3713 s. Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasının bu mülahazalarla yürürlükten kaldırılması yönünde yoğun çaba göstermiş olmama rağmen, bu çabalarımın başarılı olamadım. Bkz. ÖZGENÇ, *İzzet: Terörle Mücadele Kanunu*, Ankara, Eylül 2006, sh. 43 vd.; YILDIRIM, Terör Örgütünün Propagandası Suçu, 2. bası, sh. 249.

³² Official Journal of the European Union / Amtsblatt der Europäischen Union, 22.6.2002, L 164/3.

³³ “34. Strafrechtsänderungsgesetz”: BGBl I, 2002, sh. 3390. Ayrıca bkz. Deutscher Bundestag – 14. Wahlperiode – Drucksache 14/7025, Gesetzentwurf, 04.10.2001; Deutscher Bundestag – 14. Wahlperiode – Drucksache 14/8893, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), 24.04.2002.

³⁴ BGBl I, 2003, sh. 2836. Ayrıca bkz. Deutscher Bundestag – 15. Wahlperiode – Drucksache 15/813, Gesetzentwurf, 08.04.2003; Deutscher Bundestag – 15. Wahlperiode – Drucksache 15/1730, Beschluss und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), 15.10.2003.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Terörizm Suçlarıyla İlgili Karşılaştırmalı Çalışma Raporu**,

Bu değişiklikle, **Alman Ceza Kanununda, terör örgütünün desteklenmesi suçunun** (§ 129a, f. 5, birinci cümle) yanı sıra, **terör örgütüne üye veya destekçi temini çabasında bulunma suçu** tanımlanmıştır (Alman CK, § 129a, f. 5, ikinci cümle; ayrıca bkz. § 129, f. 1, ikinci cümle). Bu itibarla, terör örgütüne üye veya destekçi teminine **çabalamak, gayret etmek** (“werben”) fiili, suç oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre, terör örgütüne veya örgütün ideolojisine sempati duyulmasına yönelik açıklamalar, artık suç oluşturmamaktadır.³⁶ Bu suçun oluşabilmesi için, örgüte üye olmayan bir kişiyi örgütle organik bağlantı kurmaya doğrudan teşvik etmek ve bu suretle, örgütün faaliyeti çerçevesinde planlanan suçların işlenmesini kolaylaştırmak, örgütün faaliyet ve hedefine ulaşma kabiliyetine pozitif bir katkı sağlamak, örgütün tehlikeliliğini tahkim etmek gerekir.³⁷

Fakat belirtmek gerekir ki, 3713 s. K, m. 7, f. 2, son cümle düzenlemesine benzer hükümler de Alman CK, § 86 ve § 86a’da yer almaktadır. Bu hükümlere göre, yasaklanmış olan bir örgütün propaganda araçlarını, tanıtım işaretlerini üretmek, bulundurmamak, dağıtmak, kamuya açık olarak gösterime sunmak suç oluşturmaktadır.³⁸ Dikkat edilmelidir ki, bu suçun oluşabilmesi için söz konusu propaganda araçlarının içeriğinin herhangi bir somut suçla ilgisinin olmasına gerek bulunmamaktadır.³⁹

III. 3713 s. Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanunla (m. 8) değişiklik yapılarak, fıkra metninin birinci cümlesi,

“Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmaya teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”

şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak 3713 s.

25.03.2019, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK-CE-MER) yayını, sh. 3 vd.

³⁶ Münchener Kommentar zum StGB (Schäfer), § 129, kn. 96.

³⁷ BGH, Urteil vom 2.4. 2015, 3 StR 197/14, kn. 13, 14; BGH, Urteil vom 14.8.2009, 3 StR 552/08, kn. 138-141.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Terörizm Suçlarıyla İlgili Karşılaştırmalı Çalışma Raporu, 25.03.2019**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK/CE-MER) yayını (Editörler: Prof. Dr. İzzet Özgenç, Prof. Dr. Cumhur Şahin, Prof. Dr. İlhan Üzülmöz), Ankara, 2019, sh. 3 vd.

³⁹ BGH, Urteil vom 31.7. 2002, 3 StR 495/1, kn. 16 vd.

Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında da değişiklik yapılmıştır. Buna göre;

“Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayımlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu düzenlemeye göre, terör örgütünün, faaliyeti çerçevesinde işlenen cebir, şiddet veya tehdit içeren fiillerden ve genel olarak suçlardan bahsetmeksizin, güttüğü siyasi, sosyal ve ekonomik amaçların müzakere edilmesi bağlamında Devlet tarafından muhatap alınması gerektiğini savunmak, bu yönde yayın yapmak suç oluşturmayacaktır.

Bu düzenleme ile, PKK'nin bir terör örgütü olmaktan çıkarılıp, güttüğü siyasi, sosyal ve ekonomik amaçlar itibarıyla Devlet tarafından muhatap alınmasının ve süreç içinde “meşruiyeti” konusunda izlenim oluşturulmaya çalışılan “taraf” statüsüne kavuşturulmasının yolu açılmış olmaktadır.

Ancak bu düzenlemede, terör örgütünün propagandası suçunun tanımlandığı 7. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi ile sonucu cümlesi arasında **bilinçli** olarak bir **çelişki** oluşturulmuştur. Zira 6459 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısının müzakereleri sırasında bu çelişkili durumla ilgili olarak tarafımdan ilgili siyasiler bilgilendirilmiş olmasına rağmen, kayıtsız kalınarak Tasarı metninin kanunlaşması sağlanmıştır. Bu çelişkili düzenleme karşısında, “*cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek*” herhangi bir ifade kullanılmasa bile, örneğin terör örgütü lehine slogan atılması, terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin teşhir edilmesi suç olmaya devam etmektedir.⁴⁰

Öncelikle belirtmek gerekir ki, doğru olmadığı izahtan vareste olan bu değişiklik, malum “çözüm süreci”nin bir “gereği” olarak yapılmıştır. Bu süreçte, malum terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen pek çok suç olgusu Devlet güçleri tarafından görmezlikten gelinmiş ve terör örgütünün palazlanması sağlanmıştır. PKK terörünü sonlandırmak amacıyla başlatılan malum “çözüm süreci”nde çıkarılan 10.7.2014 tarihli ve 6551 sayılı “***Terörün Sona Erdirilmesi ve Toplumsal Bütünleşmenin Güçlendirilmesine Dair***

⁴⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, 3713 s. K, m. 7, f. 3’de tanımlanan fiillerin, terör örgütünün propagandası suçu ile ilişkilendirilmesi doğru olmamıştır. Örneğin düzenlenen bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne kişinin kimliği tespit edilemeyecek şekilde yüzünü kapatarak katılmasının, 2911 sayılı Kanunda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzeni ile ilgili bir suç veya kabahat olarak tanımlanması gerekirdi.

Kanun”la Hükûmete;

“a) Terörün sona erdirilmesi ve toplumsal bütünleşmenin güçlendirilmesine yönelik siyasi, hukuki, sosyoekonomik, psikolojik, kültür, insan hakları, güvenlik ve silahsızlandırma alanlarında ve bunlarla bağlantılı konularda atılabilecek adımları belirle(mek;)

b) Gerekli görülmesi hâlinde, yurt içindeki ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlarla temas, diyalog, görüşme ve benzeri çalışmalar yapılmasına karar ver(mek) ve bu çalışmaları gerçekleştirecek kişi, kurum veya kuruluşları görevlendir(mek;)

c) Silah bırakan örgüt mensuplarının eve dönüşleri ile sosyal yaşama katılım ve uyumlarının temini için gerekli tedbirleri al(mak)”

hususlarında yetki verilmiştir (m. 2, f. 1). Yine söz konusu Kanununun 4. maddesinde, **bu çerçevede verilen “görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari veya cezai sorumluluğu doğmaz”** hükmüne yer verilmiştir (f. 2).

Buna göre, malum “çözüm süreci”nde, giydikleri üniforma görüntüsü arz eden kıyafetler ve hatta üzerlerinde taşıdıkları silahlar itibarıyla PKK terör örgütünün mensubu oldukları açıkça anlaşılan kişilerin, yurt dışına çıkmakta oldukları gerekçesiyle yakalanmaması yönünde talimat veren ve bu talimata uyararak, suçüstü haline rağmen, bu kişileri yakalamaktan sarfinazar eden kamu görevlileri **ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamayacaklardır!**

Amaç itibarıyla olmasa bile, izlenen yöntem itibarıyla hukuka aykırı olan bu sürecin oluşturduğu siyasi atmosferde PKK terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde düzenlenen hukuka aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında taşınan pankartlar ve atılan sloganlar içerikleri itibarıyla suç oluşturmasına rağmen, mülki amirler ve kolluk görevlileri tarafından bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılanlar gerektiğinde zor kullanılarak dağıtılmamıştır.

Ancak, malum çözüm sürecinde palazlanan terör örgütünün 2015 yılında başlattığı silahlı **başkaldırı** hareketi ve bu başkaldırının bastırılması amacına yönelik olarak güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonlar sonrasında, terörizmin ve terör örgütünün propagandası mahiyeti taşıyan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine karşı müsamahadan tamamen vazgeçilmiş ve Terörle Mücadele Kanunu, m. 7, f. 2’de 6459 sayılı Kanunla yapılan söz konusu değişiklik, terör örgütünün propagandası suçu bakımından dikkate alınmamaya başlanmıştır.

IV. Aşağıda inceleme konusu yapmış bulunduğumuz Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları, malum “çözüm süreci”nde işlenen terörizmin ve terör örgütünün propagandası fiilleriyle ilgilidir.

Birinci Karar: Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, **6.2.2020** tarihli ve E. 2016/729, K. 2020/67 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; Türkiye’de hukuki varlığı devam eden ve faaliyette bulunan bir siyasi partinin ilçe teşkilatı tarafından organize edilen yerel seçim etkinlikleri çerçevesinde düzenlenmiş olan 28.3.2014 tarihli açık hava toplantısına “*devrim şehitleri*”ne bir dakikalık saygı duruşu ile başlanır ve toplantı sırasında, “*şehit namurın*”, “*biji serok Apo*”, “*dişe diş kana kan seninleyiz Öcalan*”, “*jin jıyan azadî*” ve “*faşizme karşı omuz omuza*” şeklinde sloganlar atılır; Abdullah Öcalan’ın posterleri ve PKK’nin Suriye kanadı olan PYD’nin silahlı gücü YPG’nin (Yekiyenen Parastina Gel) flaması açılır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu olayda, aşağıdaki gerekçe ile, terör örgütünün propagandası suçunun oluştuğunu oyçokluğuyla kabul etmiştir:

“3713 sayılı Kanun’un 7. maddesinin 2. fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için eylemin terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiş olup fıkranın son cümlesinde “Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır” şeklindeki düzenlemeyle; **toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşme dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde; örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması, slogan atılması, ses cihazları ile yayın yapılması, terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi de bu fıkranın (b) bendinde maddeler hâlinde belirtilmiş olup yasa koyucu bu bentteki eylemleri gerçekleştiren sanığın cezalandırılabilmesi açısından Kanun’un 7. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen unsurları aramamış yalnızca ceza atfı amacıyla bir düzenleme yapmıştır. Sanığın eylemi, örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmamakla birlikte Kanunda yer almayan bir gerekçeyle unsur olarak aranamayacağı ve sanığın eyleminin hukuka uygun kabul edilmesinin toplum açısından meydana getireceği yakın tehlike**

de gözetildiğinde, sanığın PKK silahlı terör örgütüne ait bayrağı taşınmaktan ibaret eyleminin silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı, aşağıdaki gerekçe ile bu karara katılmamıştır:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **şiddeti teşvik ve tahrik edici nitelikte olmayan silahlı terör örgütüyle ilgili propagandayı** istikrarlı bir şekilde **ifade özgürlüğü kapsamında** değerlendirilmesi üzerine bu kararlara uyum sağlama amacıyla 3713 sayılı Yasa’nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik ile her türlü terör örgütü propaganda suçuna; **terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermek veya övmek ya da teşvik etmek unsurunu** ilave etmiştir. Aynı fıkranın son cümlesinde “*Aşağıdaki fiil ve davranışlarda bu fıkra hükmüne göre cezalandırılır*” şeklinde yapılan atıfla b bendinde sayılan fiil ve davranışlara hem ceza hem de unsur atfında bulunulmuştur. Diğer bir ifadeyle silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılabilmek için b bendinde belirtilen eylemlerin aynı zamanda **örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermesi veya övmesi ya da teşvik etmesi gerekir**. Sözü edilen bu unsurları aramamak yasa değişikliğinin amacına da aykırıdır. Sözü edilen (b) fıkrasında sayılan fiillerde şiddeti meşru gösterme, övme veya teşvik etme özelliklerini aramadığımız takdirde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince sözleşme kapsamında ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirilen bir eylemi cezalandırmış oluruz. Bu da suçun genel unsurları içerisinde yer alan hukuka aykırılık unsurunu göz ardı etmek, kullanılan bir hakkı suç sayıp cezalandırmak demektir.

Somut olayda sanığın PKK silahlı terör örgütüne ait **bayrağı** açmaktan ibaret eylemi her ne kadar 3713 sayılı Kanun’un 7 maddesinin ikinci fıkrasının (b) başlığının 1. alt bendi kapsamında ‘örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması’ kapsamında kabul edilse de Kanun’un 7. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte bulunmadığından silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı kanaatinde”yim.

İkinci Karar: Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **18.2.2020** tarihli ve E.

2016/1140, K. 2020/110 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; yapılan çağrılar üzerine 1.9.2012 tarihinde gerçekleştirilen toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapıldığı alanda kurulu bulunan platformun çevresinde açıkça görünebilirliği sağlanacak büyüklükte “*Bir Eylül Onurlu Bir B. İçin Demokratik Çözüm ve Müzakere*”, “*Askeri ve Siyasi Operasyonlar Durdurulsun*” ibareli pankartlar asılır; meydana toplanan grup tarafından Abdullah Öcalan’ın posterleri açılır; PKK’nin sembolü olan işaretleri taşıyan pankartlar taşınır; “*Biji Serok Apo*” (Yaşasın Başkan Apo), “*Canımızla Kanımızla Seninle Ey Başkan*” şeklinde Abdullah Öcalan’ı öven, Abdullah Öcalan’a bağlılığı ifade eden sloganlar atılır; terör örgütünü övücü mahiyette sloganlar atılır ve marşlar söylenir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu olayda, yukarıda iktibas edilen birinci Karardaki gerekçe ile, terör örgütünün propagandası suçunun oluştuğunu oyçokluğuyla kabul etmiştir.⁴¹

⁴¹ Aynı yönde diğer bir karar için bkz. Yargıtay CGK, **18.2.2020**, E. 2017/384, K. 2020/111.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **18.6.2020** tarihli ve E. 2017/600, K. 2020/306 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; Adana Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan davanın duruşmasında, haklarında terör örgütü üyeliği ve sair suçlardan dolayı verilen mahkumiyet hükmünün açıklanması üzerine, bütün sanıklar duruşma salonunda “*Biji serok Apo*” şeklinde slogan atarlar.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu “olayda, duruşma salonunda, sanıkların topluluğa hitaben “*Biji serok Apo*” şeklinde söyledikleri sözlerin her ne kadar 3713 sayılı Kanun’un 7 maddesinin ikinci fıkrasının (b) başlığının 2. alt bendi kapsamında “*terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde slogan atılması*” şeklinde kabul edilse de ifadenin gerek içeriği gerekse açıklandığı ortam gözetildiğinde; ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek sanıklara atılı silahlı **terör örgütünün propagandasını yapma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı** yönünde içtihatla bulunmuştur.

Belirtmek gerekir ki, karara konu teşkil eden olayda, kişiler terör örgütü üyeliğinden ve sair suçlardan dolayı haklarında verilen **mahkumiyet hükmünün açıklandığı sırada, bir tepki olarak**, bu sloganı atmışlardır. Atılan bu sloganla kişiler, haklarında verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasına rağmen, işledikleri suçlardan dolayı pişmanlık duymadıklarını ve terör örgütüne bağlılıklarının devam ettiğini beyan etmişlerdir. Bu karar, sonuç itibarıyla doğrudur. Ancak, gerekçesi itibarıyla tutarsızdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçu, bir amaç suçtur, yani muhatabı etkilemek, terör örgütünün ve faaliyetlerinin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusunda muhatap nezdinde bir kanaat oluşturmak amacıyla işlenir. Oysa, kişiler sanık olarak yargılanmakta oldukları mahkeme salonunda “*Biji serok Apo*” şeklinde slogan atarken, haklarında verilmiş olan mahkumiyet hükmüne tepki gösterdiklerini, işledikleri suçtan dolayı pişmanlık duymadıklarını beyan etmiş olmaktadır. Sanıklar bakımından bu tür fiillerin münhasıran duruşma disiplininin bozulması çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Kararda, “*ifadelerin açıklandığı ortam*”dan bahisle propaganda suçunun oluşmadığı yönündeki gerekçe, tutarsızlıkla maluldür (Aynı yöndeki gerekçe için ayrıca bkz. Yargıtay CGK, **23.6.2020**, E. 2017/943, K. 2020/311). Bir başka kararda da “devletin birliğini ve ülkenin bütünlüğünü bozmak suçundan” dolayı haklarında kurulan mahkumiyet hükmüne tepki olarak sanıkların “*Biji serok*

Üçüncü Karar: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **11.6.2020** tarihli ve E. 2016/1159, K. 2020/280 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; Abdullah Öcalan'ın Kenya'da yakalanarak Türkiye'ye getirilmesinin yıl dönümü münasebetiyle 15.2.2012 tarihinde düzenlenen ve aralarında milletvekillerinin, belediye başkanlarının ve belediye meclisi üyelerinin bulunduğu izinsiz toplantıda katılımcılar tarafından, **“Be serok jîyan nabe, PKK halktır halk burada, Kürdistan faşizme mezar olacak, T.C. şaşırma bizi dağa taşırma, T.C.'nin piçleri yıldırılmaz bizleri, Bulanık ovası Apocular yuvası, vur gerilla vur Kürdistanı kur, baskılar bizi yıldırılmaz, gençlik Aponun fedaisidir, geliyor geliyor apocular geliyor, AKP'yi basarız Erdoğan'ı asarız, disa disa serhildan serok'ime öcalan, em kine apo cine”** şeklinde sloganlar atılır; sarı zemin üzerine yeşil-kırmızı yazı ile yazılı **“Ya onurlu bir çözüm ya da görkemli bir direniş”**, siyah bez üzerine beyaz renk yazı ile; **“15 Şubat Uluslararası Soykırım Gününü şiddetle kınıyoruz”**, beyaz, kırmızı, sarı, yeşil ve mor zemin üzerine kırmızı-siyah renk yazı ile **“Ji bo jîyanek bi rumet an azadi an azadi”** şeklinde pankartlar taşınır. Keza bu toplantıda, belediye meclisi üyesi olan S tarafından,

*“Bilgi sahibi olmadığımız ancak tarihi araştırmalar sonucunda farklı halkların yaşadığı bir gerçektir. Bu halklar kendi dönemin egemenleri tarafından soykırımı uğratılmış ve yok edilmişlerdir. 15 Şubat 1923 Lozan Antlaşması bir savaş sürecinin bitirilmesiyle dönemin egemen devletlerarası bir anlaşmayla sonuçlanan tüm hazırlıkların coğrafyamızda oluşacak bir yapılanma Kürtler, Türkler ve diğer halkların varlığı dikkate alınarak planlanmıştır. Lozan'a giden Türk temsilcileri devre dışı bırakılarak bölgemizde sağlanacak bir barışın önüne geçmişlerdir. 15 Şubat 1925 Şeyh Said isyanı ile bu Cumhuriyet Kürtlerin ve Türklerin Cumhuriyetidir sözü yerine getirilmediği için önce isyanlar sonrası katliamlar başlamıştır. Birkaç örnek vermek gerekirse Dersim, Ağrı, Zilan, Koçgiri ve daha niceleri 15 Şubat 1999 tarihinde Kürt halk önderi sayın Öcalan'ın uluslararası bir komployla **esir** alınması ve bugüne kadar Kürtlere uygulanan katliamların devamında çıkar sağlayan emperyalistlerin planlamasıdır. Onun içindir ki bunu herkes uluslararası bir komplo olarak görür. Bugünkü Orta Doğuda var olan çıkar savaşları*

apo” şeklinde slogan atması fiilinin, *“olayın meydana geldiği yer ve muhatap kitle de”* dikkate alınarak propaganda suçunu oluşmadığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur: Yargıtay 16. CD, **29.9.2016**, E. 2016/1297, K. 2016/4872. Ayrıca bkz. Yargıtay 16. CD, **19.12.2016**, E. 2016/3839, K. 2016/7571; Yargıtay 16. CD, **28.2.2017**, E. 2017/304, K. 2017/937; Yargıtay 16. CD, **15.6.2017**, E. 2017/1334, K. 2017/4470.

apaçık ortadadır. Orta Doğudaki tehlikeli gidişatları bilen Öcalan Orta Doğu için antiemperyalist demokratik Orta Doğu Halklar Federasyonu oluşturmasının bir zorunluluk olduğunu defalarca belirtmesi gerek bölgemizde gerekse Orta Doğuda... ..Bu çözümlülüğü bölge halklarına fayda sağlayamadığı gibi dünyada da fayda sağlayamayacaktır. Kürt sorununun çözümünün tek muhatabı PKK ve O'nun önderliğidir. 15 Şubat 1999 uluslararası komploda yer alan tüm devletleri kınıyor karşı durumumuzu tüm halkımıza beyan ediyoruz”

şeklindeki bildiri metni okunur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gösteri yürüyüşüne katılan ve toplantıda bu bildiriye alenen okuyan belediye meclisi üyesi S'nin fiilinin **terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmadığına** karar vermiştir.

Dördüncü Karar: Anayasa Mahkemesinin **3.10.2019** tarihli ve 2018/38143 Bireysel Başvuru sayılı kararına⁴² konu teşkil eden olayda; X, bir siyasi parti il teşkilatının 17.3.2013 tarihinde düzenlediği açık hava toplantısında, aşağıdaki içerikte bir konuşma yapar:

*“Merhaba. Çewane (nasılsınız) halkım hoş geldiniz. Nevroz piroz be (nevruzunuz kutlu olsun). Size **Kürt halk önderi sayın Öcalan**’ın selamını getirdim. Bu soğuk havada güneş gibi içimizi ısıtsın diye sayın Öcalan’ın selam gönderdiği siz evlatlarımızın **kardeşlerimizin selamını** getirdim. Selam olsun.*

Halkların Demokratik Kongresi adına burayı dolduran bugüne kadar bütün mücadele alanlarında olduğu gibi bu alanı da dolduran, bütün temsiliyetlere, bütün HDK bileşenlerine, halkların temsilcilerine selam olsun. Hoşgeldiniz, Newrozunuz kutlu olsun. Barışa vesile olsun.

*Yoldaşlar, yeni bir sürece başlıyoruz. Bu, adına **barış** masası diyorlar, ama **masada kotarılan bir şey değildir**. Bu yeryüzüne ve gökyüzüne bütün Türkiye halklarının, başta Kürt halkı olmak üzere, Ermenilerin, Süryanilerin, Kafkas halklarının, Çerkezlerin mücadelesi ile yeryüzüne ve gökyüzüne yazıldı bu, masalarda kotarılmadı. Bu barış, başta Kürt halkı olmak üzere emekçiler, mazlumlar olmak üzer hepinizin eseridir. Barışınız da kutlu olsun.*

*Biz de HDK olarak **Kürdistan**’da onun **onurlu evlatlarıyla onur***

⁴² “Sırrı Süreyya Önder Başvurusu”, RG: 8 Ekim 2019/30902.

duyuyoruz.

*Yoldaşlar, çok değil, bundan 1 sene önce yine bu alanlardaydık, yine elimizde ve kalbimizde barış iradesi ile gelmiştik, bu alana sokulmadık. O gün de barış diyorduk, bugün de barış diyoruz, yarın da barış diyeceğiz. İşte halkların iradesi, işte yan yana durmanın erdemi ve kararlılığının eseri budur. Ne oldu, geçen yıl bu meydana almadılar, giremedik mi, girdik. İşte **barış masaların değil**, bu inadin bu iradenin sonucudur. Onun için barış size kutlu olsun, onun için bize kutlu olsun.*

*Biz, biz bir **mücadelenin** sonuna gelmedik, bir mücadele bitmiş değil. Biz bir mücadelenin en acı bölümünün sonuna geldik, en yakıcı bölümünün, **ölümlü kanlı bölümünün** sonuna geldik. Bundan sonrası artık yeni Türkiye'yi bütün halklarla birlikte inşa etmenin zamanıdır. Tam bir demokrasi ile emekçisi ile ezilenleri ile mazlumlarıyla bu mücadelemiz ta ki tüm halkların, tüm ezilenlerin kurtuluşuna kadar devam edecek. Ama, artık bu hikayenin, ki anlatılan bizim hikayemizdir, sizin hikayenizdir. Acıklı bölümün acılı bölümün sonuna geldik. Peki ne pahasına? Bu halk, siz bizi **öldürmekten** yorulacağınız güne kadar direneceğiz dedi, biz yorulmayacağız, biz direneceğiz dedi. İşte sonucu bu.*

*Biz, siz bizi kabristanla mı korkutuyorsunuz? Biz o kabristanı gülistan ederiz dedi, **ölerek** bu barışı getirdi. Siz, bizi zindanlarla mı korkutuyorsunuz; biz o zindanları bir mücadele alanı, bir Newroz alanı, 1 Mayıs alanı yaparız, yine getiririz dedi. İşte bu barış onun eseridir. Onun için de kıymetini en çok bizler bileceğiz, en çok sizler bileceksiniz, bütün Türkiye halkları bilecek. Bütün ezilenler bilecek. Dolayısıyla, bu barış iradesini, güvercin kasaplarının eline boğdurtmayacağız, boğdurtmayacağız.*

***Sayın Öcalan**, hepimize iletilmek üzere dedi ki; ne eskisi gibi **savaşacağız**, ne eskisi gibi yaşayacağız. Bütün halklar, Türkiye halkları özgürleşene kadar, tam demokratik bir ortamda yaşayana kadar da **mücadelemiz**, barış azmimiz ve irademiz devam edecek dedi. Biz de bu iradeyi HDK olarak bu iradeyi güçlendireceğiz, bu iradenin yanında olacağız, bugüne kadar nasıl bu mücadelenin kavgasını verdiysek, bundan sonra da barış iradesini yere düşürmemek için bundan sonra da ne gerekiyorsa hep birlikte yan yana, omuz omuza yapacağız. Bu irademizi bir kez daha sizinle birlikte haykırmak istiyorum.*

'Biji biratiya gelan, yaşasın halkların kardeşliği, yaşasın barış.'

Yoldaşlar, genel başkanımız (Y de) burada. Ben HDK adına hepinizi tekrar selamlıyorum. Esas konuşmayı sayın eş genel başkanımız yapacak. Ben sadece, hem HDK adına hem sayın Öcalan'ın ve onun yoldaşlarının selamını iletme üzere çıktım.

Hep birlikte haykıralım; An serkeftin an serkeftin. An azadi an azadi. Yaşasın barış, Newroz piroz be! Hepinizi saygıyla sevgiyle selamlıyorum. Hoşçakalın doştça kalın.”

Bu konuşması dolayısıyla X hakkında kamu davası açılır.

Yapılan yargılama sonucunda X aşağıdaki gerekçe ile terör örgütünün propagandası suçunu işlediği kabul edilerek, 3713 s. Kanun, m. 7, f. 2 hükümlerine istinaden 3 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum edilir.

*“3713 sayılı Yasanın 6459 sayılı Yasayla değişik 7/2 maddesinde terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. AİHM'nin fikir hürriyeti konusunda sözleşmenin 10. maddesiyle ilgili verdiği kararlar da bu maddeyle aynı yöndedir. Bu madde ile bilinmesi gereken önemli bir husus, propaganda kabul edilen eylemin bizzat kendisinin şiddet içerikli olması, nefret, cebir ya da tehdit içermesi gerekmediğidir. Propaganda olan eylemin kendisi şiddet, nefret, tehdit veya cebir içerikli olması ve terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde olması halinde bu madde gereğince suç oluşur... Kaldı ki, terör örgütünün şiddet içerikli eylemlerini öven, meşru gösteren veya teşvik eden eylemler bu haliyle zaten şiddeti teşvik eder hale gelir. Örneğin, ‘**PKK'nun yapmış olduğu eylemleri destekliyoruz.**’ şeklinde atılan bir sloganda kullanılan kelimelerin hiçbiri şiddeti çağrıştırmamaktadır. Ancak cümle bir bütün halinde değerlendirildiğinde bölücü terör örgütü PKK'nın eylemlerinin desteklendiği ve şiddeti övücü nitelikte olduğu sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla bu suç için önemli olan propaganda teşkil eden eylemin, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermesi veya övmesi ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik etmesidir. Bu bir slogan şeklinde olabileceği gibi, pankart taşımak, şarkı söylemek, basın açıklaması yazmak, yazı yazmak, resim çizmek gibi çok çeşitli şekillerde olabilir. AİHM verdiği kararlarda özellikle nefret içerikli*

hiçbir eylemin AİHS 10. maddesi kapsamında korunmayacağını özellikle belirtmektedir. Yine şiddet çağrısı, silahlı ayaklanma çağrısı, isyan çağrısı içeren eylemler de 10. maddenin korumasından yararlanmaz ...

AİHM'egöre ağır eleştiri söz konusu olduğu durumlar ile şiddet çağrısının birbirinden ayrılması gerekir. Mahkemenin özellikle üzerinde durduğu husus, eylemin şiddeti övmesi, teşvik etmesi veya meşru göstermesidir. Hatta mahkeme, Karataş-Türkiye kararında şiirde geçen şiddet içerikli ifadeleri sanatsal özgürlük nedeniyle korunması gerektiğini belirtmiştir. Buna ilişkin diğer bir örnek Arslan-Türkiye kararıdır. Yine Gül ve Diğerleri-Türkiye kararında, yasal bir toplantıda atılan basmakalıp sol sloganların şiddet içerseler bile fikir hürriyeti bağlamında korunması gerektiğini belirtmiştir. Sürek 3- Türkiye davasında ise mahkemeye göre, başvuruçunun makalesinde Türkiye'nin bir bölümünü Kürdistan olarak nitelemesinde ve burası ile ilgili ulusal bir bağımsızlıktan bahsetmesi tek başına müdahaleyi haklı kılmaz, ancak aynı maddede kullanılan topyekun bir bağımsızlık mücadelesi istiyoruz TC güçlerine karşı yöneltilmiş bir savaş gibi sözlerin kendisini PKK ile özdeşleştirdiği ve bağımsızlığı gerçekleştirmek için silahlı güç kullanmaya teşvik ettiği için fikir hürriyeti kapsamında değerlendirilemez.

*Bütün bu hususlar bir bütün halinde değerlendirildiğinde, **bir eylemin terör propagandası olarak nitelendirilip cezalandırılması için mutlak surette şiddete veya silahlı direnişe ya da isyana teşvik ediyor olması, terör örgütünün varsa bu tarz eylemlerinin övülmesi ya da meşru gösterilmesi gerekir.** Ağır eleştiri sınırında kalan, siyasi nitelikli söylemlerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca şiddet içerseler bile sanatsal faaliyetlerin daha özel olarak değerlendirilmesi ve AİHS'nin 10. maddesinin bu durumlarda daha geniş yorumlanması gerekir. Kanun maddesinde her ne kadar cebir, tehdit ve şiddet ayrı ayrı belirtmiş, AİHM kararlarında ise şiddet olgusu üzerinde durulmuş ise de; cebir ve tehdit zaten şiddetin bir parçası olduklarından AİHM kararlarında belirtilen şiddet olgusunun tehdit ve cebiri de içerdiği kabul edilmelidir.*

... kararımızda PKK'nın bir terör örgütü olduğu kabul edilerek bu konuda ayrıntıya yer verilmeyecektir. Yine Öcalan'ın bu örgütün lideri olması nedeniyle birçok kişinin ölümünden sorumlu tutulduğu, yargılandığı ve bu nedenle ceza aldığı ve cezasının kesinleştiği sabittir...

...Sanıklar X ve Y'nin 17/03/2013 tarihinde ... yapılan nevrüz kutlaması ve miting şeklindeki açık hava toplantısında konuşma yaptıkları, sanık X'in 'Size Kürt halkı önderi sayın **Öcalan'ın selamını getirdim... Bugün de Kürdistan'da onun onurlu evlatlarıyla onur duyuyoruz.**' şeklinde ... sözler söyledikleri sanıkların savunmalarından, dosyada mevcut tutanak ve görüntü kayıtlarından anlaşılmıştır...

Sanık X yönünden yapılan değerlendirmede; sanığın **terör örgütü lideri Öcalan**'ın fotoğrafının asılı bulunduğu sahnede gerçekleştirdiği konuşmasında söylediği 'Size Kürt halkı önderi sayın Öcalan'ın selamını getirdim.... Bugün de Kürdistan'da onun onurlu evlatlarıyla onur duyuyoruz.' şeklindeki sözleri ile **terör örgütü liderini Kürt halkının lideri olarak göstererek terör örgütü PKK'yı ve yöneticisini meşru göstermeye çalışmış**, ülke topraklarının bir bölümünü, terör örgütünün bölücü ideolojisinde yer aldığı şekli ile Kürdistan olarak tabir etmiş ve bu suretle terör örgütünün propagandasını yapmıştır.

Bütün bu nedenlerle, her ne kadar sanıklar suçlamaları kabul etmemiş iseler de, sanıkların, hüküm fıkralarında belirtilen gerekçeler ile birlikte yukarıda belirtildiği gibi, nevrüz kutlaması ve miting şeklindeki açık hava toplantısında yaptıkları konuşmalar sırasında bölücü silahlı terör örgütü **PKK ile yönetici ve üyeleri lehine, terör örgütü PKK'nın kullanmış olduğu şiddet yöntemini meşru gösteren, destekleyen ve öven, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenlik güçlerince yürütülen meşru ve haklı terörle mücadele operasyonları ile ilgili olumsuz bir algı oluşturmaya çalışan** yukarıda yazılı olduğu şekilde **sözler** sarf ederek ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti topraklarının bir kısmını sözde Kürdistan olarak nitelendirerek örgütün bölücü ideolojisini yaymaya ve meşru göstermeye çalışarak TMK'nın 7/2. maddesinde düzenlenen **terör örgütü propagandası suçunu işledikleri** anlaşılmakla, ... cezalandırılmalarına ... karar verilmiştir."

Anayasa Mahkemesi bu olayda, X'in yaptığı açıklamalarla ilgili olarak "şiddete teşvik ettiği kabul edilemez" değerlendirmesinde bulunmuştur.⁴³

⁴³ Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2018/38143 (Sırrı Süreyya Önder) (RG: 8 Ekim 2019/30912), pn. 73.

Bu Kararlara İlişkin Hukuki Değerlendirmelerimiz:

1) Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında taşınan pankartlarda yer alan ifadeler, işaretler ve fotoğraflar ile, atılan sloganlar ve yapılan konuşmalar birbirinden müstakil olarak ele alınıp değerlendirmeye tabi tutulamaz. Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında taşınan pankartlarda yer alan ifadeler, işaretler ve fotoğraflar ile, atılan sloganlar ve yapılan konuşmalar birlikte değerlendirilerek, terör örgütünün propagandası suçunun işlenip işlenmediğini tespit etmek gerekir. Bu itibarla, bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında atılan bir slogan, taşınan bir resim veya pankart müstakilen ele alınıp içeriğinin suç oluşturup oluşturmadığı hususunda bir değerlendirme yapılmamalıdır. Keza, toplantıda yapılan konuşma bir bütün olarak ele alınıp değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.⁴⁴

2) İşlenen fiilin, taşınan pankartın, atılan sloganın içeriğinin suç oluşturup oluşturmaması ile, suç oluşturan propaganda fiillerini işleyen kişilerin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulup tutulmaması gerektiği, bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında işlenen propaganda mahiyetindeki fiillerden dolayı kimlerin sorumlu tutulması gerektiği, birbirinden ayrı hususlardır.

Eğer bir toplantı ve gösteri yürüyüşünde terörizmin ve terör örgütünün propagandası yapılmış ise, ceza hukuku sorumluluğu bakımından bu toplantı ve gösteri yürüyüşünü organize eden kişilerle bu toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan kalabalıkları birbirinden ayırmak gerekir.

Terörizmin ve terör örgütünün propagandasına dönüşen toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan kalabalık içinde yer alan ve özellikle çoğunluğu çocuklardan oluşan kişilerin, **kitle psikolojisinin** etkisiyle hareket ettikleri için, işledikleri fiillerden dolayı sorumluluklarını **kusurluluk** bağlamında ele alıp değerlendirmek gerekir. Başka bir ifadeyle, kalabalığı oluşturan kişilerin bu toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasındaki **davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneklerinin olmadığını** veya **ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmeyecek düzeyde azaldığını** kabul etmek gerekir.

Bu nedenle, terörizmin ve terör örgütünün propagandasına dönüşen toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan kalabalık içinde yer alan ve özellikle çoğunluğu çocuklardan oluşan kişiler hakkında bu toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında işledikleri fiiller dolayısıyla,

⁴⁴ TAŞTAN, CHD, cilt III, sayı 6, Nisan 2008, sh.108.

- açılmış olan davalarda, **kusununun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı,**
- yürütülen soruşturmalarda, yine aynı gerekçe ile kovuşturmaya yer olmadığı,

kararının verilmesi gerekir. Keza, **suç siyaseti** gereğince, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçu ile ilgili olarak cumhuriyet savcılarının kamu davasını açma hususunda takdir yetkisiyle donatılması gerekir. Hatta, terörizmin ve terör örgütünün propagandasına dönüşen toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma konusunda yönlendirilen çocukların, suç siyaseti gereğince, soruşturma işlemlerine dahi tabi tutulmaması gerekir. Belirtilen hususlarda Cumhuriyet savcılarının yetki kullanabilmesini sağlamaya yönelik olarak Ceza Muhakemesi Kanununda gerekli düzenlemelerin yapılmasına büyük ihtiyaç bulunmaktadır.

3) Bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında atılan **“Biji serok Apo”** sloganından veya bu kişiye ait fotoğrafın taşınmasından hareketle, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun işlendiği sonucuna varılamaz.

Kişiler, Abdullah Öcalan’ı bir “lider” olarak kabul etseler bile, adı geçen kişi, mahkûm olduğu **cezasını infaz kurumunda elan çekmekte olan bir hükümlüdür.** İnfaz mevzuatımız hükümleri dikkate alındığında, cezasını infaz kurumunda çekmekte olan bir hükümlünün bir terör örgütüne fiilî liderlik yapması mümkün olmasa gerekir.⁴⁵ Buna rağmen kişi, terör örgütü mensupları tarafından “lider” olarak kabul edilebilir. Bu kabulü salt beyan, terör örgütü üyeliği veya terör örgütünün propagandası suçunun oluşumuna sebebiyet vermez.⁴⁶

Ancak, terör örgütünün ismi zikredilerek ve özellikle faaliyetleri çerçevesinde icra edilen fiillerden bahisle slogan atılması, bu örgütün ve faaliyetlerinin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusunda kişilerde izlenim oluşturma amacını taşımaktadır. Bu içerikte pankart taşınmasıyla, slogan atılmasıyla propaganda suçunun oluşacağında kuşku bulunmamaktadır.⁴⁷

⁴⁵ ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 13. bası, Ankara, Ocak 2020, sh. 61 vd.

⁴⁶ Bkz. Yargıtay 16. CD, **10.7.2017**, E. 2017/830, K. 2017/4745; Yargıtay 16.CD, **18.11.2020**, E. 2018/3952, K. 2020/5667.

⁴⁷ Nitekim, Anayasa Mahkemesi tarafından, *“Türkiye’nin her bölgesinde yaşanan ve yaşanmakta olan ağır şiddet hareketlerinin faili, PKK’nın kurucusu ve söz konusu şiddet eylemlerinin birincil elden sorumlusu olan Abdullah Öcalan’ı politik bir lider ve toplumsal so-*

4) Anayasa Mahkemesinin yukarıda iktibas etmiş bulunduğumuz 3.10.2019 tarihli ve 2018/38143 Bireysel Başvuru sayılı kararında, yapılan “açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ... açıklamada bulunan kişinin **kimliğine**, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine ... bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği” belirtilmiştir.⁴⁸ Yapılan açıklamanın şiddet içerip içermediğinin tespitinde, açıklamayı yapan kişinin kimliğinin dikkate alınması gerektiği yönündeki bu gerekçe, hukukilikten ve bilimsellikten uzaktır. Elbette ki **somut** tehlike suçlarında, **açıklamanın** muhtemel etkilerinin tespiti bağlamında **yapıldığı ortam, yer ve zaman** dikkate alınır.⁴⁹ **Açıklamayı yapan kişinin kimliği, açıklamanın şiddet içerip içermediğinin tespitinde değil, açıklamanın tehlikelilik boyutunun tespitinde dikkate alınabilir.**⁵⁰ Ancak, suç oluşturup oluşturmadığının tespitinde açıklamayı yapan kişinin kimliğinin

runların demokratik yollarla çözümünde meşru bir aktör olarak ilan eden söylemleri terör eylemlerinin failini öven ve dolayısıyla terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yön-temlerine başvurmayı teşvik eden mesajlar olarak değerlendirmemiştir:” Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2018/38143, pn. 64; Anayasa Mahkemesi, **5.11.2020**, BB 2015/15672 (Candar Şafak Dönmez) (RG: 17 Aralık 2020/31337), pn. 67. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, **8.1.2020**, BB 2015/15088 (Mehmet Mihdi Bala) (RG: 17 Mart 2020/31071), pn. 56.

Buna karşılık, “*geniş güvenlik önlemleri altında yapılan toplantıda PKK’nın kurucusu (Abdullah Öcalan’ın) lider olarak benimsendiğine ilişkin sloganlar ile dışa vurulan düşünce açıklamasının zamansal açıdan şiddet tehlikesine neden olduğu değerlendirilmiştir. ... çatışma ortamının bulunduğu bir durumda başka bazı sloganlar yanında PKK terör örgütünün kurucusu ve örgütün eylemlerinin birinci dereceden sorumlusu olan (Abdullah Öcalan’ın) lider olarak gören sloganların atılması ile dışa vurulan düşünce açıklamasının zamansal açıdan şiddet tehlikesine neden olduğu değerlendirilmiştir:*” Anayasa Mahkemesi, **8.1.2020**, BB 2015/15088, pn. 58; Anayasa Mahkemesi, **5.11.2020**, BB 2015/15672, pn. 67.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2018/38143, pn. 67; Anayasa Mahkemesi, **26.7.2019**, BB 2018/17635, pn. 86; Anayasa Mahkemesi, **9.5.2019**, BB 2017/36722 (Ayşe Çelik) (RG: 10 Mayıs 2019/30770), pn. 50; Anayasa Mahkemesi, **24.6.2015**, BB 2013/568 (Ali Gürbüz ve Hasan Bayar) (RG: 13 Ağustos 2015/29444), pn. 64.

Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında, kitap içeriğinin şiddeti teşvik edip etmediğinin tespitine yönelik olarak yapılan değerlendirmede, “*yazarının kimliği*”nin de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir: Anayasa Mahkemesi, **25.6.2014**, BB 2013/409 (Abdullah Öcalan), pn. 100, 101.

⁴⁹ Bkz. AİHM, Sürek/Türkiye Kararı, 8.7.1999.

⁵⁰ Bkz. AİHM, Zana/Türkiye Kararı, 25.11.1997. Ayrıca bkz. ARSLAN, İfade Özgürlüğü, İnkeler ve Türkiye, sh.190 vd.

AİHM bazı kararlarında siyasilerle ve hükümetle ilgili eleştirilerde ifade özgürlüğünün alanının daha geniş olduğunu belirtmektedir: Bkz. AİHM, Şener/Türkiye Kararı, (BB no: 26680/95) 18.7.2000; AİHM, Ceylan/Türkiye Kararı, (BB no: 23556/94) 8.7.1999. Dikkat edilmelidir ki, burada açıklamada bulunan kişinin kimliği değil, eleştiriyi maruz bırakılan kişinin kimliği dikkate alınmıştır. Bu yönü itibarıyla söz konusu içtihatlar doğrudur.

de ölçü alınmasını arayan bu “içtihat”, iyi bir kürsü örneği oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun bir “**somut tehlike suçu**” (!) olduğunu kabul etmektedir.⁵¹ Bu anlayışa göre, bir toplantı ve gösteri yürüyüşünde yapılan açıklamaların içeriği ne olursa olsun, kalabalığın herhangi bir fiili saldırı olmaksızın ve hatta, bir somut saldırı tehlikesi doğmaksızın dağılması halinde, propaganda suçu oluşmayacaktır.⁵² Anayasa Mahkemesinin kararında, terör örgütünün “meşruiyeti” ve verdiği mücadelenin “ulviyeti” yönünde yapılan açıklamanın “*şiddete yol açma potansiyelinin*”⁵³ bulunmadığının hangi ölçütler dikkate alınarak belirleneceği hususu muğlak bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararları verirken, malum 2012 yılı itibarıyla başlatılan “demokratik açılım” veya namı diğer “çözüm süreci”nin oluşturduğu “müsamaha” ve “hoşgörü” ortamından yararlanarak iyice palazlanan terör örgütünün bir başkaldırı hareketi gerçekleştirdiği, bu başkaldırının bastırılması sırasında terör örgütü mensuplarının haricinde, çok sayıda kamu görevlisi ve sivil insanın hayatını kaybettiği, yaralandığı, şehirlerin harabeye döndüğü, insanların göçe zorlandığı vakiaları⁵⁴ göz ardı edilmiştir. Aksine, Anayasa Mahkemesinin kararlarında, söz konusu “*süreçte şiddet ve terör olayları önemli ölçüde azalmış*” olduğu belirtilerek,⁵⁵ sonuçları itibarıyla yanıltıcı bir ifade kullanılmıştır.⁵⁶

Anayasa Mahkemesinin kararına konu teşkil eden olayda, konuşmacının konuşmasında kullandığı “**Kürdistan’da** (Abdullah Öcalan’ın) **onurlu**

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, 5.11.2020, BB 2015/15672, pn. 67; Anayasa Mahkemesi, **9.1.2020**, BB 2015/19280 (Baver Mızrak) (RG: 17 Mart 2020/31071), pn. 47; Anayasa Mahkemesi, **8.1.2020**, BB 2015/15088, pn. 52; Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2018/38143, pn. 64, 80; Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2015/4916 (Meki Katar) (RG: 18 Aralık 2019/30982), pn.5 3; Anayasa Mahkemesi, **26.7.2019**, BB 2018/17635, pn. 84; Anayasa Mahkemesi, **9.5.2019**, BB 2017/36722, pn. 47. Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. TOPÇU, CHD, cilt X, sayı 28, Ağustos 2015, sh.117.

⁵² Bkz. Yargıtay 16. CD, 17.7.2015, E. 2015/2742, K. 2015/2316.

⁵³ Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2018/38143, pn. 80; Anayasa Mahkemesi, **26.7.2019**, BB 2018/17635, pn. 127, b.

⁵⁴ 2015 yılının ortalarından itibaren girilen başkaldırı hareketleri dolayısıyla çıkan karşılıklı silahlı çatışmalar sırasında ölen, yaralanan ve bu çatışmalar dolayısıyla göç etmek zorunda kalan kişi sayılarına ilişkin bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi, **9.5.2019**, BB 2017/36722, pn. 10-13; Anayasa Mahkemesi, **26.7.2019**, BB 2018/17635, pn. 9, 18.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2018/38143, pn. 69, 73.

⁵⁶ Aslında Anayasa Mahkemesi, malum “çözüm süreci”nde PKK’nin Devletin hukuk dışı müsamahasından yararlanarak “*bazı şehirlerde silah ve mühimmat yığınağı yap*”tığını kabul etmektedir: Anayasa Mahkemesi, **26.7.2019**, BB 2018/17635, pn. 9.

evlatları” ifadesiyle PKK’nin faaliyeti çerçevesinde terör eylemlerinde bulunan silahlı kişileri övdüğü kuşkudan uzaktır. Keza konuşmada, malum “*çözüm süreci*”nin, esasında “*masa*”dan önce verilen silahlı mücadelenin bir başarısı olduğu ifade edilmiştir. Konuşmacı bu süreçle, mücadelenin “*ölümlü kanlı bölümünün sonuna*” geldiğini ve fakat mücadelenin henüz sona ermediğini ve devam ettiğini ifade etmiştir. Konuşma içeriğinde, “*savaşmak*”, “*ölmek*”, “*öldürmek*” ifadelerinin kullanılmasından çekinilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin kabullerinin⁵⁷ aksine, konuşmacı bütün bu anlatımlarıyla, açıkça ismini zikretmemiş olmakla birlikte, PKK terör örgütünün bir halkın bağımsızlık ve özgürlük savaşı verdiği kanaatini dile getirmiştir.⁵⁸

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2018/38143, pn. 75, 79, 81, 82.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin, **26.7.2019** tarihli ve 2018/17635 bireysel başvuru sayılı kararına konu teşkil eden olayda, çeşitli kişiler tarafından imzalanan **11 Ocak 2016** tarihli bildiri metninde, Türkiye’de terörü sona erdirmeye yönelik olarak ve fakat, hukuki temeli olmayan yöntemlerle başlatılan malum “*çözüm süreci*”nin oluşturduğu ortamdan yararlanılarak başlatılan terör eylemlerinin önlenmesi amacıyla güvenlik görevlileri tarafından gerçekleştirilen uygulamaların eleştirisine yer verilmiştir. Bu eleştiriler kapsamında, güvenlik görevlileri tarafından gerçekleştirilen uygulamalarla ilgili olarak “*kasıtlı ve planlı kıyım*” ve “*katliam*” gibi ibareler kullanılmıştır.

Bu eleştiriler kapsamında dile getiriler güvenlik görevlilerine ve dolayısıyla Devlete izafe edilen uygulamaların gerçeklikle bağdaşıp bağdaşmadığına bakılmaksızın; bunların salt eleştiri konusu yapılması ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez. Bu eleştiriler bağlamında kullanılan ifadeler mübalağalı da olsa ve hatta, “*kasıtlı ve planlı kıyım*” ve “*katliam*” gibi ibareler kullanılmış olsa bile, salt bu nedenle ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilemez. Bu eleştiriler çerçevesinde “*Devletin başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikasından*” söz edilirken, güvenlik görevlileri tarafından, yani Devlet eliyle gerçekleştirilen uygulamaların terör örgütüne, bu örgütün mensuplarına yönelik olmaktan ziyade, genel olarak “*Kürt halkı*”nı hedef aldığı izlenimi oluşturulmaya çalışılmıştır.

Ancak, **Anayasa Mahkemesinin söz konusu bireysel başvuru kararında değerlendirme dışı bırakılan 10 Mart 2016** tarihli açıklamada ise, 2015 yılı ortaları itibarıyla bazı illerimizde başlatılan yaygın terör eylemleri ve bu eylemlerin önlenmesine yönelik olarak güvenlik görevlilerinin uygulamaları “*Kürt illerindeki savaş*” olarak nitelendirilmiştir.

Bu açıklamalarla, PKK terör örgütünün suç işlemek amacıyla kurulmuş ve faaliyet icra eden örgüt görüntüsünden ziyade, *bir halkın bağımsızlığı için mücadele veren örgüt* olduğu izlenimi oluşturulmak istendiği açıktır. Bu alanda önemli bir gerekçeyi, bu örgüte karşı askeri güç kullanılarak verilen mücadelenin oluşturduğunu belirtmek gerekir. PKK’ye karşı *kara ve hava birlikleri* tarafından *askeri silahlar* kullanılarak verilen mücadele, milletlerarası kamuoyunda Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bu örgütle “*savaş hali*”nde olduğu hususunda bir izlenim oluşturmaktadır.

Söz konusu **11 Ocak 2016** tarihli bildiri içeriğinde PKK terör örgütünün yaygın terör eylemlerini önlemeye yönelik olarak gerçekleştirilen özellikle sokağa çıkma yasağı uygulamalarının hukuki dayanaktan yoksunluğuna ilişkin olarak yer verilen eleştirilerin doğruluğuna rağmen; **10 Mart 2016** tarihli açıklamalar, dolaylı da olsa, “*terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere*

Anayasa Mahkemesinin bu kararlarını esas alacak olursak, faaliyeti çerçevesinde işlenmiş ve işlenmekte olan suçlardan bahsetmeksizin, bu suçlarla ilişki kurmaksızın, sadece güttüğü siyasi, sosyal ve ekonomik amaçlardan hareketle, PKK'nin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusunda düşünce açıklamasının, suç oluşturmadığını kabul etmek gerekecektir!

Anayasa Mahkemesinin kabulüne göre; “**terör veya terör örgütü ile bağlantılı**

başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapma” suçunu oluşturmaktadır.

Bu suretle, Türkiye'nin özellikle güneydoğu illerindeki yaygın terör eylemlerinin önlenmesine yönelik olarak güvenlik güçlerinin uygulamalarının **savaş hukukuna ilişkin 12.8.1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve bu Sözleşmelere ek 8.6.1977 tarihli Protokoller** hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesinin yolu açılmak istenmektedir.

PKK mensupları, Avrupa'da barınma ve propaganda zemini buldukları ülkelerde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti güvenlik kuvvetlerinin özellikle güneydoğu bölgemizde ve bu bölgedeki sınır boylarında gerçekleştirdiği operasyonların, söz konusu Sözleşmeler hükümlerine göre, “**bir devletin hükümet kuvvetleri ile hükümete karşı gelen silahlı gruplar arasında silahlı çatışmalar**” olarak kabulü yönünde yoğun propaganda faaliyetinde bulunmaktadırlar.

Özellikle 8.6.1977 tarihli Protokoller, **egemen ülke içinde, egemenlik kazanmak için yürütülen çatışmalar bakımından da, uluslararası nitelikte olmamalarına rağmen, savaş hukukuna ilişkin kuralların işletilmesini sağlamak amacıyla** taşımaktadır.

Güvenlik kuvvetleri tarafından PKK'ye karşı yürütülen operasyonların “**savaş**” olarak nitelendirilmesinin ve silahlı çatışma hukukuna tabi kılınmasının en önemli sonucu, bu çatışmalarda yakalanan PKK mensuplarının, söz konusu Sözleşmeler hükümlerine göre “**esir**”, “**tutsak**” muamelesine tabi tutulmasıdır. Bu itibarla, **PKK mensubu olup da işledikleri suçlar sebebiyle halen tutuklu veya hükümlü olarak ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin statüsü ve bu kişilere uygulanacak olan hukuk değişmiş olacaktır.**

Keza, bu yöndeki kabul, PKK mensuplarının ellerinde **rehin** olarak tuttukları kamu görevlileri bakımından “**esir mübadelesine**” ilişkin sözleşme hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır.

Anayasa Mahkemesinin bu ayrıntıların göz ardı edildiği söz konusu bireysel başvuru kararı, Türkiye'de de, PKK'nin Türkiye Cumhuriyeti Devleti güvenlik güçlerine karşı operasyonlarının **savaş hukuku** çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki propaganda faaliyetlerinin önünü açmış olmaktadır.

Bu bağlamda özellikle üzerinde durulması gereken nokta, güvenlik güçlerinin PKK'ye karşı operasyonlarının “**savaş**” olarak nitelendirilmesidir. Eğer bir savaştan söz ediliyorsa, bunun “**taraf**ları”nın olması gerekir. Söz konusu operasyonları “**savaş**” olarak nitelendirme çabası içinde olanlar, **PKK**'yi Türkiye Cumhuriyeti Devleti karşısında “**taraf**” konumuna yükseltmektedirler ve **PKK**'nin nihai amacının “**meşru**” olduğunu kabul etmektedirler.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu değerlendirmelerimden, güvenlik güçlerinin terörle mücadele çerçevesinde icra ettikleri operasyonların hukuk zemininde icra edildiğini aleltilak kabul ettiğim sonucu asla çıkarılamaz (ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 13. bası, sh. 138 vd.).

Keza belirtmek gerekir ki, terör örgütü, “ **pazarlık**” malzemesi ve “**canlı kalkan**” olarak kullanılacak üzere, kamu görevlilerini kaçıranarak, **REHİN** olarak tutmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devletini temsil eden otorite tarafından, çoğunluğu güvenlik görevlisi bu kişilerle ilgili olarak “**esir**” ibaresinin kullanılması, Devlette bir akıl tutulmasının yansımasıdır.

olsa bile içinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan, terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşleri ile paralellik taşıyan düşünce açıklamaları terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin, ... devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile, açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılınması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün koruması altındadır.”⁵⁹

Terör örgütünün amaçlarıyla örtüşse bile, terörle ve terör örgütüyle ilişkilendirilmeksizin birtakım siyasi, sosyal ve ekonomik sorunların gündeme getirilmesinin ve hatta bu sorunların terör örgütünü doğurduğunu, terör örgütünün bu sorunlardan güç aldığını, beslendiğini ve kendisine “meşruiyet” zemini oluşturmaya çalıştığını ifade etmenin suç oluşturmayacağı, izahatın varestedir. Ancak bu sorunlardan hareketle, terör örgütünün varlığının ve örgüt mensuplarının faaliyetlerinin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusunda dolaylı da olsa açıklamalarda bulunulması, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunu oluşturacaktır.⁶⁰

Anayasa Mahkemesinin kararlarında bu ayırım göz ardı edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçu, somut tehlike suçu değil, **soyut tehlike suçudur**.⁶¹ Hatta, bu suçun temel şekli bakımından aleniyet bir unsur olarak da kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi terörizmin ve terör örgütünün propagandası fiilinin suç oluşturmasıyla, her somut olay bağlamında bu suç nedeniyle kişilerin cezalandırılması gerekliliğini birbirinden ayıramamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, terörizmin ve terör örgütünün propagandası, somut tehlikeye sebebiyet vermemiş ise, **düşüncüyü açıklama özgürlüğü** çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁶² Terörizmin ve terör

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, **9.5.2019**, BB 2017/36722, pn. 44. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, **3.10.2019**, BB 2015/4916, pn. 54.

⁶⁰ Bkz. AİHM, Polat/Türkiye Kararı, (BB no: 23500/94) 8.6.1999.

⁶¹ Bkz. YILDIRIM, Terör Örgütünün Propagandası Suçu, 2. bası, sh. 273, 281 vd., 293; YURT-LU, Gazi Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XX, sayı 3, sh.425; ÖZBEK, Terör Örgütünün Propagandası Suçu, sh.138.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukuku-na Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku*, 16. bası, Ankara, Eylül

örgütünün propagandası suçunun somut tehlike suçu mahiyeti taşıdığı kabul edilecek olursa, iki hususu araştırmak gerekecektir.

Bunlardan birincisi, bu açıklamanın yapılması üzerine terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren eylemleri gerçekleştirmesi veya gerçekleştirme tehlikesinin ortaya çıkması gerekir.

İkinci ve en önemli husus ise, propaganda mahiyetindeki açıklamalar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde gerçekleşen cebir, şiddet veya tehdit içeren fiiller veya bu tür fiillerin gerçekleşmesine ilişkin somut tehlike arasında nedensellik bağının bulunması ve bu bağın varlığının ispatlanması gerekir. Zira, somut tehlike suçunun oluşabilmesi için, failin gerçekleştirdiği fiilin bir objektif cezalandırılabilme şartı olan bu tehlikenin oluşumuna sebebiyet vermesi gerekir.⁶³ Bunun uygulama bakımından ortaya çıkaracağı güçlük,

2020, sh. 705 vd.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, 15.2.2010 tarihinde Diyarbakır'da düzenlenen ve binlerce kişinin katıldığı bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında aşağıdaki içerikteki bildiriye okuyan kişi hakkında terör örgütünün propagandası suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında beraat kararı yerine davanın ertelenmesine karar verilmesiyle **düşünceyi açıklama hürriyetinin ihlal edildiğini** kabul etmiştir (4.6.2015, BB 2013/9343 [Mehmet Ali Aydın] [RG: 1 Temmuz 2015/29403]):

“...Kürt sorununun çözümünde göstermelik, anayasal güvenceden yoksun, kolektif hakları tanımayan girişimleri kaygıyla izlemekteyiz. Kürtleri ve demokratik kamuoyunu kandırmaya yönelik hükümet sözcülerinin “Öcalan’ın muhatap alınması mümkün değil!” açıklamalarına yabancı değiliz. Benzer açıklamaları yapanlar şu an nerelerde? Bugün; AKP’nin keçi inadına, anlamsız yaklaşımlarına yani, görmek istemesine karşın, **Sayın Öcalan Kürt sorununda aktif bir siyasal öznedir ve çözüm gücüne sahiptir**. İstedığınız kadar muhatap değildir, olamaz deyin, dediklerini beğenin yada beğenmeyin, bu bir Türkiye gerçeğidir. Ortadoğu’yu kirli emelleri doğrultusunda şekillendirmek isteyen uluslararası ve bölge güçleri **Kürtlerin özgürlük ve demokrasi mücadelesini** kendilerine engel gördükleri için 9 Ekim 1998 yılında **Sayın Abdullah Öcalan’a** yönelik bir komployu tezgahladılar. Özünde Kürt halkına genelde Ortadoğu halklarına özgürlük istemlerine yönelik bu komploları birbirine düşürüp iktidarlarını pekiştirme amaçlıydı. Mevcut egemen sistem kaos yaratıp, ortaya çıkan durumdan vazife çıkarıp, kurtarıcı rolünde çözüm adına çözümsüzlüğü geliştirmek, uygulana gelen klasik bir senaryodur. Ortadoğu’daki mevcut sistemin devam etmesi için, **halkların boğazlaşması oyunu** gerekiyordu! Bu doğrultuda **Sayın Öcalan’ı** Türkiye’ye teslim ederek hedeflerine ulaşmak istediler. Ancak **Sayın Öcalan’ın** geliştirmiş olduğu barışçıl çözüm önerileri ile bu süreç engellendi. Bütün olumsuz zindan yaşam koşullarına, geliştirilen komplolara rağmen, o günden bugüne **barış arayışı ve çabası** her zamankinden daha güçlü devam etmektedir. Bu sürecin 11 yılını geride bırakırken, 12. yıla girmiş bulunmaktayız. Baskı cenderesi olarak tanımladığımız İmralı Cezaevi sistemi; hukuk dışı bir Guantanamo cezaevidir hemen kapatılmalı, **Sayın Abdullah Öcalan** hemen serbest bırakılmalıdır. **Sayın Öcalan’ın** avukatları aracılığıyla yaptığı cezaevi koşullarını içeren açıklamaları “Bir ölüm çukuruna atılmış gibiyim!..”, “Solunum cihazına bağlanmış bir hasta gibiyim!..” sözlerini hatırlamayan yoktur. Yaşanan bu son durumun, toplumsal barışı ciddi bir biçimde tehdit ettiğini, büyük gerilimlerini sorumlu herkesin görmesi gerekir.

izahtan varestedir. Anayasa Mahkemesinin bu kabulü karşısında, faaliyeti çerçevesinde cebir, şiddet veya tehdit içeren suçların sıklıkla ve yaygın bir şekilde işlendiği, işlenmekte olduğu bir terör örgütünün propagandasının yapılması halinde, nasıl bir yol izleneceği konusu muğlak kalmaktadır. Zira, bu durumda, somut tehlike esasen mevcuttur ve failin propaganda mahiyeti taşıyan açıklamaları ile bu somut tehlikenin ortaya çıkışı arasında bir irtibat bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararlarında terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçuyla ilgili olarak yapılan bu değerlendirmeler, ceza hukuku bilgisinden uzaktır.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin de vermiş bulunduğu çeşitli kararlarda, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun oluşup oluşmadığının tespiti

İmralı, sıradan bir cezaevi. Sayın Öcalan da herhangi bir tutsak değildir. Öcalan'ın sağlık koşulları, yaşamı ve güvenliği Türkiye'deki gelişmeleri derinden etkileyecek düzeyde kilit bir öneme sahiptir. Bu realitenin görülmesi ve buna göre hareket edilmesi, içinden geçmekte olduğumuz hassas sürecin en stratejik noktasını oluşturmaktadır. Sayın Öcalan, Türkiye'de tıkanmış olan siyasal sürecin önünün açılması için barış gruplarının gelişini ikinci kez önerdi. Habur sınır kapısında cenazeleri alan halkın barış gruplarının gelişiyile ilk defa çocuklarını kucaklaması, barışı sarılması ortaya koymuştur, bu yüzbinler, çözümün muhatabının bir kez daha İmralı olarak göstermiştir. Diğer yandan barış gruplarının gelişini hükümet çözüm olarak değerlendiremediği gibi asıl niyetinin tasfiye olduğunun açığa çıkması üzerine silbaştan açılımla ilgisi olmayan bir teslim olma sürecine girmiştir. Hükümetin Kürt açılımı sürecinde Kürtler devre dışı bırakılmak istenmektedir. Üç buçuk milyon Kürdün irade olarak kabul ettiği Sayın Öcalan'ın koşullarını ağırlaştırılması, DTP'nin kapatılması, siyasi yasakların getirilmesi, operasyonlarla demokratik siyasetin tüm yollarının Kürtlere kapatılmak istenmesi düşündürücüdür, kabul edilmezdir. ...Barış gruplarının çözüm için getirdiği mektuplar neden muhataplarına verilmiyor? Kamuoyuna açıklanmıyor, başbakanın bunu açıklaması gerekir. Hedef açılım değil tasfiyedir. Seçimlere kadar AKP kendi yarattığı Kürtlerle sonuç almak istiyor. AKP hükümeti samimi değildir. Diğer hükümetler gibi inkâr ve imhaya dayalı cumhuriyet politikası deşifre olmuştur. Bu açılım gelecekte devlet politikalarını ifade ediyor. Bu açılımın, sorunu çözemeyeceği açıktır. Sayın Öcalan'ın yol haritasının açıklanması, muhataplarına verilmesi her geçen süre daha da önem arz etmektedir. Çözüm için bunun Türkiye demokrasisine, halklarına önemli katkıları olacağına inanıyoruz. Devlet aralıksız sürdürdüğü askeri operasyonları durdurmalı, seçilmişlere yönelik operasyonlar durdurulmalı. Türkiye'nin demokratikleşme zemininde Kürt halkının özgür iradesi esas alınarak müzakere başlamalı, Demokratik sivil bir anayasanın hazırlanması elzemdir. Sorunu cesaretle tartışsak çözüme kavuşabiliriz. Eşit, özgür, huzurlu bir yaşam için Türkiye'nin kendi barışını getireceğine dair inancımız tamdır. Sayın Öcalan, 6 m2'lik alanda 11 yıl yılmadan barışın tesisi için çalıştı. Sayın Öcalan'ın dikkate alınmadığı, onun yok sayıldığı, diyalog kanallarının kapatıldığı bir süreç, Kürt sorununun çözümüne hizmet etmez, aksine çözümsüzlüğü derinleştirir. Tecride ve yok etmeye dayalı Amerika Guantanamo'sundan da geri İmralı sistemi halen ortadayken ve bu sistem daha da ağırlaştırılarak çözümün olması beklenemez. ...Sayın Öcalan'ın özgürlüğüne kavuşturulmasını kamuoyundan talep ederken, bu konuda Türkiye'de yaşayan tüm demokrat insanları duyarlı olmaya çağırıyoruz.”.

bağlamında yapılan değerlendirmede, açıklamada bulunan kişinin **kimliğinin** göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Keza, Dairenin kabulüne göre, yapılan açıklamanın **“açık ve yakın tehlike”** oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerekmektedir.⁶⁴ Toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların **“olaysız”** bir şekilde dağılmış olması, atılan sloganların ve taşınan pankart içeriklerinin somut tehlike oluşturmadığının dayanağı olarak gösterilmiştir.⁶⁵

⁶⁴ “*Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kıskırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zaman gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır.*”: Yargıtay 16. CD, **7.12.2020**, E. 2020/6503, K. 2020/6027; Yargıtay 16. CD, **7.12.2020**, E. 2018/2814, K. 2020/6093; Yargıtay 16. CD, **30.3.2017**, E. 2015/6665, K. 2017/3586; Yargıtay 16. CD, **15.6.2017**, E. 2017/1334, K. 2017/4470; Yargıtay 16. CD, **7.3.2017**, E. 2016/1238, K. 2017/3434; Yargıtay 16. CD, **23.2.2017**, E. 2016/6853, K. 2017/1107; Yargıtay 16. CD, **19.12.2016**, E. 2016/3839, K. 2016/7571; Yargıtay 16. CD, **2.11.2016**, E. 2016/4798, K. 2016/5836; Yargıtay 16. CD, **29.9.2016**, E. 2016/1297, K. 2016/4872; Yargıtay 16. CD, **9.6.2016**, E. 2015/8605, K. 2016/3876; Yargıtay 16. CD, **19.4.2016**, E. 2016/437, K. 2016/2536; Yargıtay 16. CD, **23.2.2016**, E. 2015/8223, K. 2016/1218; Yargıtay 16. CD, **9.2.2016**, E. 2015/7842, K. 2016/945.

“*somut olay değerlendirildiğinde “geliyor geliyor apocular geliyor” şeklinde atıkları sloganın ulusal güvenlik ve kamu düzeni üzerindeki potansiyel etkisinin sınırlı olduğu, ciddi bir tehlike yaratmadığı, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı*” sonucuna varılmıştır: Yargıtay 16. CD, **31.5.2017**, E. 2017/1383, K. 2017/4393.

Ancak Daire benimsediği bu ölçüte rağmen, bir milletvekili adayının *“seçim konvoyunda bulunan ve “biji serok apo” (yaşasın önder apo), “bi can bi hun emtereye ey serok” (canımızla kanımızla seninle ey başkan) şeklinde slogan atan*” kişi hakkında terör örgütünün propagandası suçundan kurulan mahkumiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir: Yargıtay 16. CD, **8.11.2016**, E. 2016/1627, K. 2016/5889.

Keza, aynı Daire, *“siyah sprej boya ile (apartman) garaj kapısına “PKK” yazılarını yazma şeklindeki silahlı terör örgütünü öven maddi nitelikteki hareketlerin.. silahlı terör örgütüne yardım suçunu”* oluşturduğunu kabul etmiştir: Yargıtay 16. CD, **27.2.2017**, E. 2016/6095, K. 2017/1063.

⁶⁵ Yargıtay 16. CD, **30.3.2017**, E. 2015/6665, K. 2017/3586; Yargıtay 16. CD, **29.5.2017**, E. 2017/1255, K. 2017/4604, Yargıtay 16. CD, **11.7.2017**, E. 2017/1384, K. 2017/4709; Yargıtay 16. CD, **11.9.2017**, E. 2017/1688, K. 2017/4856; Yargıtay 16. CD, **9.11.2017**, E. 2017/2046, K. 2017/5275; Yargıtay 16. CD, **20.11.2017**, E. 2017/2131, K. 2017/5379; Yargıtay 16. CD, **23.2.2016**, E. 2015/8223, K. 2016/1218.

Ancak, Dairenin bir kararında, aynı içerikte sloganların atıldığı bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında karşıt görüşteki kişilerle toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanlar arasında taşlı sopalı çatışma çıkması durumunda terör örgütünün propagandası suçu bakımından nasıl bir yol izleneceği konusu muğlak bırakılmıştır: Yargıtay 16. CD, **20.9.2017**, E. 2017/1874, K. 2017/4913.

5) Hukuk sistemimiz bakımından sorun, terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun örgüt üyesi olan ve olmayan kişi tarafından işlenmesi arasında bir ayırım yapıp yapılmaması, bir ayırım yapılacaksa bunun ceza hukuku sorumluluğuna etkisidir.

Propaganda fiilinin ayrıca suç olarak tanımlanmadığı hukuk sistemlerinde, bu tür fiiller dolayısıyla, terör örgütüne yardım, terör örgütünü destekleme dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunu cihetine gidilmektedir.⁶⁶

Yardım fiilinden ayrı bir suç olarak terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun tanımlandığı hukuk sistemlerinde, propaganda fiili terör örgütüne yardım mahiyeti taşımasına rağmen, **genel norm-özel norm ilişkisi**⁶⁷ çerçevesinde, özel normun uygulanması yoluna gitmek, terör örgütü üyesi değilse kişiyi terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçundan dolayı cezalandırmak gerekmektedir. Buna karşılık, terörizmin ve terör örgütünün propagandası fiilini işleyen kişi aynı zamanda terör örgütü üyesi ise, ceza hukuku sorumluluğunu belirleme bakımından bir sorunla karşı karşıya kalınmaktadır.

Terörle Mücadele Kanununun 2006 yılında 5532 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki düzenlemesine istinaden, terör örgütünün propagandası suçunun örgütün üyesi olan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, gerçek içtima hükümlerine göre, hem terör örgütü üyesi olmaktan hem de terör örgütünün propagandası suçunu işlemekten dolayı ayrı ayrı cezalandırılma yoluna gidilmekteydi.⁶⁸

Oysa, yukarıda belirtildiği gibi, terörizmin ve terör örgütünün propagandası fiili, esasında örgüte **maddi olmayan yardım** mahiyeti taşıdığı için, TCK'nın örgüte yardım edenin örgüt üyesi olarak cezalandırılması gerektiği yönündeki düzenlemesi (m. 220, f. 7) karşısında; **terör örgütü üyesi olan kişinin, bu suçtan dolayı cezalandırılmasının yanı sıra, ayrıca örgüt propagandası suçundan dolayı mahkumiyeti yoluna gidilmemelidir.** Başka bir ifadeyle, **terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçundan dolayı**

⁶⁶ İtalyan hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. **Terörizm Suçlarıyla İlgili Karşılaştırmalı Çalışma Raporu**, 25.03.2019, sh. 63 vd. Amerika Birleşik Devletleri hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. aynı eser, sh. 52 vd.

⁶⁷ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, sh. 112.

⁶⁸ Zira, 3713 s. Kanun, m. 7, f. 2'nin 2006 yılında 5532 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki metnine göre, terör örgütünün propagandasını yapanların, "**fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca**" bu fıkra hükmüne istinaden cezalandırılması gerekmekte idi.

mahkûmiyet için, kişinin örgüt üyesi olmaması gerekir.⁶⁹ Örgüt üyesinin terörizmin ve terör örgütünün propagandası mahiyeti taşıyan fiilleri işlemiş olması, örgüt üyeliğinden dolayı verilecek cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir husustur.^{70, 71, 72}

6) Terör örgütünün propagandasına dönüşen bir toplantı ve gösteri yürüyüşü bakımından ilk yapılması gereken, toplanan kalabalığın behemehal dağıtılması ve pankart gibi suç delili olabilecek nesnelere elkonulmasıdır.

Oysa, inceleme konusu yapmış bulunduğumuz Ceza Genel Kurulu kararlarına konu teşkil eden olaylarda kolluk görevlileri terör örgütünün propagandasına dönüşen bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale etmemişlerdir. Kalabalıklar kendiliğinden dağılmıştır. Malum “demokratik açılım süreci”nde, namı diğer “çözüm süreci”nde terör örgütünün propagandasına dönüşen toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili olarak kolluğun yaptığı şey, toplantı ve gösteri yürüyüşünün icrasını sesli ve görüntülü olarak kayda almak olmuştur.

Bilahare, malum süreçte izlenen yöntemin yanlışlığının anlaşılması ve buna bağlı olarak siyasi atmosferin değişmesi üzerine, bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılan kişilerden sadece bir veya birkaçı hakkında terör örgütünün propagandasını yapmaktan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar başlatılmış ve mahkûmiyet hükümleri kurulmuştur.⁷³

⁶⁹ ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 13. bası, sh. 123; TAŞTAN, CHD, cilt III, sayı 6, Nisan 2008, sh.105. Aksi yönde fikir için bkz TOPÇU, CHD, cilt X, sayı 28, Ağustos 2015, sh.114; YILDIRIM, Terör Örgütünün Propagandası Suçu, 2. bası, sh. 345; YURTLU, Gazi Ü.HFD, cilt XX, sayı 3, sh. 422; ÖZBEK, Terör Örgütünün Propagandası Suçu, sh. 169 vd. Suç Örgütleri kitabımızın eski basılarında, aynı yöndeki düşünceyi benimsemiştik. Ancak, bilahare bu düşüncemizin değişmesine rağmen, 13. bası, sh. 51, dn. 86’daki görüş değiştirilmeden kitapta kalmıştır.

⁷⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, örgüt üyesinin terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunu işlemesi halinde, hem üye olmaktan dolayı hem de propaganda suçundan dolayı cezaya hükmedilmesi yönündeki gerçek içtima uygulamasına devam edilmektedir. Bkz. Yargıtay 16. CD, **17.5.2018**, E. 2018/440, K. 2018/1836; Yargıtay 16. CD, **21.1.2019**, E. 2018/873, K. 2019/286; Yargıtay 16. CD, **11.4.2019**, E. 2018/3355, K. 2019/3523; Yargıtay 16. CD, **6.10.2020**, E. 2019/9328, K. 2020/4786

Buna karşılık Yargıtay bazı kararlarında terör örgütü propagandası niteliğindeki eylemleri terör örgütüne üye olma suçunun delili olarak kabul etmektedir: Yargıtay 16. CD, **12.11.2020**, E. 2020/4592, K. 2020/5505; Yargıtay 16. CD, **20.10.2020**, E. 2020/1484, K. 2020/5143. Bu son kararda, sanığın sosyal medyada yaptığı paylaşımların “*örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmaması, paylaşımların gerçekleştirildiği tarih, sanığın muhatap kitle üzerindeki etkisi, iddianame tarihi sonrası sanığın dosya içerisine yansıyan herhangi bir eyleminin olmaması hususları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, sanığın propaganda suçuna konu edilen eylemlerinin örgüt üyeliği suçunun sübutuna esas teşkil eden süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösteren*

faaliyetler kapsamında kalan eylemler olduğu anlaşılmalı sanık hakkında terör örgütü propagandası yapmak suçundan ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilmesi” gerektiği gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir. İfade edelim ki, söz konusu olayda terörizmin ve terör örgütünün propagandası suçunun unsurlarının oluşmadığının kabul edilmesi karşısında, bu suçtan dolayı “ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilmesi gerektiğinden bahsedilmesi, CMK’nın 223.maddesinde yer alan düzenleme ile açıkça çelişmektedir.

⁷¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin **28.1.2019** tarihli ve E. 2018/4803, K. 2019/647 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 24.6.2018 tarihinde yapılan 27. dönem milletvekili genel seçimlerinde milletvekili seçilen X, sosyal medya hesabından 20.1.2018 tarihinde yaptığı açıklamalarda, “*her yer Efrin her yer Direniş, Afrin yalnız değil*” yazılı fotoğrafı paylaşarak, altına “*yezit kavminin hükmü sürsün diye Kürt ve Türk gençleri ölecek anaların yüreği acıyla inliyecek, çocuklar aç kalacak sivil insanlar can verecek*”, “*yezit kavmi tecavüze devam ediyor, yüz elli çocuk hamile tarih böyle ahlaksızlık böyle kepezelik böyle rezalete tanık olmadı. Ahlaksızlığın her türlüünü pervasızca yapıp yezit soylu din tüccarının fetvalarıyla kokuşmuş zihniyetlerini paklamaya çalışan yezit kavmi insanlığa karşı suç işliyor*” şeklinde ifadeler kullanır.

Bu açıklamaları dolayısıyla X hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 9.4.2018 tarihli iddianame ile,

- halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek,
- terör örgütünün propagandasını yapmak,

suçlarından dolayı TCK, m. 216, f. 1; 3713 s. TMK, m. 7, f. 2 hükümlerine istinaden cezalandırılması talebiyle Ankara Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır. Mahkeme, X’e isnat edilen fiilin terör örgütünün propagandası suçunu değil, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunu oluşturabileceği değerlendirmesinden hareketle, bilahare milletvekili seçilen X’in yasama dokunulmazlığından yararlandığını kabul ederek durma kararı vermiştir.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, terör örgütünün propagandası suçuna nazaran, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunun Anayasanın 14. maddesi kapsamına girmediği, bu nedenle X’in yasama dokunulmazlığı hükümlerinden yararlanması gerektiği, Ankara Ağır Ceza Mahkemesinin açılan davada vermiş bulunduğu durma kararının hukuka uygun olduğu yönünde içtihatla bulunmuştur.

Aynı şekilde Daire, pek çok kararında, terör örgütünün propagandası suçunun Anayasanın 14. maddesi kapsamına girdiğini kabul ederek, münnet fiilin bu suçu oluşturduğu iddiasıyla açılan davalarda milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılmasına gerek olmadan yargılamaya devam edilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur: Yargıtay 16. CD, **19.6.2020**, E. 2020/2705, K. 2020/3678; Yargıtay 16. CD, **17.1.2020**, E. 2019/11436, K. 2020/506; Yargıtay 16. CD, **25.10.2019**, E. 2019/5361, K. 2019/6434.

Keza, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin diğer bir kararına göre, “*milletvekili seçilmeden önce işlenen silahlı terör örgütünün propagandası suçu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2. maddesinde işaret edilen ve 14/2. maddesinde gösterilen temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması niteliğinde olduğu kabul edildiğinden yasama dokunulmazlığı kapsamında sayılmayacaktır. Eylemin TCK’nın 301. maddesinde düzenlenen Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşışılama suçu olarak nitelendirilmesi halinde yasama dokunulmazlığından yararlanacaktır.*”: Yargıtay 16. CD, **1.11.2019**, E. 2019/5366, K. 2019/6796.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, sh. 690 vd. Terör örgütünün propagandası suçundan farklı olarak, terör örgütüne üyelik, bünyesindeki hiyerarşik ilişkiye dahil olarak örgütün desteklenmesini ifade etmektedir: BGH, Urteil vom 14.8.2009, 3 StR 552/08, kn. 13.

Sonuç:

Terörizmin, barış esasına dayalı toplumsal düzen, hukuk toplumu bakımından arz ettiği tehlikelilik dolayısıyla, **terör örgütünün propagandası** suçu, kanunlarda **soyut tehlike suçu** olarak tanımlanmıştır. Terör örgütünün propagandası fiili suç olarak tanımlanırken, muhatap alınan kişi sayısı, muhatap alınan kişilerin belirli veya belirsiz olması, muhataplar üzerinde etki meydana getirip getirmediği, alenen yapılp yapılmaması, etki alanı

⁷³ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin **25.1.2018** tarihli ve E. 2017/2948, K. 2018/162 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; yüzleri kapalı vaziyette kişilerden oluşan 20-25 kişilik grup, araç trafiğine açık cadde üzerinde lastik yakarak caddeyi araç trafiğine kapatır; olay yerine gelen güvenlik güçlerine taşlı saldırıda bulunur. Kolluk görevlilerinin takibi sonucunda bu grup içinde yer alan sadece bir kişi, henüz **on üç yaşını tamamlamamış çocuk** Ç yakalanır.

İlk Derece Mahkemesi, Ç'nin,

- Terör örgütüne üye olmak (TCK, m. 314, f. 2),

- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa muhalefet (2911 s. Kanun, m. 32, f. 1; m. 33, f. 1, bent a),

- Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak (TCK, m. 179, f. 1),

- Görevi yaptırmamak için kamu görevlisine karşı direnme (TCK, m. 265),

suçlarını işlediğini kabul ederek, hakkında bu suçlardan dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, olayı sübut yönünden ele alarak, Ç hakkında kurulan bu mahkûmiyet hükümlerinin bozulmasına karar vermiştir (Ayrıca bkz. Yargıtay 16. CD, **10.12.2019**, E. 2019/7315, K. 2019/8218; Yargıtay 16. CD, **9.7.2019**, E. 2019/3056, K. 2019/4913; Yargıtay 16. CD, **3.4.2018**, E. 2017/2692, K. 2018/1117; Yargıtay 16. CD, **28.3.2017**, E. 2016/6696, K. 2017/4564; Yargıtay 16. CD, **14.11.2016**, E. 2016/5472, K. 2016/5655).

Aslında bu olay bakımından sorun, bir sübut sorunu değildir. Bu olayda, **on üç yaşında** olan **çocuk** Ç'nin içinde yaşadığı toplum kesiminin sosyal, siyasi ve ekonomik koşullarının, kitle psikolojisinin etkisiyle bu fiilleri işlemeye sevk edilmiş olduğu ve bu durumdaki çocuğun işlediği suçlar bakımından davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği gerçeği göz ardı edilmiştir.

Hatta bazı durumlarda çocuğun, katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşünün hukuka aykırı olduğu, bu toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında taşıdığı pankartın, atılmasına iştirak ettiği sloganların içeriğinin suç oluşturduğu hususlarında bilinçten de yoksun olabileceğini göz önünde bulundurmamak gerekir.

Karara konu teşkil eden olay bakımından sorun, TCK, m. 31, f. 2 hükmünün yanlış uygulanmasından ibarettir.

Bu tür yanlış uygulamalar, terör örgütünün insan devşirmesine hizmet etmekten, henüz orta öğrenim çağının başında olan çocukların terör örgütünün kucağına itilmesini sağlamaktan ve geleceklerinin karartılmasından başka bir sonuç ortaya çıkarmaz. Unutmamak gerekir ki, terör örgütlerinin en belirgin özelliği, özellikle orta öğrenim çağındaki çocukları **istismar**dır.

Bir şehir merkezinde cereyan eden ve 20-25 kişinin katılımıyla gerçekleşen bu olayda sadece bir kişinin, on üç yaşındaki bir çocuğun yakalanabilmiş olması, ayrıca dikkati çeken bir durumdur.

ve etkinliği gibi hususlar göz önünde bulundurulmaksızın, terör örgütünün varlığının ve faaliyetlerinin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusunda ikna çabasında bulunmak, aleltilak cezalandırmayı gerekli kılan bir fiil olarak değerlendirilmiştir (Strafwürdigkeit).

Buna karşılık, örneğin ahır duvarına “yaşasın PKK” sloganının yazılması halinde, **gerçekleşen haksızlığın failin cezalandırılması yoluna gidecek ağırlıkta olmadığı** değerlendirilerek, faile ceza vermeme yoluna gidilebilmelidir. Başka bir ifadeyle, somut olayda muhatap alınan kişilerin sayısının çok sınırlı olması, propaganda fiilinin etkinliğinin zayıflığı faile verilecek olan ceza miktarının belirlenmesi bakımından ve hatta, failin cezalandırılıp cezalandırılmaması bakımından göz önünde bulundurulmalıdır (Strafbedürftigkeit).⁷⁴

Bu teorik düşüncelere dayalı olarak TCK’da, örneğin hırsızlık suçunda, suçun konusunun değerinin azlığı halinde, gerçekleşen haksızlık içeriği göz önünde bulundurularak faile bu suçtan dolayı verilecek olan cezanın miktarında indirim yapmak ve hatta hiç ceza vermemek yönünde hakime takdir yetkisi verilmiştir (m. 145). Dikkat edilmelidir ki, **gerçekleşen haksızlığın failin cezalandırılması yoluna gidecek ağırlıkta olup olmadığı** her somut olayın koşullarına göre belirlemek gerekir. Örneğin bir değneğin çalınması halinde de, hırsızlık suçu işlenmiş olur. Ancak değneğin değerinin azlığı dikkate alınarak, **gerçekleşen haksızlığın failin cezalandırılması yoluna gidecek ağırlıkta olmadığı** değerlendirmesi yapılabilir. Buna karşılık, değneğin çalınmasıyla yaşlı bir insanın yürümekte ihtiyaç duyduğu dayanaktan yoksun bırakılmış ise, bu değerlendirmeyi yapmaktan sarfınazar ederek, hırsızlık suçundan dolayı cezalandırma yoluna gitmek gerekir.

Kanunda bir hüküm bulunmamakla birlikte, aynı değerlendirmenin mala zarar verme suçu bakımından da yapılabilmesi gerekir. Dikkat edilmelidir ki, ceza hukukundaki kıyas yasağı bu değerlendirmenin yapılmasına engel teşkil etmemektedir.

Terör örgütünün propagandası suçunda da, örgütün varlığının ve faaliyetlerinin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusundaki ikna çabasının ifade ettiği haksızlığın

⁷⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içeriği esasında propaganda mahiyeti taşıyan yayının etki alanı sınırlı olduğu için, propaganda suçundan dolayı mahkumiyet hükmü kurulmasıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde içtihatlarla bulunmuştur: AİHM, Karataş/Türkiye Kararı, 8.7.1999; AİHM, Okçuoğlu/Türkiye Kararı, 8.7.1999; AİHM, Erdoğan ve İnce/Türkiye Kararı, (BB no: 25067/94; 25068/94) 8.7.1999.

failin cezalandırılması yoluna gidecek ağırlıkta olmadığı durumlarda cezalandırmaktan sarfınazar edilebilmelidir.⁷⁵

Bu gibi durumlarda Cumhuriyet savcısına kamu davasını açmakta takdir yetkisi tanınarak, **kovuşturmaya yer olmadığı kararı** verebilmesinin yolunu açmak gerekir.

Görülmekte olan davalarda ise, işlenen failin suç olma özelliğini devam ettirmesine, terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmasına rağmen, haksızlık içeriğini cezalandırmayı gerektirecek ağırlıkta görmediği takdirde, mahkemenin CMK, m. 223, f. 4, bent d hükmüne istinaden sanık hakkında **ceza verilmesine yer olmadığı kararı** vermesi gerekmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, terör örgütünün propagandası mahiyetindeki bir fiil, hiçbir zaman düşüncüyü açıklama hürriyetinin kullanılması bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulamaz.⁷⁶

Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinde 2013 yılında 6459 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle terör örgütünün propagandası suçunun uygulama alanının daraltılmak istendiği ve daraltıldığı muhakkaktır. Ancak, bu düzenlemeyle terör örgütünün propagandası suçu **somut tehlike suçuna dönüştürülmemiştir**. Doğru bulmadığımız bu değişikliğe göre, faaliyeti çerçevesinde işlenmiş ve işlenmekte olan suçlardan bahsetmesizin terör örgütünün Türkiye'deki belirli hukuki, sosyal, siyasi ve ekonomik sorunların çözümü arayışlarında Devletin muhatap alması gereken bir "siyasi süje" olduğu yönündeki açıklamalar artık suç oluşturmamaktadır.⁷⁷ Keza, terör örgütünün yöneticiliğini yapmış veya

⁷⁵ Bu itibarla örneğin apartmanın garaj kapısına, bahçe duvarına "PKK" veya "yaşasın PKK" şeklinde yazı yazılması halinde terör örgütüne yardım etmekten dolayı mahkûmiyet hükmü kurulması yönündeki Yargıtay uygulamamız, sorunludur.

⁷⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları aksi yöndedir: AİHM, Gerger/Türkiye Kararı, 8.7.1999.

⁷⁷ Önemle belirtmek gerekir ki, PKK terörüyle mücadeledeki hukuksuzluklardan, "Devlet eliyle, **hukuk hiçe sayılarak yapılan katliamlar**(dan), işlenen **faili meçhul cinayetler**"den bahsedilmesinin (örneğin CEMAL, Hasan: *Gare katliamı... PKK'yı suçluyorum, knıyorum, iktidarı da sorumlu tutuyorum ve silahlar artık susmalı diyorum*, in: T24.com.tr, 20 Şubat 2021), ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren bir yönü bulunmamaktadır.

Keza, Devlet eliyle maruz kalman haksızlıkların, gözaltında, tutuklu veya hükümlü iken görülen işkence ve kötü muamelelerin, kişilerin "dağa çıkma" sebebini oluşturduğu yönündeki açıklamalar (örneğin CEMAL, Hasan: *İşkence... "Genç olsam dağa çıkardım!"*, in: T24.com.tr, 23 Şubat 2021), ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez.

Ancak, gazetecilerin terör örgütünün yöneticisi veya mensubu bulunan kişilerle yaptıkları röportaj içeriklerinin yayımlanmasının suç oluşturup oluşturmadığı üzerinde durmak gerekir

yapmakta olan kişilerle, işledikleri, işlenişini organize ettikleri, işlenişine iştirak

(Bu konuda bkz. Yargıtay CGK, 20.9.1993, E. 1993/9-157, K. 1993/190). Bu röportajlara ilişkin yayın içeriklerinde, örgütün faaliyetlerinin “meşru” olduğu ve örgüt mensuplarının “meşru” bir iş yaptıkları izlenimi oluşturan ifadelere yer verilmesi, propaganda suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu yayın içeriklerinde örgüt yöneticisi veya sair mensubu kişilerin kişisel özelliklerinden bahsedilirken, icra ettikleri faaliyetin “meşru” ve kendilerinin “saygın” kişiler olduğu yönünde bir izlenim oluşturmaya yönelik ifadelerden kaçınılması gerekmektedir (örneğin BİRAND, Mehmet Ali: *İşte Apo, İşte PKK*, in: Milliyet, 14-15-16 Haziran 1988; BİRAND, Mehmet Ali: *APO ve PKK*, 6. bası, İstanbul 1992). Aksi takdirde, propaganda suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Cemal'in, Abdullah Öcalan'la 1993 yılında yapmış bulunduğu röportaja ilişkin yayın içeriği, bu esaslar çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır: CEMAL, Hasan: *1993 Nisan ayı, Bekaa'da Apo'yla sohbet*: “Silahlı mücadeleyle her iki taraf da kesin bir üstünlük sağlayamaz”, *Apo ekliyor*: “Gelin şiddeti durduralım, siyasi çözüm yollarını devreye sokalım”, in: T24.com.tr, 25 Şubat 2021 (Erişim tarihi: 25.02.2021).

Söz konusu makalede, terör örgütüne Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı “**silahlı mücadele**” veren “**taraf**” sıfatı izafe edilmiştir. Röportaj mahiyetindeki makalede, PKK terör örgütünün Türkiye’de “**meşru**” (“**legal**”) bir siyasi yapı olarak tanınması isteği, Abdullah Öcalan’a izafe edilen bir ifadeyle dile getirilmiştir.

Keza, Röportajda, PKK’nin katkısı olmaksızın Kürt sorununun çözümünün “zor” olduğu fikri, Abdullah Öcalan’ın ağzından ifade edilmiştir.

Her ne kadar Abdullah Öcalan hakkında terör örgütü kurmak ve yönetmek suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü verilmemiş ise de, bu örgütün faaliyeti çerçevesinde “*Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak*” suçunu işlediği kabul edilerek 765 sayılı TCK, m. 125 hükmüne istinaden mahkum edilmiş bir hükümlüdür. Söz konusu röportajın yayımlandığı sırada adı geçen kişi hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunsun bile, röportaj içeriğinde örgütün yöneticisi olarak düşünceleri kamuyla paylaşılmıştır.

Röportaj içeriğinde, Abdullah Öcalan’ın, toplumun Kürt kökenli kesiminin teveccühünü kazanmış, “küçük bir çocuğu bile” etkileyebilen “ikna” gücüne sahip, “peygamberane” kişiliğinden bahsedilmektedir.

Her ne kadar, 1993 yılında yapılmış bir röportaj ise de, 2021 yılının şubat ayında yayın konusu yapılan metinde, “*Dağların PKK denetiminde olduğunu*”, “*PKK’ya günlük militan katılımının 50 civarında olduğunu, bunun kısa sürede 100’e çıkabileceğini*” belirten Abdullah Öcalan’ın, “*Operasyon yapmak için Kuzey Irak’a falan ihtiyacımız kalmadı. İçerdeyiz artık. Dağda 10 bin militan dolaşüyor. Kuzey Irak’taki kamplar bizim için dinlenme yerleri...*” şeklindeki ifadeleri aktarıldıktan sonra, “*Siyaseti Hakkâri çobanın gündemine soktum*” diye övündüğünden bahsedilmektedir.

Röportajda Abdullah Öcalan’a izafeten “*ister silahla ister başka türlü barışı zorlayacağım*” ifadesi kullanılmıştır.

Röportajda, Devletin terörle mücadelesi, uluslararası savaş hukukunun uygulanması gereken bir “*silahlı çatışma*” olarak nitelendirilerek, Abdullah Öcalan’a izafeten “*savaş*”tan ve PKK’nin “*ateskes*” ilanından söz edilmiştir.

Bütün bu ifadelerin yanı sıra, Abdullah Öcalan’dan, “*Türkiye’nin başına tarihinin en kanlı terör ve şiddet belasını sarmış olan bir insan*” olarak bahsedilmiştir.

Röportajda, Abdullah Öcalan’a izafeten,

“*Sivillere mesajım: Siyasi tekliflerinizi peş peşe sıralayın. Demokrasi paketinizi bekliyoruz. Askerlere mesajım: Özel savaşı durdurun*”

ettikleri suçlardan bahsetmeksizin, Türkiye’deki belirli hukuki, sosyal, siyasi

dedikten sonra ekliyor:

“Eğer üstümüze gelinmezse, yani operasyonlar durdurulursa... Yaygın kitle tutuklamaları, faili meçhul cinayetler durdurulursa... Köy boşaltmalarına son verilirse... O zaman bizim de **şiddeti trmandırmak** gibi bir **politikamız** olamaz. Çünkü bütün bunlar zımnen de olsa **‘ateşkes yürürlüktedir’** anlamına gelir.”

Ateşkes süresi...

“Geçen bir ay içinde **iyi niyet görmedik**. Eğer üstümüze sert gelinirse, kesinlikle **misillemeler** yapacağız. ‘Zayıflamışlardır; biraz daha bastırırsak işlerini bitiririz’ diye bir yaklaşım sezerek, **meşru savunmamızı** ve misilleme **hakkımızı** kullanacağız. **Silahlarımız** yerli yerinde duruyor. **PKK silahını bu koşullar devam ettikçe bırakmaz**. Sımsıkı elinde tutar. Fakat politikaya da en az bunun kadar ağırlık verir.”

“**Mevcut şartlar değişmeden dağdan inmek, silah bırakmak intihar olur**”

diyor Apo;

“**Bu koşullarda ‘Dağdan in, teslim ol!’ lafına kargalar güler. Bu ülke kendi başbakanını asmış... ‘Ben bir koyunum, gel beni boğazla!’ diyemeyiz. ‘Dağdan in, teslim ol, biz senin için iyi düşünüyoruz.’ İnsem, beni lime lime etmez misiniz? Önce güvence ver! Önce demokrasi yap! O zaman silahlar köklü susar. Kürtler tarihlerinde çok kandırıldılar. Bize politika alanı açın. Bana inandırıcı güvenceler verin. Ama olmazsa, ben silahlı mücadelenin Allah’ını yaparım.**”

“**Silahlı mücadeleyle her iki tarafın da kesin bir üstünlük sağlaması olanaksız. Ama silahlı mücadeleyle bir yerde denge sağlanacak ve o noktada siyasal çözüm yolları devreye girecek. Gelin şiddeti durduralım! ... Türkiye sorunu böyle götürümez. Bu yolla iflasa gidiyor Türkiye.**”

açıklamalarına yer verilmiştir.

Her ne kadar Abdullah Öcalan’a izafe edilmiş olsa bile, yapılan bu açıklamalarla PKK’nin faaliyeti çerçevesinde “**meşru savunma hakkı**”nın kullanıldığı ifade edilmiştir. **Silahlı mücadelenin** siyasi çözüm için kendileri bakımından vazgeçilmez bir yol olduğu vurgulanmıştır.

Ezcümle, yapılan bütün bu açıklamalar, terör örgütünün propagandası mahiyeti taşımaktadır.

Yazar, bu yazı dizisinin ilerleyen aşamalarında İsmail Beşikçi’ye izafeten, PKK’nin bir terör örgütü değil, meşruiyet zemininde oluşmuş bir siyasi organizasyon olduğu izlenimi oluşturan ifadelere yer vermektedir: “PKK’nin övgüye değil, eleştiriye ihtiyacı vardır”, “PKK’yi ilerletecek olan eleştiridir” gibi. Yazı içeriğinde sürekli olarak adeta uluslararası hukuk kavramları olan “taraf”lardan, “karşılıklı çatışma”dan ve karşılıklı “silah bırakma”dan söz edilmektedir: CEMAL, Hasan: “**PKK tek başına silah bıraksa, Kürt halkının mücadelesine hizmet eder; çünkü karşı tarafın elindeki silahı düşürür**”, Devletle PKK arasında, iki ateş arasında kalan Kürt aydınları..., in: T24.com.tr, 2 Mart 2021.

Oysa PKK bağlamında, bir karşılıklı çatışma değil, bir terör faaliyeti ve Devletin bu terör faaliyetine karşı mücadelesi söz konusudur. Önemle belirtmek gerekir ki, Devletin bu terör faaliyetine karşı elbette hukuk dışı uygulamaları olmuştur. Bkz. örneğin CEMAL, Hasan: *Gece yarısı telefon*: “**Olay doğru, jandarma hem dövmüş köylüleri hem de bok yedirmiş...**” *Günlüğümün sayfaları arasında, 37 yıl öncesi*, in: T24.com.tr, 27 Şubat 2021. Bu uygulamalar dolayısıyla sorumluluk tartışmaları yapılabilir. Ancak bu hukuk dışı uygulamalar, terör faaliyetine asla meşruiyet kazandırmaz.

ve ekonomik sorunları müzakere etmek, bu kişilerin söz konusu sorunların çözümüne yönelik görüşlerini yayımlamak, artık suç oluşturmamaktadır.⁷⁸

İnceleme konusu yapmış bulunduğumuz yüksek mahkeme kararlarında ifade edildiği üzere, terör örgütünün propagandası suçunun bir “somut” tehlike suçu olduğu yönündeki hukuki temeli bulunmayan değerlendirmeye sadık kalınırsa, terörle mücadelede artık çok geç olan koşullarla karşı karşıya kalınacağı kaçınılmaz olur.

Gerçeklik temeli olsun veya olmasın, Türkiye’deki belirli hukuki, sosyal, siyasi ve ekonomik sorunlarla ilgili müzakerelerde bulunmanın, belirli sorunların çözümüne ilişkin görüşlerin paylaşılmasının düşünceyi açıklama hürriyetinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve suç oluşturmayaacağı, izahtan varestedir. Ancak, bu sorunlardan hareketle terör örgütüne “meşruiyet” kapısı aralamaya çalışmak, asla bir özgürlük sorunu olarak ele alınamaz.

Kişinin, terör örgütünün işaretlerini, örgüt yöneticilerinin fotoğraflarını, örgütün veya yöneticilerinin mesajlarını içeren matbu malzemeyi üzerinde veya evinde başlı başına buldurması, terör örgütünün propagandası suçunu oluşturmadığı gibi, terör örgütü üyeliğinden dolayı sorumluluğunu gerektirmez. Bu durum, kişinin terör örgütüne ve örgüt yöneticilerine olan sempatisini ifade etmektedir. Terör örgütüne, örgütün yöneticilerine, üyelerine, amaçlarına salt **sempati** duymak, örgüt bünyesindeki hiyerarşik yapıya dahil olunmadığı, örgüte yardım edilmediği veya örgütle bağlantılı bir suç işlenmediği takdirde, örgüt üyeliğinden dolayı sorumluluğu gerektirmez. Ancak, terör örgütünün işaretlerinin, örgüt yöneticilerinin fotoğraflarının, örgütün veya yöneticilerinin mesajlarını içeren matbu malzemenin dağıtılmak üzere, yani örgütün veya faaliyetlerinin “meşruiyeti” ve “ulviyeti” konusunda başkalarını ikna amacıyla kullanılmak üzere buldurulması, teşebbüs aşamasında kalmış terör örgütüne yardımdan dolayı cezalandırılmayı gerektirir.⁷⁹

Terör örgütünün propagandası suçunun oluşup oluşmadığının belirlenmesinde failin kimliğinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, propaganda failinin

⁷⁸ Anayasa Mahkemesinin 25.6.2014 tarihli ve 2013/409 Bireysel Başvuru sayılı kararı, bu bakımdan dikkat çekicidir. Karara konu teşkil eden kitabın Türkiye’de yayımlanması gündeme geldiğinde, ilgili Bakanın şahsıma sorusu üzerine, kendisine, söz konusu kitap çalışmasının “yazar” olarak adına izafe edildiği şahsın hükümlü olarak cezasını çekmek üzere uzun süreden beri infaz kurumunda bulunduğunu, Adalet Bakanlığında söz konusu kişinin bu süre zarfında infaz kurumunda böyle bir çalışma yapmış olup olmadığı hususunun sorulmasını önermiştim.

⁷⁹ ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 13. bası, sh. 45, dn. 81.

etkinliğinin belirlenmesi bakımından muhatap alınan kişi sayısının fazlalığı, muhatap alınan kişilerin özellikleri ve fail ile muhatap aldığı kişiler arasındaki ilişki dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle, terör örgütünün propagandası suçunun soyut tehlike suçu olmasına rağmen, bu suçtan dolayı verilecek temel cezanın belirlenmesinde propaganda fiilinin etkinliği ve dolayısıyla, fail ile muhatap aldığı kişiler arasındaki ilişki, failin sosyal konumu göz önünde bulundurulmalıdır.

Terör örgütlerinin istismarına en fazla açık olan yaş grubunu çocuklar oluşturmaktadır. Çocuklar hakkında terör örgütüyle ilişkilendirilerek soruşturma ve kovuşturma yapılması, bu istismara, çocukların örgüte kazanılmasına önemli bir zemin oluşturmaktadır. Bunun önüne geçebilmek için, çocuklar hakkında terör örgütüyle ilişkilendirilerek, özellikle terör örgütünün propagandası, hukuka aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapmamak gerekir. Terör örgütlerinin etki alanına giren çocukları topluma kazanmaya yönelik eğitim programlarına tabi tutmak, korumak ve desteklemek gerekir. Bu alanda mevzuat sorunumuz bulunmamaktadır. Bu alanda duyarlılığa, ilgiye, sorumluluk bilinciyle hareket eden kamu görevlilerine ihtiyaç bulunmaktadır.

SIRF HAREKET SUÇU SOYUT TEHLİKE SUÇU MUDUR?

Elvan KEÇELİOĞLU*

ÖZ

Zarar ve tehlike suçları ile sırf hareket suçları ve neticeli suçlara ilişkin teorik sorulara cevap verilmesi, hem yasa koyucuya yol göstermesi hem de suçun işlendiği yer, zamanaşımı, teşebbüs gibi bazı ceza hukuku kurumlarının uygulaması açısından büyük önemi haizdir. Özellikle zarar ve tehlike suçları ayrımının hangi ölçüt üzerinden yapılacağı ve sırf hareket suçlarının soyut tehlike suçu olup olmadığı sorularına verilen cevaplar, bu sorunlara tatmin edici bir çözüm sunmaktan uzaktır. Bu çalışma kapsamında savunulan düşünce, zarar ve tehlike suçları ayrımının maddi konu değil, hukuki konunun objesi kavramını da içerisine alan bir suçun konusu kavramından hareketle yapılması gerektiğidir. Bu şekilde her sırf hareket suçunun bir soyut tehlike suçu olduğu, ancak her soyut tehlike suçunun zorunlu olarak sırf hareket suçu olmadığı sonucuna varılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sırf hareket suçları, tehlike suçları, suçun maddi konusu, suçun hukuki konusu, hukuki konunun objesi.

IS CONDUCT CRIME AN ABSTRACT ENDANGERMENT CRIME?

Abstract

Answering the theoretical questions about the endangerment and harm crimes, and also result and conduct crimes have critical importance for guiding the legislator as well as for applying some criminal law concepts, such as the place of commission of offence, the statute of limitation and attempt. Answers to the following questions in the literature are indeed far from offering satisfying solutions: Which criteria shall be used to distinguish the endangerment crimes and harm crimes? Whether conduct crimes are abstract endangerment crimes or not?

The opinion developed in this study is that the basis of the distinction between harm crimes and endangerment crimes shall not rely on the object of crime, but rather on the legally protected interest. In this way, it will be concluded that every conduct

* **Doç. Dr.**, Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana-bilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** elvan@cankaya.edu.tr,

ORCID : 0000-0002-3081-1344

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933579

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 26/10/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 28/04/2021

crime is also abstract endangerment crime, but every abstract endangerment crime is not necessarily a conduct crime.

Keywords: *conduct crimes, endangerment crimes, material object of crime, legally protected interest by crime, object of the legally protected interest.*

Giriş

Ceza hukukunda bir kurumun hukuki niteliğinin belirlenmesi, ona uygulanacak ilke ve kuralların tespiti bakımından önem arz etmektedir. Soruşturma konusu fiil belirlendikten sonra, bu fiilin, işlendiği iddia edilen suçun tipik fiilini oluşturup oluşturmadığı ve suçun unsurlarının somut olayda gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği sorunuyla karşılaşılmaktadır. Bu sorunun çözümünün -normatif metodolojik uygulamanın- esasen hukuk fakültelerinde yapılan eğitim ile kazanılması beklenmekte ve bu iş, ceza hukukçusu için emekli olduğu güne kadar devam eden mesleki bir uğraş olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ceza hukukunun doğrudan toplumsal hayattan da etkilenen teorik gelişim sürecine paralel olarak suç tipleri de gelişmektedir. Bu bağlamda neticeli suçlar olarak adlandırılan ve suçun maddi unsurunun hareket- netice- illiyet bağı şeklinde ortaya çıktığı “kasten öldürme”, “mala zarar verme” gibi klasik suç tiplerinin yanı sıra; sırf hareket suçlarının ceza hukuku dünyasında bulunması ve ayrıca tehlike suçları olarak adlandırılan suç tiplerinin sanayileşme ve şehirleşme ile birlikte ortaya çıkarak alana dâhil olmaları, yukarıda bahsettiğimiz mesleki uğraşmayı daha karmaşık bir hâle getirmektedir.

Bahsedilen işin zorluğunun, bazen kanun yazımı aşamasında karşımıza çıkan bilgisizlik ve eksiklikten kaynaklandığı görülmektedir. Özellikle, özel ceza kanunları ile ceza içeren özel kanunların kaleme alınmasında temel ceza kanunları kadar hassas davranılmadığı gözlemlenmektedir. *Panik kanunlaştırma serüvenine* bürokratik bilgi eksikliğinin de eşlik etmesiyle durum içinden çıkılmaz bir hâl alabilmektedir. Bu karmaşıklık; kimi zaman ceza hukuku siyaseti ilkelerinden vazgeçiş, kimi zaman ise ceza hukuku sistemini çökertme pahasına ceza hukukuna yabancı kurumların esasen suç ve ceza içeren normlar şeklinde ihdası elzem olan alana dâhil edilmesinden doğmaktadır.¹

¹ Burcu Ertem, “Ceza Hukukuna Hakim Olan İlkeler Açısından Bankacılık Zimmeti Suçu”,

Böylesi bir karmaşıklıktan kaçınabilmek, ilk olarak sorunun “cezai sorumluluğun belirlenmesi” olduğu bilincinden hareketle, kanunlar ve özel hükümlerde gösterilen suç tiplerinin, belli bir bilimsel tutarlılık içerisinde kaleme alınmasını gerektirmektedir. Söz konusu faaliyet, her şeyden önce kanun koyucuya yüklenmiş bir ödev olarak karşımıza çıkmaktadır.² Dolayısıyla konumuz bağlamında kanun koyucu bir suç tipini neticeli bir suç veya sırf hareket suçu olarak belirleyecekse bunu önceden düşünmeli ve ilgili kuruma ait ilkelerin farkında olarak suç tipini kaleme almalıdır. Bu, basit bir temenniden öte, kanunilik ilkesinin bir unsuru olan belirlilik (*lex certa*) ilkesinin kanun koyucuya yüklediği ödevin gereğidir.³ Fakat söz konusu bağlamda kanun koyucunun işi de sanıldığı kadar kolay değildir. Çünkü belli bir fiili suç hâline getiren kanun koyucu, farklı suç tiplerini ve suçun farklı kategorilerini içerisine alan “çatı/düzenleme” yapma mecburiyetindedir. Bir suç aynı anda “sırf hareket suçu”, “özgü suç”, “cinsel özgürlük aleyhine bir suç” ve “kasıtlı bir suç” olabilmektedir.⁴ Bu durum, anılan kavramlara ilişkin farklı bilimsel bilgilerin farkındalığını mecburi kılmaktadır. En basit örneğiyle kanun koyucu bir somut tehlike suçu vazetmek isterse suçun formülasyonunda “tehlike” kavramını bir şekilde kullanma mecburiyeti altındadır.⁵ Suçu, taksirli bir şekilde düzenleyecek ise “taksir” ya da “tedbirsizlik veya dikkatsizlik” kavramını tehlike kavramıyla beraber kullanmalıdır. Ancak zaten karmaşık olan suç genel teorisi mimarisi olarak niteleyebileceğimiz bu işlem; suçun “tipikliği kaldıran rıza” veya “objektif cezalandırma şartları” gibi diğer unsurlarının da işin içerisine girmesiyle, teorik bilginin azlığı veya bu bilginin farkındalığının eksikliği sonucu sanılandan daha da meşakkatli olabilmektedir.

5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 23.09.2019, s. 3.

² Suç siyaseti ve ceza hukuku arasındaki ilişki ve kanun koyucunun cezalandırılabilir alanı belirleme konusundaki takdir yetkisinin anayasal sınırları için bkz. Hilal Düzenli, “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, 2020, 5 (1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, s. 1191 vd.

³ Ceza hukukunda dilin biçimi ve bu bağlamda kanunilik ilkesine ilişkin tartışmalar için bkz. Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, 2012, Y. 3, (11), TAAD, s. 82.

⁴ Thomas Rönnau, “Grundwissen – Strafrecht: Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte”, 2010, 11, JuS, s. 961.

⁵ Andreas Hoyer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Bası, Hermann Luchterhand Verlag, 1996, s. 29.

Bu çalışmada, teoride ve uygulamada çokça karşımıza çıkan ancak birçok kez birbirinin yerine kullanılan “sırf hareket suçlarının” “soyut tehlike suçu” olup olmadıkları sorusu, yukarıda açıklanan perspektiften cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Sorunun cevabı için öncelikle bazı temel kavramların hatırlanmasında zaruret bulunmaktadır.

I. Sırf Hareket Suçları ve Neticeli Suçlar Ayırımının Anlamı

A. Netice Kavramı

Sırf hareket suçu ile neticeli suç ayırımına geçmeden önce, ceza hukukunda “netice” (sonuç) kavramının ne anlama geldiği üzerinde durulmalıdır. Çünkü esasen yazıya konu ayırım, netice kavramı üzerinden yapılmaktadır. Ceza hukukunda neticeye dair iki farklı anlayış olduğu söylenebilir.⁶⁷ Bunlardan ilki neticenin “doğalcı” anlayışı, ikincisi ise neticenin “hukuki” anlayışıdır.⁸

“Doğalcı netice anlayışı”na göre netice, insan davranışının doğal bir sonucudur. Dış dünyada meydana gelir ve illiyet bağı ile insan davranışına bağlanabilir. Bu yönüyle netice, ceza hukukunda hareketten farklı ve ondan ayrılabilen ancak hareket ile bağlantısı bulunan bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla teknik tanım itibari ile netice, insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği ve hukuk düzeninin cezai sonuçlar bağlamak suretiyle nazara aldığı doğal değişiklik olarak anlaşılmaktadır. Bu tez; sadece

⁶ Sonucun hukuki niteliği hakkında esasen pek çok kuram bulunmaktadır. Örneğin kimi yazarlarca netice; doğal sonuç, tehlike kuramı, sonuçsuz suç kuramı, kuralcı kuram ve ümanist kuram olarak beş ayrı başlık altında incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem / Ahmet Danışman / M. Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 268.

⁷ Neticenin suçun unsurları içerisindeki yeri konusundaki tartışmalar için bkz. Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 126 vd., Taksirli suçlar açısından yapılan bir çalışma için bkz. Uğur Ersoy, “Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, 2018, 13 (36), CHD.

⁸ “Neticenin esası, mahiyeti ve suçun zorunlu unsuru olup olmadığı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Netice, bir kısım müelliflerce tabii olgulardan hareketle izah edilirken (tabii netice anlayışı), diğer bir kısım müelliflerce ise normatif bir esastan hareketle izaha çalışılmıştır (hukuki netice anlayışı). Yine neticeyi tabii bir olgu olarak izah eden müelliflerce netice kavramına verilen anlamlar farklıdır. Bir kısım müellifler fiilin sebep olduğu, kanuni tipte yer alan ve dış dünyada meydana gelen her türlü tabii değişikliği netice addederken (geniş anlamda netice telakkisi); bir kısım müellifler, bunlardan yalnızca kanuni tipte suçun unsuru olarak yer alan değişiklikleri netice kabul etmektedirler (dar anlamda netice telakkisi)”. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Selim Erdin, Ceza Hukukunda İlliyet, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 34 vd.

kurucu unsur olan neticeler açısından değil, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda meydana gelen neticeler ile cezayı ağırlaştırıcı neticeler açısından da geçerlidir.⁹ Neticelyi ortaya çıkaran insan davranışının icrai veya ihmali olması arasında bir fark yoktur.¹⁰ Ayrıca hareketin taksirli veya kasıtlı işlenmesinin önemli olmadığı da eklenmelidir. Dış dünyada hâsıl olan bu değişikliğin, mala zarar verme suçunda (TCK. m. 151) olduğu gibi fiziki (maddi), öldürme suçunda (TCK. m. 81) olduğu gibi fizyolojik ya da cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri olan, bitkisel hayata girme gibi değişiklik olması mümkündür. Doğalcı anlayış esas alındığında, neticenin her suçta mutlaka bulunması gereken bir unsur olmadığı sonucuna ulaşılır. Zira hareketten ayrı olması icap eden netice, sadece bazı suç tiplerinde (maddi suçlar) mevcutken, diğer bazı suç tiplerinde (şekli suçlar) mevcut değildir. Nitekim kanun, suçun mevcudiyeti bakımından, bazı suç tiplerinde fiilin akabinde ve ondan ayrı bir neticenin gerçekleşmesini ararken, bazı suç tiplerinde ise sadece muayyen bir fiilin işlenmesini kâfi görmekte, ayrıca bu fiille illi münasebet içinde ve ondan ayrı bir neticenin de hâsıl olması aranmamaktadır. Birinciler “neticeli suçlar” veya “maddi suçlar” şeklinde ifade edilirken, ikinciler “neticesiz suçlar”, “şekli suçlar” veya “sırf hareket suçları” şeklinde ifade edilmektedir.¹¹

Neticeye ilişkin diğer anlayış ise doktrinde “neticenin hukuki anlayışı” olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşe göre netice; davranış ile normun koruduğu menfaatin veya varlığın, zarar veya tehlike şeklinde ihlal edilmesinden

⁹ Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Bası, Savaş Kitabevi, 2019, s. 142; Harro Otto, Grundkurs Strafrechts, 7. Bası, de Gruyter, 2004, s. 41, kn. 8. Bu görüş, tehlike kavramını açıklayamaması dolayısıyla doktrinde tartışmalara neden olmuş ve ihtiyaçtan daha dar bir netice kavramını izah ettiği için kimi yazarlarca reddedilmiştir. Bkz. Erem / Danışman / Artuk, s. 268.

¹⁰ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 241.

¹¹ Neticeli suçlarda kanun, bir neticenin husule getirilmesini cezalandırmaktadır. Sırf hareket suçlarında ise bir neticenin husulle getirilmesini değil, gerçekleştirilen belirli bir davranışı (fiili) cezalandırmaktadır. Neticeli suçlara öldürme (TCK. m. 81), yaralama (TCK. m. 86), mala zarar verme (TCK. m. 151) suçları misal gösterilebilir. Kanuni tipte suçun oluşması için sadece fiilin ikasının kâfi olduğu ve herhangi bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı sırf hareket suçlarına misal olarak ise hakaret (TCK. m. 125), hırsızlık (TCK. m. 141), suç bildirmeme (TCK. m. 278) ve yalan tanıklık (TCK. m. 272) suçları gösterilebilir. Erdin , s. 35. vd.

ibarettir.¹² Başka bir ifadeyle, hukuki konunun ihlalidir.¹³ Bu görüş, neticenin esasını tabii olgularda değil, normlarda aramaktadır. Buna göre netice, failin fiilinin bir sonucu olarak dış dünyada meydana gelen tabii hadiselerden değil, aksine, bu fiilin ihlal edici etkisinden ibarettir. Hukuk düzeni, vazedilen normlar vasıtasıyla kişilerin hak ve menfaatlerini ve hukuki değerleri korumayı amaçlamaktadır. Bu manada ceza hukukunun da gayesi, bütün hak ve menfaatleri olmasa dahi, hakkında suç ihdası lüzumlu görülen hukuki değerlerin korunmasıdır. Ceza hukuku açısından önemli olan, söz konusu hukuki değer yahut hakların ihlalidir. Bu ihlal, başlı başına bir neticedir.¹⁴ Ayrıca neticenin normatif anlayışına göre, normun ihlali, şayet failin fiiliyle sebep olduğu dış dünyadaki bir değişiklik dolayısıyla gerçekleşiyorsa veya suçun oluşmasında fiilden ayrı olarak tabii âlemde bir değişikliğin de vaki olmasını arıyorsa, bu halde söz konusu tabii değişiklik ya da hadise gerçekleşmeden, ihlal de gerçek anlamda ortaya çıkmayacağından, suç da gerçekleşmiş olmaz. Bu suçlar, neticesi hareketten ayrı suçlardır. Buna karşılık, ceza normunun ihlal edilmiş olması için, suçun kanuni tarifinde failin fiilinden ayrı olarak gerçekleşen tabii bir değişiklik veya hadisenin husule gelmesi aranmamış ve fiilin icrası ile normun ihlal edilmiş olması tek başına kâfi görülmüş ise bu halde söz konusu fiilin gerçekleştirilmesiyle suç da tamam olur. Bu suçlar ise doktrinde neticesi harekete bitişik suçlar olarak tanımlanmaktadır. Hukuki netice anlayışına göre, zarar suçları ve somut tehlike suçları neticesi hareketten ayrılabilen suçlardır ve maddi suç kategorisine dâhil edilmektedir.¹⁵ Soyut tehlike suçları ise, neticesi harekete bitişik suçlardır ve şekli suç veya sırf hareket suçu kategorisine dâhil edilmektedirler. Ancak doktrinde neticenin hukuki anlayışına ciddi eleştiriler yöneltilmiştir.

İlk eleştiri, her suçun zaten bir hukuki konuyu ihlal edeceği, bu itibarla sırf hareket suçu ile neticeli suçlar arasındaki ayrımın anlamsızlaşacağı ve işlevsizleşeceği yönündedir. Çünkü hukuki konunun ihlali, bütün suçların

¹² Johannes Kaspar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Bası, Nomos, 2019., s. 48; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, 2018. s. 254. Dönmezer / Erman, hukuki konunun ihlali başlı başına bir netice olduğundan hareket ile neticesi harekete bitişik suçlarda neticenin başlı başına ihlal olduğu görüşündelerdir. Neticesi hareketten ayrılan suçlarda ise bu neticenin yanı sıra bir de doğal anlamda neticenin gerçekleşmesi gerektiği görüşü de yine söz konusu yazarlarca savunulmaktadır. Bkz. Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, 1. Bası, Beta Basım, 1997, s. 384.*

¹³ Hoyer, s. 29.

¹⁴ Erdin, s. 36. vd.

¹⁵ Erdin, s. 37.

ortak özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁶ Bu bağlamda bir netice olarak hukuki konunun ihlali, çocukların cinsel istismarı gibi sırf hareket suçları bakımından da söz konusudur.¹⁷ Örneğin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi hâlinde, cinsel taciz olarak nitelendirilebilecek bir davranışın çocuğa karşı yapılmasıyla suç gerçekleşir ve çocuğun engelsiz cinsel gelişim hakkı ihlal edilir. Neticenin ihlal olarak algılandığı bu gibi durumlarda, sırf hareket suçu ile neticeli suçlar arasındaki ayrım anlamsızlaşmaktadır.¹⁸ Öte yandan normatif anlamda netice kavramı sadece zarar suçlarında uygulama bulabilmektedir. Zira her suçta neticenin gerçekleşmesi ile hukuki değer ve bu hukuki değerın korumaya aldığı nesne zarara uğramış olmaz. Bu sırf hareket suçları ile neticeli suçlar ve zarar ve tehlike suçlarındaki ayrımın sanılanın aksine birbirinden farklı bakış açılarına dayanmasının bir sonucudur.¹⁹

Ayrıca doktrinde gösterildiği gibi netice; nedensellik bağı, suça teşebbüs, ihmal suretiyle icra suçları bağlamında ihlal şeklinde değil doğal anlamıyla ele alınmalıdır ve ancak bu şekilde anlaşılan bir netice ceza hukukunda bir işlev üstlenebilir. Sonuç itibariyle neticenin hukuki anlayışı kabul edilemez.²⁰ Ayrıca neticenin sırf ihlal şeklinde ele alınmasının, netice sebebiyle ağırlaşmış suçları açıklamakta göstereceği zafiyet de eklenmelidir. Nitekim TCK bakımından bir inceleme yapıldığında; 8., 22. ve 23. maddelerde netice kavramına yer verilirken teşebbüse ilişkin 35. madde kapsamında neticeye yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun netice açısından “doğal anlamda netice” kavramından hareket ettiğini söylemek pek tabii mümkündür.²¹ Bu bağlamda tipik netice ile *hukuki (konu) değer*ın ihlalinin, iki ayrı ceza hukuku terimi olduğunu belirtmek gerekir. Hareketten zaman ve mekân olarak ayrılabilen netice, suçun konusunun zarara veya tehlikeye uğratılmasıdır. Buna karşın *hukuki değer*ın ihlali, tipik hareketin ceza normu

¹⁶ Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, 1. Bası, Savaş Yayınevi, 2019, s. 196.

¹⁷ Günther Stratenwert / Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Bası, Vahlen, 2011, s. 76; Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Duncker & Humblot, 1996, s. 263.

¹⁸ Stratenwerth / Kuhlen, s. 76.

¹⁹ Ingke Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 1. Bası, Mohr Siebeck, 2017, s. 49.

²⁰ Toroslu / Toroslu, s. 144. Aksi yöndeki görüş için bkz. Dönmez / Erman, s. 384.

²¹ Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Us-A Yayınları, 2019, s. 176.

ile koruma altına alınmış değer ile çatışması olarak tanımlanmaktadır.²²

B. Sırf Hareket Suçu – Neticeli Suç Ayrımı

İzah edilen sebeplerle doktrinde neticenin “doğalci” anlayışı üstün tutulmaktadır. Bu belirlemenin ardından şu iddia ortaya atılabilir: Bir suçun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli bir suç mu olduğuna ilişkin ayırım, tipiklik unsurunun analizinden ortaya çıkmaktadır. Buna göre neticeli suçlar, suç tipinde gösterilen hareketin yanı sıra bu hareketten hasıl olan, mekânsal ve zamansal olarak ya da en azından mantıksal ve kavramsal olarak hareketten ayrılabilen dış dünyadaki bir değişikliği şart koşmaktadır. Neticeli suçlar için akla gelen ilk örnekler, insan öldürme (TCK m. 81) ve yaralama suçlarıdır (TCK m. 86). Bu bağlamda somut tehlike suçları da ceza kanunlarında bir tehlike neticesi öngörölmüş olması nedeniyle hareket, netice ve illiyet bağından oluşan bir yapıya sahiptir ve neticeli suçlar kategorisinde yer alır. Bu yapıyı içeren suç tipleri kanun koyucu tarafından sıklıkla kullanılmakta ve hukuk dünyasının geneli tarafından suçun unsurları denildiğinde esasen bir neticeyi de içeren söz konusu yapı anlaşılmaktadır.²³

Neticeli suçların yanı sıra modern ceza kanunları başka bir temel suç tipi daha tanımaktadır. Hareketin yapılmasıyla veya ihmal ile suçun maddi unsurlarının gerçekleştirilmiş sayılacağı ve yukarıda gösterildiği gibi bir neticenin bulunmasının kanunda öngörölmediği bu suç tipleri, ceza hukuku doktrininde “sırf/salt hareket suçları” olarak tanımlanmaktadır.²⁴ Özellikle bizzat işlenebilen suçların²⁵, sırf hareket suçları şeklinde işlenmesi çok sık karşılaşılan bir durumdur. Anılan suçlarda kanunda gösterilen hareketi kendisi gerçekleştiren kişi fail olarak hareket etmiş ve suçu gerçekleştirmiş olur. Örneğin, Alman Ceza Kanunu’nun (AI CK) 153. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık bizzat işlenebilen bir suç niteliğindedir. Bu maddeye göre yetkili merci huzurunda yalan tanıklık yapan kişi, suçun maddi unsurlarını bizzat gerçekleştirmiş kabul edilmektedir.²⁶ Yalan tanıklık suçunun işlenmesi neticesinde bir kişinin mahkûmiyetine sebep olunması, suçun gerçekleşmesi

²² Jescheck / Weigend, s. 263. Bu bağlamda netice hareketten hasıl olan ve hareketi aşan, tipiklikte yer alan etkiler olarak tanımlanmalıdır. Stratenwerth / Kuhlen, s. 76.

²³ Aynı yönde bkz. Rönnau, s. 962.

²⁴ Rönnau, s. 962. OTTO, s. 41, kn. 8.

²⁵ Bizzat işlenebilen suçlar hakkında bilgi için bkz. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 413 vd.

²⁶ Rönnau, s. 962.

açısından önemli değildir.²⁷ Aynı şekilde, sarhoş bir şekilde araç kullanmayı düzenleyen 316. madde uyarınca, araç idare edemeyecek durumda olmasına rağmen araç kullanan kişi, sırf bu hareketi yapmış olması nedeniyle suçun maddi unsurlarını gerçekleştirmiş kabul edilir.²⁸ Bizzat işlenen bazı suçları da içerisine alan bir şekilde sırf hareket suçlarına Türk Ceza Kanunu'ndan hakaret (TCK m. 125), tehdit (TCK m. 106), iftira (TCK m. 267) ve yalan tanıklık (TCK m. 272) suçları örnek gösterilmektedir.²⁹

Hemen belirtelim ki, sorun esasen bu kadar açık ve net değildir. Özellikle Alman doktrininde sırf hareket suçları denilen bir kategorinin ceza hukuku dünyasında var olup olmadığı konusunda güncel tartışmalar yapılagelmektedir. Alman doktrininde öncelikle suçların sırf hareket suçu ve neticeli suçlar olarak temelde ikiye ayrılması konusunda bir görüş birliği olduğu söylenemez. Ayrımı reddedenlerin çıkış noktası, özellikle sırf hareket suçlarına ilişkin betimlemelerdir. Ayrımı reddeden yazarlara göre esasen “sırf hareket suçu” diye bir suç tipi bulunmamaktadır. Çünkü sırf hareket suçlarında da temel olarak harekete bağlanan bir dış etki vardır. Örneğin yukarıda sırf hareket suçlarına örnek verilen “yalancı tanıklık suçunda”, suçun gerçekleşebilmesi için “ifade” hâkim tarafından duyuları itibari ile algılanmış/ idrak edilmiş ve hem hâkim hem de tanık açısından tamamlanmış olmalıdır. Benzer yönde, “sarhoş şekilde araç kullanma” fiili için sürücünün direksiyona oturması yeterli değildir. Ayrıca failin, fiilen aracı hareket ettirmiş olması hareketin bir koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan esasen neticesiz suçlar diye bir suç tipi bulunmamaktadır.³⁰ Türk doktrininde de buna benzer görüşler savunulmaktadır. Neticeyi hukuki değer ihlali olarak kabul eden kimi yazarlar, neticesiz suç olamayacağı ve her suçta harekete bitişik veya ondan ayrı muhakkak bir neticenin bulunduğu görüşündedirler.³¹ Ancak dikkat edilmelidir ki Alman hukukundaki görüşlerin farkı, bizatihi doğal anlamda netice kavramını kabul etmelerine rağmen neticesiz suçların olamayacağı iddialarını getirmesidir.

²⁷ Otto, s. 41.

²⁸ Rönnau, s. 962; Otto, s. 41, kn. 8.

²⁹ Akbulut, s. 414.

³⁰ Rönnau, s. 962. Alman hukukunda sırf hareket suçu diye bir suçun olmayacağı görüşü için bkz. Tonio Walter, “Das Märchen von den Tätigkeitsdelikten”, Christian Fahl u. a. (Hg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, s. 327 vd.

³¹ Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, 2. Bası, Sevinç Matbaası, 1975, s. 45. Her suçta bir neticenin olduğuna ve bu suçların neticesi harekete bitişik suçlar olarak tanımlanması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. Demirbaş, s. 242; Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 85 vd.

Görüldüğü üzere doğal anlamda netice kavramının daha esnek bir şekilde yorumlanıp genişletilmesiyle, her suçun muhakkak bir neticesinin olduğu görüşü ileri sürülmektedir. Ancak bu da ceza hukuku dogmatizminin amaçları açısından başka bir soruyu beraberinde getirmektedir. Her suçta bir neticenin olduğu görüşü anlamlı bir sınıflama ortaya çıkarabilmekte midir? Bu soruya olumsuz cevap verilmelidir! Bugün için ceza hukuku dogmatizmi açısından anlamlı bir netice kavramı vardır; o da neticenin dar anlamda doğal netice anlayışına dayanmaktadır. Dar anlamda netice de yine doktrindeki hâkim görüş tarafından vurgulandığı üzere sadece illiyet bağı açısından sorun yaratmaktadır.³² Ayrıca belirtilmelidir ki sırf hareket suçu ile neticeli suç ayırımının pratik bakımdan önemi, kendisini zamanaşımı, suçun işlendiği yer ve teşebbüs gibi ceza hukuku kurumları bakımından da göstermektedir. Örneğin sırf hareket suçlarında hareket yapılır yapılmaz suç tamamlandığında zamanaşımı o andan itibaren işleyecektir. Yine bu suçlar hareketin yapıldığı yerde gerçekleştirilmiş ve bu aşamada tamamlanmış sayılır.³³ Bütün bu eleştirilere ayrıca neticenin harekete bitişik olduğu iddiasının, ontolojik olarak tanımlanamayan tipiklik öğretisinin verilerine aykırı faraziye bir iddia olduğunu da eklemek mümkündür. Örneğin, hakaret ve gıyapta hakaret suçunda harekete bitişik nasıl bir neticenin olduğu hususu izaha muhtaçtır. Eğer yalan tanıklık suçunda olduğu gibi netice mağdurun duyması olarak tanımlanacaksa, gıyabi hakarete suçun faili veya müşterek faili bunu mağdura ileten kişi mi olacaktır? Cumhurbaşkanı hakaret suçunda işlenen suçtan çoğunlukla Cumhurbaşkanı'nın haberi dahi olmamaktadır. Kamu makamları re'sen devreye girmekte ve suç Adalet Bakanının izni ile soruşturılmaktadır (TCK m. 299). Hukukta olan, gösterilebilir olmalıdır. Bu bağlamda esasen neticenin muhakkak bulunduğu ve bunun en azından harekete bitişik olduğu iddiasının,³⁴ neticeden hukuki değer ihlalinin anlaşılması fikriyle temellendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca her suçun bir neticesinin olduğu fikri tipiklik öğretisinin dışında tanımlanacak ve anlamlandırılacak olursa bizatihi hareketin kendisinin bir netice olduğunu söylemek, hareketin failin iradesinin bir sonucu olması açısından anlamlıdır/mümkündür.³⁵

Bütün bu bilimsel veriler neticeli suçların pratik hukuk açısından gösterdiği önem açısından anlamsızdır. Çünkü netice ceza hukukunda

³² Rönnau, s. 962. Aksi yöndeki görüşler için bkz. Kunter, s. 85.

³³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 252; Demirbaş, s. 242.

³⁴ Kunter, s. 85.

³⁵ Jescheck / Weigend, s. 260.

zamanaşımı, suçun işlendiği yer, iştirak gibi çeşitli pratik uygulamalar açısından anlamını korumaktadır. Ayrıca sırf hareket suçu ile neticeli suçlar arasındaki ayırım reddedildiğinde bu konulara ilişkin dogmatik tartışma fikriyatı ve bahsedilen konulardaki uygulamalar zarar görecektir ve kimi hukuki belirlilikler ortadan kalkacaktır.

Neticeli suçlar ile sırf hareket suçlarının incelendiği çalışmanın bu bölümünde küçük bir parantezin kalkışma/girişim/teşebbüs³⁶ suçları açısından açılması gerekmektedir. Bu suçlarının en önemli özelliği, suç tipinde suça teşebbüs ile suçun tamamlanmasının aynı ana işaret etmesidir. Suç, teşebbüs edildiğinde tamamlanmış olur. Özel hükümlerdeki kanun metninin “girişim” (unternehmen/kalkışma) kavramını kullandığı suç tipleri gerçek anlamda kalkışma suçu olarak tanımlanmaktadır. Bir suça teşebbüs ile hareketin tamamlanmasının aynı derecede cezalandırıldığı ve bunun hareketin tasvirinden ortaya çıkarıldığı suç tipleri gerçek olmayan teşebbüs/girişim suçları olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda Alman hukukunda verilen tipik örnek, AICK'nin 292. maddesinde düzenlenmiş olan kaçak avlanma suçunda “av hayvanlarının izlenmesi” (*dem wilde nachstellen*) fiilidir.³⁷ Bizim hukukumuzda ise 5237 sayılı TCK'nın “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısım, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” beşinci bölüm başlığı altında düzenlenen “Anayasayı ihlal” suçu (TCK m. 309) kalkışma suçlarına örnek olarak gösterilebilir. Kalkışma suçlarının esasen pratik önemi kendisini teşebbüsten dolayı bir ceza indiriminin ortadan kaldırılmasında göstermektedir.³⁸

II. Zarar ve Tehlike Suçları Ayırımının Anlamı

Neticenin formel ve dar anlamda anlaşılması düşüncesi zaman içerisinde daha da geliştirilerek suç tipleri açısından farklı bir ayırım ortaya çıkarılmıştır. Bu ayırımın temel özelliği, kendisini hukuki değer merkezli daha muhteviyat ile ilgili bir analize yöneltmiş olmasıdır. Buna göre suç; hareketin hukuki değer korumaya aldığı obje ve konu (rechtsgutobjekt/schutzobjekt) üzerinden yapılmalıdır ve bu koruma objesi ile fiilin üzerinde gerçekleştiği veyahut saldırının yöneldiği obje ve konular her zaman aynı şeye işaret etmemektedir.

³⁶ Bu suçların girişim suçu olarak da çevrilmesi açısından bkz. Feridun Yenisey / Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 13.

³⁷ Rönnau, s. 962.

³⁸ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 4. Bası, C.H.Beck, 2006, s. 445, kn. 345; Jescheck / Weigend, s. 267.

Buna göre suçlar koruma objesi üzerindeki etkisine göre soyut tehlike, somut tehlike veya zarar suçu olarak nitelendirilmektedir.³⁹ Ancak ceza hukuku doktrini açısından görece yeni olan bu iddia, yapısal olarak bazı farklılıklar gözetmekte ve özellikle uygulama açısından soyut ve somut tehlike suçu arasındaki farklar büyük önem taşımaktadır.⁴⁰ Söz konusu iddiadaki yeni noktayı incelemeye geçmeden önce, bu başlık altında da kimi bilinen hususlar tekrar gözden geçirilmelidir.

A. Zarar ve Tehlike Suçları Ayrımı İçin ‘Suçun Maddi Konusu’ veya ‘Geleneksel Suçun Konusu’ Elverişli Bir Ölçüt müdür?

Türk öğretisinde zarar ve tehlike suçları arasındaki ayrımın esasen suçun maddi konusu veya suçun konusu kavramlarının fiilden etkileniş derecesine göre yapıldığı görülmektedir.

1) ‘Suçun maddi konusu’ görüşü: Türk hukukunda kimi yazarlar zarar ve tehlike suçu arasındaki ayrımı suçun maddi konusu üzerinden yapmaktadırlar. Bu yazarlardan;

Dönmezer/Erman, suçun konusunu hukuki ve maddi anlamda ikiye ayırdıktan sonra, maddi bakımdan suçun konusunu suçun cismini teşkil eden insan ve şey olarak belirlemiştir.⁴¹

Hafizoğulları/Özen’e göre suçun maddi konusu, suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlıktır. Bu varlık, bir kimse olabileceği gibi bir şey de olabilir.⁴² Yazarlar zarar ve tehlike suçunu hukuki değerlerin zarar ve tehlikeye uğraması açısından zarar ve tehlike suçu olarak ikiye ayırmaktadır.⁴³

Soyaslan’a göre suçun maddi konusu suçu teşkil eden unsur olup yapısı itibariyle şahıs veya eşyadan ibarettir.⁴⁴ Yazar zarar ve tehlike suçlarını birer netice olarak kabul edip hukuki değere verilen zarar ve tehlike olarak tanımlamaktadır.⁴⁵

³⁹ Rönnau, s. 962.

⁴⁰ Johannes Wessels / Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil, C. I, 29. Bası, C.F. Müller, 2005, s. 277, kn. 949, 950.

⁴¹ Dönmezer/Erman, s. 333.

⁴² Hafizoğulları / Özen, s. 232.

⁴³ Hafizoğulları / Özen, s. 75, 229.

⁴⁴ Soyaslan, s.305.

⁴⁵ Soyaslan, s.260.

Toroslu, suçun maddi konusunu tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şahıs veya şey olarak tanımlamaktadır. Yazara göre suçun maddi konusu sadece maddi ve fizik varlığa sahip olan varlıklar olabilir.⁴⁶ Yazar her ne kadar zarar ve tehlike suçları arasındaki ayrımı hukuki değer ihlali esasına dayandırmış olsa da söz konusu ayrımın maddi konuları ihlal edilen suçlarda güvenilir olabileceğini belirtmektedir.⁴⁷

Önder, hareketin yönelmiş olduğu konu ve suç tipinde belirtilmiş olan konunun genelde maddi bir bünyesi olan bir konu olduğunu bir şey insan veya eşya olması gerektiğini belirttikten sonra maddi konusu olmayan suçlarda hukuki yararın bu suçların konusunu oluşturduğu görüşündedir.⁴⁸ Yazar suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçları zarar suçu ve tehlike suçu olarak ikiye ayırmıştır.⁴⁹

Ünver ise suçun maddi konusunu suçun objektif unsuru olarak tanımlayıp suça vücut veren hareketin suçun maddi konusu olan obje ve şahıs üzerinde icra edileceğini belirtmektedir.⁵⁰ Yazara göre maddi konu, failin fiziki hareketine maruz kalan, eylem üzerinde inşa edilen kişi veya eşyadır.⁵¹ Ancak yazara göre zarar ve tehlike bir hukuksal değer ihlal edilmesidir.⁵²

Zafer ise yine suçun maddi konusu üzerinden bir tanımlama yolunu seçmiştir. Yazara göre suçun maddi konusu fiilin üzerinde gerçekleştiği, kişi eşya veya hayvandır. Cismi olmayan şeyler suçun maddi konusunu oluşturamaz, bunlar suçun hukuki konusunu oluşturur. Suçun maddi konusunun zarar görmesine veya zarar görme ihtimaline göre suçlar zarar ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵³

2) Geleneksel ‘Suçun Konusu’ görüşü: Türk hukukunda kimi yazarlar ise suçun maddi konusu görüşünü reddetmekte ve her suçun maddi konusu

⁴⁶ Toroslu /Toroslu, s. 110.

⁴⁷ Toroslu / Toroslu, s. 110.

⁴⁸ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 1992, s. 169, 170.

⁴⁹ Önder, s. 175.

⁵⁰ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, 2003, s.142.

⁵¹ Ünver, s.145.

⁵² Ünver, s.1062.

⁵³ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Basımevi, 2015, s. 162, 163.

kavramının olmayacağı, suçun konusu kavramının kullanılmasının esasen daha doğru olduğu görüşündedirler. Bu yazarlardan;

Özgenç, suçun konusunun eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı ve bünyesi olduğu görüşündedir. Yazar; suçun konusu kavramının hukuki değer ile karıştırılmaması gerektiği, suç konusunun maddi unsurlardan birini oluşturduğu, öldürme suçlarında korunan hukuki değerın yaşam hakkı olduğunu suç konusunun ise belli bir kişinin hayatı olduğu görüşündedir. Yazar şeref kavramını da suçun konusu içerisinde şerh ederek hakaret suçlarında korunan hukuki değerın genel olarak kişilerin şerefli, onurlu ve saygın olması olduğunu belirttikten sonra hakaret suçunun konusunun hakaret edilen kişinin şerefi olduğunu savunmaktadır. Bu yönüyle yazar esasen fiziki varlığı olmayan varlıkların da suçun konusu olabileceği görüşündedir.⁵⁴ Yazar zarar ve tehlike suçları arasındaki ayrımını da suçun konusu üzerinden yapmakta ve işlenen fiilin suçun konusu üzerindeki etkisine göre suçlar zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵⁵

Koca/Üzülmez göre suçun (hareketin) mutlaka bir konusu vardır. Yazarlar konusuz bir suçun oluşmayacağını belirttikten sonra hareketin ve suçun konusunu tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi ve şey olarak anlamaktadırlar.⁵⁶ Yazarlar hareketin konusunun hareketten etkileniş derecesine göre suçları zarar suçu ve tehlike suçu olarak ikiye ayırmaktadırlar.⁵⁷

Öztürk/Erdem'e göre, suçun konusu fiilin nesnesini oluşturan ve tipik varlığın üzerinde gerçekleştiği maddi varlığı olan şey olarak tanımlanmaktadır. Konusuz suçlar olabilir.⁵⁸ Suçlar zarar ve tehlike olarak suç konusu üzerindeki etkiye göre ayrılmaktadır.⁵⁹

Akbulut ise suçun konusunu hareket ve hareketin yönelik olduğu eşyanın ve kişinin fiziki varlığı olarak tanımladıktan sonra; suçun konusunda kural olarak maddi varlığa sahip varlıklar ifade edilmek ile beraber sır, şeref, veri

⁵⁴ Özgenç, s. 219 vd.

⁵⁵ Özgenç, s. 221.

⁵⁶ Koca/Üzülmez, s. 116.

⁵⁷ Koca/Üzülmez, s. 118.

⁵⁸ Bahri Öztürk / M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 203. Yazarlar suçun konusu kavramını kullanmakla beraber esasen suç konusunun maddi bir varlığı olması gerektiği görüşünü ileri sürmektedirler.

⁵⁹ Öztürk/Erdem, s. 217

gibi maddi bünyeye sahip olmayan şeylerin de haksızlığın konusu olabileceğini vurgulamış ve yine zarar ve tehlike suçları arasındaki ayrımı suçun konusunun hareketten etkileniş şekline göre yapmıştır.⁶⁰

Artuk/Gökçen/Yenidünya ise suçun konusunu hareketin yöneldiği kişi veya şey olarak tanımlamakta, konusuz suçun olamayacağı görüşünü ileri sürdükten sonra suçları suç konusunun hareketten etkileniş derecesine göre zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayırmaktadır.⁶¹

Centel/Zafer/Çakmut ise suçun konusunu suçun üzerinde işlendiği insan veya obje olarak tanımlamaktadır.⁶² Aynı yazarlar zarar ve tehlike suçu arasındaki ayrımı ise suçun neticesi üzerinden yapmakta, hukuki yararın zarar ve tehlikeye uğraması durumunu zarar ve tehlike suçu olarak tanımlamaktadırlar.⁶³

3) Suçun Konusuna İlişkin Yeni bir Tanım Denemesi ‘Hukuki Değerin İlişkili Olduğu Konu olarak ‘Suçun Konusu’

Yukarıdaki görüşlerden de anlaşılacağı üzere tartışma esasen suçun maddi konusu ile suçun/hareketin konusunun maddi bir varlığının olup olmaması üzerinde toplanmaktadır. Tartışmayı suçun maddi unsuru üzerinden yürüten yazarlar esasen suçun üzerinde gerçekleştiği konunun cismani bir varlığının olması gerektiği görüşündedirler. Nihayetinde her suçta ‘maddi bir konu’ olmayacağını tespit ederek zarar ve tehlike suçunu hukuki değerinin zarar ve tehlikeye uğraması olarak tanımlamaktadırlar. Buna karşılık, ‘suçun konusu’ terimini kullanan yazarlar ise her suçun muhakkak bir konusu olması gerektiği görüşünü savunduktan sonra cismani bir varlık olmasa da şeref gibi varlıkların da suçun konusu olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Her iki gruptaki yazarlar suçun (maddi) konusu ile suçla ihlal edilen hukuki değeri kategorik olarak ayırmakta ancak yazarların büyük çoğunluğu zarar ve tehlike suçları arasındaki ayrımı hareketin gerçekleştiği suçun konusu üzerindeki etkiye göre gruplamaktadırlar.

Arz edilen her iki görüşün de ortak özelliği, fiilen saldırı yapılan objeyi objenin (Tatobjekt) maddi veya manevi olmasına bakmaksızın esas almalarıdır.

⁶⁰ Akbulut, s. 425-427

⁶¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 304-305.

⁶² Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Cakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, s. 236.

⁶³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 270.

Fiilen hareketin yöneldiği obje üzerinden bir tanımlama yapılmaktadır.

Zarar/tehlike suçları arasındaki bu hâkim yaklaşım, yani hareketin fiilen yöneldiği suçun konusu (tatobjekt/maddi olsun olmasın) üzerinden yapılan analiz, geleneksel Alman doktrinine de uygun bir yaklaşımdır. Nitekim Alman hukukunda zarar ve tehlike suçları arasındaki ayırım konusunda, suçun konusunun zarar veya tehlikeye düşürülmüş olması ve bu tehlikenin somut olup olmaması temel kıstas kabul edilmektedir.⁶⁴

Görüldüğü üzere geleneksel hukuk doktrini açısından kabul edilen modellemelerde suçlar öncelikle neticeli ve neticesiz suçlar olarak ikiye ayrılmakta ve neticesiz suçlar sırf hareket suçu kabul edilmektedir. Sırf hareket suçlarında kanunda öngörülen hareketin icrası ile suç gerçekleşmektedir. Öte yandan suçun konusu üzerindeki etkisi esas alındığında suçlar öncelikle zarar suçu ve tehlike suçu olarak ikiye ayrılmaktadır. Tehlike suçları ise kendi içerisinde soyut tehlike ve somut tehlike suçu olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçlarında kanunda gösterilen hareketin tipiklikte gösterilen bir tehlikeye yol açması gerekli iken soyut hareket suçlarında ise hareketin icrası ile suçun gerçekleşmiş olduğu belirtilmektedir. Buradan hareketle sırf hareket suçları ve soyut tehlike suçları bir arada değerlendirilerek her sırf hareket suçunun bir soyut tehlike suçu olduğu veyahut her soyut tehlike suçunun bir sırf hareket suçu olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim doktrinde birçok yazar bu görüşü savunmaktadır.⁶⁵

Ancak ister suçun maddi konusu isterse geleneksel suçun konusu kavramı tercih edilsin zarar ve tehlike suçları arasındaki ayırımın hareketin fiilen yöneldiği (tatobjekt) şahıs ve şey üzerinden yapılması hususu kendi içerisinde tutarsızlıklar yaratabilmektedir. Her ne kadar yukarıda verilen örnekler üzerinden yapılan değerlendirmede klasik suçlar ele alındığı için belli bir tutarlılığa ulaşılmış olsa da suçun konusu konusundaki geleneksel görüş de aslında suçun maddi konusunda olduğu gibi hareketin fiilen yöneldiği fiilen gerçekleştiği değer üzerinden yapılmaktadır. Dolayısı ile ister maddi konu ister suçun konusu görüşü ele alınsın fiili saldırının gerçekleştiği obje üzerinden yapılan bu ayırım bütün suç tiplerini kapsayıcı bir şekilde bir çözüme ulaşmaya imkân tanımamaktadır. Şöyle ki;

⁶⁴ Jescheck / Weigend, s. 263, 264; Roxin, C. I, s. 337, kn. 123-124; Otto, s. 41, kn. 11.

⁶⁵ Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 287; Akbulut, s. 311; Jescheck / Weigend, s. 264, Uğur Ersoy, "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", 2020, 41, Y. 11, TAAD, s. 46. Öztürk/ Erdem, s. 219.

a) Öncelikle suçun konusunun muhakkak maddi olması gerektiğine ilişkin görüşler açısından vurgulanmalıdır ki birçok suç tipinde suçun maddi bir konusu bulunmamaktadır. Bu bağlamda temel kimi kabulleri yeniden hatırlamak gerekir. Kanuni tipin çekirdeği niteliğindeki hukuki değer;⁶⁶ suç ile ihlal edilen, ceza tehdidi ile korunma altına alınmış hukuki değer veya menfaat olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷ Suç ile ihlal edilen hukuki değer ile suçun maddi konusu kavramı karıştırılmamalıdır.⁶⁸ Hukuki değer; maddi değil, soyut olarak kavranabilir bir yapıdadır.⁶⁹ Suçun maddi konusu ise yukarıdaki kimi yazarlarca belirtildiği üzere fiilin nesnesini oluşturan ve tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği ve maddi varlığı olan şey olarak tanımlanmaktadır.⁷⁰ Cismi olmayan şeyler suçun maddi konusunu oluşturmaz.⁷¹ Örneğin; kasten veya taksirle yaralama suçunda suçun hukuki konusu kişinin vücut bütünlüğü iken suçun konusu ise kişinin vücudu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷² Suç ile ihlal edilen hukuki değer ile suçun (maddi) konusu arasındaki ayrım konusunda doktrinde büyük ölçüde fikir birliği olduğu gözlemlenmektedir.⁷³ Ancak bu açıklamalar, yalnızca maddi konu ile hukuki değerlerin bir arada ve yakın bir ilişkide bulunduğu suç tipleri için kolaylıkla yapılabilir.⁷⁴

Suçun maddi konusu görüşünden hareket edildiğinde maddi konusu olmayan suçlar bakımından açıklama yapma zorluğuna düşülmektedir.⁷⁵ Çünkü bu tür suçlarda esasen fiilin üzerinde gerçekleştiği “maddi bir görünüm

⁶⁶ Ünver, s. 109.

⁶⁷ Hafizoğulları / Özen, s. 199. Ceza hukukunun sınırlanmasında hukuki konu kavramının anlam ve önemi için bkz. Elvan Keçelioğlu, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 632.

⁶⁸ Toroslu, Hukuki Konu, s.193 vd.

⁶⁹ Ünver, s. 534; Toroslu, Hukuki Konu, s. 196.

⁷⁰ Öztürk / Erdem, s. 202. Ayrıca yukarıda suçun maddi konusu kavramını kullanan yazarlar için bkz. bölüm başlığı: II. A. 1.

⁷¹ Zafer, s. 163

⁷² Özgenç, s. 219, 220; Öztürk / Erdem, s. 202., Jescheck / Weigend, s. 256 vd. Koca/Üzülmez, s. 117 vd., Zafer, s. 154, Roxin, C. I, s. 33, kn. 65.

⁷³ Özgenç, s. 219, 220; Öztürk / Erdem, s. 202.

⁷⁴ Örneğin yaralama suçlarında maddi konu vücut iken hukuki konu vücut dokunulmazlığıdır. Benzer şekilde hırsızlık suçunda maddi konu bir eşya iken hukuki konu mülkiyet/zilyetlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Stratenwerth / Kuhlen, s. 76.

⁷⁵ Zafer, s.163. Bu bağlamda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Düşürme Suçu öğretide konusuz suçlara örnek olarak gösterilmektedir. Öztürk/Erdem, s. 194.

formu” bulunmamaktadır. Örneğin TCK’nın 292. maddesinde düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda, korunan hukuki değer adil ve güvenli bir toplumda yaşama hakkı iken korunan hukuki değer ilişkili olduğu konu kişilerin güvenliğidir. Ancak bu suçta suçun maddi konusu bulunmamaktadır.⁷⁶ Yine aynı şekilde TCK’nın 294. maddesinde düzenlenen kaçmaya imkân sağlama suçunda da herhangi bir maddi konu bulunmaz iken korunan hukuki değer adil ve güvenli bir toplumda yaşama hakkı ile ilişkili olan kişi güvenliğidir. Dolayısı ile zarara uğratılan ve tehlikeye düşürülen bir maddi konunun bulunmadığı bu tür suçlar zarar ve tehlike suçu ayırımına elverişli değildir. Maddi konu kriteri bu bağlamda işlevsel değildir.

Yukarıda gösterildiği üzere; maddi konusu olmayan suçlar bakımından, suçun maddi konusunun yanı sıra kimi sosyal değerler de suçun konusu içerisinde değerlendirilmekte ve suçun hukuki konusu olarak nitelenebilecek kimi değerler suçun konusu haline getirilerek içeriği doldurulmaya çalışılmaktadır.⁷⁷ Aynı şekilde özel hayatın gizliliğini koruyan ve cebir kullanma gibi insanın özgür iradesini etkileyen suçlarda, esasen fiilin üzerine fiilen yöneldiği maddi bir yapı bulunmamaktadır. Dolayısı ile böylesi suç tiplerinde suçun maddi konusundan bahsetmenin bir anlamı da bulunmamaktadır. Ancak anılan durumlarda hukuki konunun somut durumdan soyutlanarak tanımlanması kimi karışıklıklara yol açmaktadır. Bu durumlarda telifçi bir yaklaşımla suçun maddi konusu kavramından feragat edilerek suçun konusu kavramı kullanılmaya başlanmaktadır. Maddi bir varlığı bulunmayan durumlar örneğin esasen şeref gibi hakaret suçlarında suçun konusu olarak gösterilen ancak vücutsal bir yapı ortaya koyamayan değerlerden bahsedilirken anlatılan şey suç ile ihlal edilen değerden başka bir şey değildir.⁷⁸ Bütün bu durumlarda da suçun maddi konusu veya konusu kavramı kendi anlamını kaybetmektedir.

b) Üzerinde durulması gereken ikinci nokta ise hareketin fiilen üzerine yöneldiği şahıs veya şey olarak maddi konu veya geleneksel anlamda suçun konusu ile hukuki değer veya konunun fiilen koruma altına aldığı konunun birbirinden farklı olması durumudur. Yani hukuki konunun koruma altına aldığı obje ile addi konunun aynı olmaması durumudur. Bu durumda zarar suçu ve tehlike suçu ayırımı nasıl yapılacaktır? Geleneksel öğretiye uygun bir

⁷⁶ Erdin, s. 44, dn. 213.

⁷⁷ Suçun maddi konusunun sosyal değer görünümü bilgisi için bkz. Jescheck / Weigend, s. 260. Hakaret suçlarında şeref kavramının suçun konusunu oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 285.

⁷⁸ Stratenwerth / Kuhlen, s. 76.

şekilde suçun maddi konusu tespit edilecek ve onun zarara veya tehlikeye uğraması olarak sorun çözülecek olursa amaca uygun bir çözülemeye ulaşılabilir mi?

Görüldüğü üzere zarar ve tehlike suçlarının, hareketin *suçun (maddi) konusu üzerindeki etkisine göre değil, hukuki konunun objesi üzerindeki etkisine* göre sınıflandırılması geleneksel yaklaşımdan bir sapma özelliği göstermektedir.⁷⁹ Öncelikle belirtilmelidir ki suçun maddi konusu ile hukuki konunun objesi, ceza hukuku çalışmalarının üzerinde yoğunlaştığı geleneksel suç tipleri açısından (öldürme, yaralama, malvarlığı aleyhine işlenen suçlar vs) aynı şeye işaret etmektedir.

Bu bağlamda vurgulanmalıdır ki Alman hukukunda esasen zarar suçları ile neticeli suçlar arasındaki ilişki sorgulanır iken bazı zarar suçlarında kanunda gösterilen tipik neticenin gerçekleştirilmesine ve suçun maddi konusu (einwirkungsobjekt) üzerinde etki meydana getirilmesine rağmen suç tipiyle koruma altına alınmış/hukuki değer ile ilişkilendirilmiş objenin zarar uğratılmadığı tespit edilmiştir. Buna örnek olarak ise belgede sahtecilik suçlarında sahte belge düzenleme alternatif seçimlik hareketi verilmektedir.

⁷⁹ Türk hukukunda suçun konusu ile ilgili çalışmalarda suçun maddi konusu, suçun konusu ve hukuki konunun konusu gibi kimi kavramların farklılığı üzerinde belli bir farkındalık oluşmuş ancak bunların aynı anlamda kullanıldığı görüşleri ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden *Bulut*'a göre; "Suçun maddi unsurlarından biri olan "konu", doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Suçun konusu, "suçun üzerinde meydana geldiği şey", "suçun cismini teşkil eden insan veya şey", "suç failinin hareketinin yöneldiği kişi ya da şey", "eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı" vb. şekillerde tarif edilmektedir. Doktrinde bizim suçun konusu olarak ifade ettiğimiz kavram "hareketin konusu", "hukukî değerın konusu", "ihlalin konusu" gibi başka pek çok terimle ifade edilmektedir." İlhan Bulut, Suçta Netice, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020, s. 144. Yine yeni tarihli bir çalışmada *Ünal*; "Doktrinde "hukuki değer objesi" ("Rechtsgutsobjekt") ile ifade edilen terim, suçun kanuni unsurunda bulunan konu (obje) ile aynı anlama gelmektedir. Bundan başka doktrinde "hareket objesi" ("Handlungsobjekt"), "saldırı objesi" ("Angriffsobjekt"), "fiil objesi" ("Tatobjekt") kavramlarına da rastlamaktayız. Bu kavramlar da eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Yani karşımıza çıkan bu kavramlar maddi unsur altında yer alan suçun konusundan başka bir şey değildirlir. Hukuki değeri hukuki konu olarak ele alan görüşler suçun konusunu maddi konu olarak adlandırmışlardır. Buna göre suçun cismini oluşturan insan veya şey suçun maddi konusudur. Dikkat çeken bir diğer kavram olan "koruma objesi" ("Schutzobjekt") kavramı hukuki değer kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Normun koruduğu şeyin ancak hukuki değer olduğundan hareketle koruma objesiyle aynı anlama geldiği belirtilse de suçun konusu kavramı ile ayırımının zaten birtakım güçlüklerle karşılaşıldığı göz önüne alındığında koruma objesi kavramının kullanımının doğru olmadığını gözlemlemekteyiz" diyerek kavramlar arasında bir fark görmemektedir. Bkz. Osman Gazi Ünal, Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, s. 135.

Sahte belgenin düzenlenmesi ile kanunda gösterilen tipik neticenin gerçekleştiği ancak bizzat bu belge korunan obje olmadığı için bu belgenin zarara uğramasının gerekmediği, zarara ve tehlikeye uğrayanın bu obje olmadığı bilgisine ulaşılmıştır.⁸⁰

Nihayetinde yine Alman hukukunda bu kavramları birbirinden ayırmaya yönelik tanım denemeleri yapılmaya başlanmıştır ve hukuki değer ile koruma altına alınmış menfaati temsil eden nesne (rechtsgutobjekt) kavramı ortaya atılmıştır. Yukarıda da ayrıntıları ile belirtildiği üzere öğretilerde suçun maddi konusu ile suçun konusu arasındaki ayrımın hareketin fiilen yöneldiği değerler maddi ve manevi değerler olması açısından yapılan bir ayrıma dayandırıldığı söylenmiştir. Bu bağlamda suçun konusu kavramının başka yönlerden de suçun maddi konusu kavramından ayrılabilir bir tanım yapılması zarureti doğmaktadır. Bu bağlamda hukukumuzda suçun konusu kavramı tanımlanırken Alman hukukunda hukuki değerler konusu olarak çevrilebilecek ‘rechtsgutobjekt’ kavramına verilen anlamların, suçun konusu kavramına da yüklenmesi gerekmektedir. Buna göre esasen suçun konusu “rechtsgutobjekt” kavramını da içerir bir şekilde tanımlanacak olursa bu somut bir objedir. Bu obje hukuki değer açısından koruma altına alınmış ve korunan hukuki değere uygun davranılması talebi bu objeye özen gösterilmesine bağlanmıştır. Bu obje esasen zarar ve tehlikeye uğratılabilir. Bu bağlamda bir insanın yaşamı, bir başkasına ait olan eşya, değiştirilmesi hukuken mümkün olmayan para buna örnek olarak gösterilmektedir.⁸¹ Hukuki konunun objesi kavramı somut bir olayda somut bir obje üzerinden hukuki değerlere uygun davranılması talebiyle doğmaktadır.

Buna karşılık suçun maddi konusu (Tatobjekt/hareketin objesi) hukuki değerlerin korumaya aldığı bir objeden söz edilmeksizin somut hareketin yöneldiği, üzerinde gerçekleştiği bir insan veya şey olabilir. Örneğin memuriyet görevini yaparken saldırıya uğrayan bir memur esasen suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Ancak bu memur görevinin yerine getirilmesi engellenmek için zarar uğrattığı ise bu memur esasen hukuki değerlerin objesi olmaktadır.⁸²

⁸⁰ Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Bası, DeGruyter, Berlin 1983, s. 142, Goeckenjan, s. 50. Ancak Alman doktrininde Roxin, bu ayrımı yapmamaktadır. Roxin, s. 337, kn.123. Aynı şekilde Wessels/Beulke/Setzger de bu yönlü bir ayrım yapmamaktadır. Johannes Wessels / Werner Beulke / Helmut Setzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Bası, C.F. Müller, 2015, s. 12, kn. 40.

⁸¹ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Bası, Mohr Verlag, 1975, s. 37-38.

⁸² Schmidhäuser, s. 37-38.

Hareketin objesi hareketin dış görünüşü ile ilgilenirken koruma objesi ise norm kavramı tarafında var olmaktadır. Bunun sonucu olarak hareketin objesi suçun kanuni tarifinde tanımlanmışken korunan hukuki değer ise bu tarifin dışında yer almaktadır⁸³ Hareketin yöneldiği obje, fiilin gerçekleştirildiği objedir ve suçun konusu olan ve hukuki değer somut olayda koruma altına aldığı suçun konusu ile aynı olmak zorunda değildir.⁸⁴ Bu kavramlar çoğunlukla aynı şeye işaret etse de bazen aşağıda görüleceği üzere birbirinden farklılaşabilmektedir. Hukuki değere özen gösterilmesine bağlı talebi (“Achtungsanspruch”) olarak gören ve suçun konusunu hukuki değer objesi olarak adlandıran bu düşünceye göre, bu obje hukuki değer özen talebine yapışan somut bir objedir ve onun tarafında varlığına zarar verilebilir veya tehlikeye düşürülebilir. Bu düşünce sadece hukuki değer ve hukuki değer objesi arasında bir ayırım yapmamakta, failin hareketinin ilişkili olduğu konuyu hareketin objesi (*suçun maddi konusu veya geleneksel anlamda suçun konusu*) olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla hukuki değer objesi ve hareketin ilişkin olduğu konu birbirinden farklıdır. Hukuki değer objesi hukuki değeri temsil eden, değer üzerinde cisimleştiği somut bir obje iken, fiil objesi (tatobjekt/handlungsobjekt) üzerinde icra edilen konudan ibarettir.⁸⁵

Esasen bizim hukukumuzda da konuya davranış normlarının değerlendirme fonksiyonu açısından yaklaşan Özgenç; “*davranış normları ile hukuki koruma altına alınan hukuki değer bir şahıs ve eşyanın ilişkin olduğu bir husustur... Hukuki değerler doğrudan zarar ve tehlikeye uğramaz... Suç bu ideal değerleri tanımama anlamına gelir ve her suç teşkil eden fiil aynı zamanda bir hukuki değer ihlalidir... Hukuki değer ile ilişkilendirilemeyen bir suçtan bahsedilemez... Hukuki değerler kendi içerisinde derecelendirilebilir. Bu derece farklılığı zorunluluk halinde büyük önem taşır... Zorunluluk halinde bir hukuki değer ilişkin olduğu konu örn. bir kişinin hayatı tehlikeyle karşı karşıyadır. Bu konunun korunması uğruna daha az derecedeki bir hukuki değer ilişkin olduğu konu feda edilmektedir (konutun kapısı kırılmaktadır.)*” hukuki değerlerin ilişkin olduğu bir konunun ceza hukuku dünyasında olduğunu belirtmektedir.⁸⁶

⁸³ Ünver, s. 134.

⁸⁴ Rönnau, s. 962.

⁸⁵ Ünal, s. 139.

⁸⁶ Özgenç, s. 175-178.

Konuya ceza hukukun işlevi açısından yaklaşılacak olursa da aynı amaca ulaşmak mümkündür. Ceza hukukun bugün için tek amacı vardır o da esasen hukuki değerleri korumaktır.⁸⁷

Bu değerler, hukuk tarafından tanınan ve koruma altına alınan bireysel menfaatleri ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak hukuksal değerler, hukuk tarafından kendisine bir değer atfedilerek hukuki sonuç bağlanan ve hukuki koruma altına alınan bireysel menfaatler yani hukuksal formları ile haklar, özgürlükler ve benzeri hukuki kurumları ifade etmektedir. Dolayısıyla hukuksal değer kavramının temelinde zorunlu olarak kişiler ile fiziksel veya toplumsal objeler arasında var olan menfaat ilişkileri yer almaktadır. Bu menfaat ilişkilerine hukuk sisteminin atfettiği değer, hukuksal değer olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁸

Hukuksal değerlerin, hukuk sistemi tarafından bireysel menfaatlere atfedilen değer olduğunu belirtmemiz, bu değerlerin soyut ve ideal kavramlar olarak karşımıza çıkmasına sebebiyet vermektedir. Hukuksal değerlerin hiçbir durumda maddi karşılıkları söz konusu olmadığı gibi manevi-ideal kavramlar olarak bunların zarara ya da tehlikeye uğramaları da mümkün değildir. Fail, fiilini nesnel ya da öznel, fiziksel ya da toplumsal koruma objeleri üzerinde gerçekleştirecek, bu nedenle söz konusu objeler zarara ya da tehlikeye uğrattırılacaktır.⁸⁹ Hukuki değer bir menfaat ilişkisi olarak tanımlandığında buradaki menfaat ilişkisi tanımlaması; hukuksal değeri, menfaat ilişkisinin objesinden yani suçun konusundan (Rectsgutsobjekt) ayırmaktadır.⁹⁰ Ancak burada değinilen ve hukuki değerlerin koruma altına aldığı obje ve nesne kavramları salt fiziksel değil beşeri/toplumsal gerçeklikleri de ifade etmektedir.⁹¹ Burada en temelde fiziksel varlığı olan objeler söz konusu olmaktadır. Örneğin mülkiyet hakkının ilgili olduğu eşya, fiziksel bir gerçekliği ifade etmektedir. Ancak toplumsal yaşamda kişilerin yalnızca fiziksel gerçekliklerle değil, toplumsal gerçekliklerle de menfaat ilişkisi içine girmekte olduğu kuşkusuzdur. Bu bağlamda beşeri hayatta var olan ‘evlilik’, ‘şeref’, ‘anayasal düzen’ gibi kavramların hiçbir fiziksel karşılıkları olmadığı

⁸⁷ Otto, s. 5, kn. 22.

⁸⁸ Erkan Sarıtaş, Suç İşlemek İçin Örgütlenme Suçları, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 142.

⁸⁹ Sarıtaş, s. 142, 143.

⁹⁰ Sarıtaş, s. 142, 143.

⁹¹ Otto, s. 7 kn, s.36; Sarıtaş, s. 143.

ancak bunların birer toplumsal gerçeklik olarak “var oldukları” açıktır. Kişilerin bu toplumsal gerçeklik tipleri ile menfaat ilişkileri de kaçınılmaz olarak hukuksal değerlere vücut verecektir.⁹² Bu bakımdan hiçbir fiziksel varlığı olmayan ancak birer toplumsal varlık olan bu hususlar, hukuki değerlerin koruma altına aldığı objeler veya nesnelere olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu çerçevede koruma objesinin yani suçun konusunun hukuksal değerine ilişkili olduğu fiziki ya da toplumsal obje olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁹³

C. Zarar ve Tehlike Suçu Ayırımında Suçun Konusuna (Hukuki Değerin Objesi Olarak) Kriterine Başvurmanın Sonuçları

Suçun konusu (hukuki konunun objesi) ile maddi konu arasındaki farklılığın ortaya konulmasından sonra zarar ve tehlike suçları arasındaki ayırım açısından ceza hukukunda tutarlı iddialar ileri sürülebilmektedir. Çünkü bazı suçların analizinden de görüleceği üzere neticeli bir suç zarar veya somut tehlike suçu olabileceği gibi istisnai olarak soyut tehlike suçu (!) da neticeli bir suç olabilir. Örneğin Alman hukukunda, AİCK'nin 223. maddesinde düzenlenmiş bulunan “yaralama” ve 315c maddesinde düzenlenen “trafik güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi” suçlarının konularının, birer zarar ve tehlike şeklinde ortaya çıkmış neticeli suçlar olduğu ifade edilmiştir. Ancak neticenin gerçekleşmesine rağmen böyle bir suç konusu bağlantısının olmadığı soyut tehlike suçları da bulunabilmektedir. Anılan suçlar; tipiklikte, objektif ve sübjektif anlamda suç konusunun zarar veya somut tehlikeye düşürülmesinin öngörülmediği, hareketin gerçekleştirilmesi ile hukuki konunun tehlikeye düşürüldüğünün kabul edildiği suçlardır. Bu suçlara, AİCK'nin 306a maddesinde gösterilen ağır kundaklama suçu örnek olarak gösterilmektedir. Ağır kundaklama suçunun tipinde, kanun koyucu hukuki konu olarak insan yaşamının korunmasını amaç edinmektedir. İnsanların kullanımına ayrılmış binaları tamamen veya kısmen yakan kişi bu suçun failidir. Suçun maddi konusu ise binalardır. Burada binaların yanması ve zarara uğraması formel anlamda tipiklikte gösterilen neticedir. Suçun maddi konusu üzerinden analiz yapılacak olursa maddi konular yakılmış, zarara uğratılmıştır. Bu yönüyle ağır kundaklama, bir zarar suçudur. Aynı anlamda hareketten zaman ve mekân olarak bir netice meydana geldiği için neticeli bir suçtur. Ancak Alman hukukunda bu suç tipik bir soyut tehlike suçu olarak tanımlanmaktadır.⁹⁴

⁹² Sarıtaş, s. 143.

⁹³ Sarıtaş, s. 144.

⁹⁴ Kindhäuser, s. 1179; Stratenwerth / Kuhlen, s. 76; Rönnau, s. 962; Bernd von Heintchel-

Nitekim kanuni tipte insan yaşamına yönelik bir zarar veya tehlikenin ortaya çıkması aranmadığından kundaklama suçu insan yaşamının korunması açısından bir soyut tehlike suçu özelliği göstermektedir.⁹⁵ Görüldüğü üzere bu tür suç tiplerinde de esasen suçun maddi konusu ile hukuki konunun objesi kavramları birbirinden farklılaşmış bir hâlde karşımıza çıkmaktadır.

Açıklanan gerekçelerle zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ayrımın suçun maddi konusu üzerinden yapılmaya çalışılması bizlere anlamlı bir sistematik sunmamaktadır. Zarar ve tehlikeden anlaşılması gerekenin maddi konunun üzerinde bırakılan etki olduğunun kabulü mümkün değildir. Mantıki mecburiyet icabı zarar ve tehlike hukuki değerini ilişkili olduğu suçun konusunun zarara ve tehlikeye düşürülmesi olmalıdır ve hukuki konunun ihlali zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Esasen maddi konunun anlamını kaybettiği bütün bu durumlarda ‘zaruri olarak zarar ve tehlike suçlarındaki ayrım, hukuki konunun zararı veya tehlikeye düşürülmesi olarak anlaşılmalıdır’⁹⁶ görüşünün de bu bağlamda telif edilerek somut olayda hukuki değeri temsil eden objenin zarar ve tehlikeye uğratılması düşüncesini savunmak hukuken daha tutarlı olacaktır.

Görüldüğü üzere zararın maddi konu üzerindeki etkiye göre değerlendirilmesi birçok suç tipini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Özellikle hırsızlık ve yağma gibi suç tiplerinde çalınan eşyanın zarar görmesinden bahsedilemez; zarar gören, somut olayda kişinin mülkiyet hakkı ile koruma altına alınan malvarlığıdır. Dolayısı ile suçun maddi konusu somut bir fiilde çalınan cep telefonu iken bu cep telefonu zarara uğramamakta zarara uğrayan kişinin eksildiği için malvarlığı olmaktadır. Bu somut olayda da esasen hukuki değerini ilişkin olduğu konuyu yani suçun konusunu malvarlığı oluşturmaktadır. Aynı şekilde resmi belgede sahtecilik suçunda tehlikeye düşen, suçun konusu olan belge değil kamu güvenidir.⁹⁷ Yine belgede sahtecilik suçlarında hukuken

Heinegg, StGB Kommentar, 3. Bası, C.H. Beck, 2018, s. 2181.

⁹⁵ Rönnau, s. 962. Bizim hukukumuz açısından bir evin yakılmasıyla veya tahrip edilmesiyle, şayet ev bir başkasının mülkiyetinde ise ve sahibinin rızası yoksa, mala zarar verme suçu işlenmiş olur. Bu suç bir netice suçudur. Ancak, bu suçun işlenmesiyle başkalarının hayatı, vücut bütünlüğü ve malvarlığı da tehlikeye sokulmuş olabilir. Bu yönü itibarıyla bir tehlike suçundan söz edebiliriz. Ancak bu suç, Alman Kanunu’ndan farklı olarak, TCK’da bir somut tehlike suçu olarak tanımlanmıştır. Bu tehlike suçunun oluşabilmesi için yakılan veya tahrip edilen malın bir başkasına ait olması gerekmektedir.

⁹⁶ Stratenwerth / Kuhlen, s. 76.

⁹⁷ Ömer Metehan Aynural, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma

geçerli olan belge üzerinde bir sahtecilik yapılması halinde suçun maddi konusu kriteri işe yarayabilmekte ve bu suç maddi konu zarara uğradığı için bir zarar suçu olarak tanımlanabilmektedir. Ancak belgenin , “sahte olarak düzenlenmek” (TCK. m. 204, 207), “yalan beyanda bulunmak” (TCK. m. 206) veya “gizlemek” (TCK. m. 205, 208) suretiyle işlenmesinde belgenin zarar veya tehlikeye uğraması söz konusu olmamaktadır. O halde zarar veya tehlike suçlarını suçun (maddi) konusunun etkileniş derecesi ve şekli olarak tanımlamak da herhalde isabetli olmamaktadır.⁹⁸ Bu suçun işlenmesi ile ihlal edilen hukuki değer, hukuki ilişkilerin belgelerle sağlamlığının ve güvenliğinin sağlanmasıdır.⁹⁹ Zarar ve tehlikeye düşürülen ise bir hukuki ilişkiye katılacak kimsenin güven duygusudur.¹⁰⁰

Bu iddiayı teyit eden örneği TCK’da da bulmak mümkündür. Nitekim “genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu”, 5237 sayılı TCK’nın “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar” başlıklı birinci bölümünde, Kanun’un 170. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir:

“Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda;

a) Yangın çıkaran,

b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan,

c) Silâhla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Suçtu, XII Levha Yayınları, 2018, s. 21.

⁹⁸ Erdin, Ceza Hukukunda İlliyet, s. 43. Mala zarar verme suçunda suçun konusu zarar verilen taşınır veya taşınmaz maldır. Suçun neticesi bu mala zarar verilmesi , mala zarar vermek suretiyle, suçla korunan hukuki değer ilişkili olduğu konu olan malvarlığında da bir zarar meydana gelmektedir. Bu bakımdan suçun işlenmesiyle suçun konusunun zarar veya tehlikeye uğruyor olması, onun zarar veya tehlike suçu olmasının sebebi değildir. Zarar suçu-tehlike suçu ayrımı, korunan hukuki değer ilişkili olduğu konunun zarar veya tehlikeye uğramasına göre tayin edilecektir. Ayrıca bkz. s. 44. dn. 211. Yazara katılmakla beraber esasen korunan “hukuki değere ilişkin konu”nun “suçun konusu” içerisinde şerh edilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzu yukarıda belirtmiştik.

⁹⁹ Gunther Artz / Ulrich Weber / Bernd Heinrich / Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Bası, Gieseking Verlag, 2015, s. 929.

¹⁰⁰ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, s. 929.

Tipiklik unsuru analiz edildiğinde, yangın çıkarma ve bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel taşkınına neden olma gibi fiillerle suçun esasında neticeli bir somut tehlike suçu olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Maddi konunun zarar ve tehlikeye düşürülmesi açısından yaklaşılacak olursak bir neticeli zarar suçu; fakat hukuki konu açısından yaklaşılacak olursak kanun koyucunun amaçladığı şekilde somut tehlike suçu karşımıza çıkmaktadır.¹⁰¹ Çünkü kanun koyucu kişilerin hayatını, sağlığını ve malvarlığını koruma amacı gütmektedir. Burada suçun konusu esasen yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel ve taşkın ya da silah ve patlayıcı madde ile hayatı sağlığı ve malvarlığı tehlikeye düşen korku, kaygı ve panik yaşayan kimselerdir. Kişinin kendi arazisinde yangın çıkarma veya kendi binasını çökertme hakkı bulunmamaktadır. Suçun maddi konusu yangın çıkarılan şey veya çökertilen bina bile olsa suçun konusu somut durumda bunlardan etkilenen kişilerdir. Dolayısı ile bu suç suçun maddi konusu (Tatobjekt) açısından bir neticeli/zarar suçu olarak tanımlanması hukuken hatalı olacaktır. Suçun konusu açısından bu suç somut bir tehlike suçudur. Bu suç ile korunan hukuki değer başkalarının tehlikesiz bir yaşama sahip olma hakkıdır.

Söz konusu iddia hazırlık hareketlerini cezalandıran kimi soyut tehlike suçları üzerinden daha da derinleştirilebilir. Bu suçlarda kanun koyucu birçok eleştiri almasına rağmen esasında daha sonra gerçekleştirilmesi planlanan bir hukuki konu ihlali için cezalandırma yoluna gitmiştir. Bu suçlarda hazırlık hareketi cezalandırılmasına rağmen dış dünyada belirlenebilir bir etkinin neticenin olması kayıt altına alınmaktadır. Bu bağlamda Alman kanununun 202c maddesi örnek olarak verilebilir. Bu maddede esasen veri casusluğu ve verilerin iletilirken ele geçirilmesinin hazırlığı yapılmakta ve bu hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır.¹⁰² Bu maddeye göre kişi, özel olarak korunmuş verilere giriş yapmaya çalışır, şifre ve sair güvenlik kodlarını ve bu tür fiilleri işlemeye yarayan bilgisayar programlarını üretir, kendisine ve başkasına sağlar, satar, bir başkasına verir, yayar veya sair bir şekilde ulaşılmasını sağlarsa cezalandırılmaktadır. Bu suç tipinde de esasında bir kişinin gizli kalması konusunda hukuki menfaati olan verilere ilişkin ihlal henüz ortaya çıkmamış; bu fiillerin akabinde veya bilinmeyen bir mesafede ortaya çıkacak olsa da esasen tipik netice gerçekleşmiştir.¹⁰³ Ancak suç

¹⁰¹ Bkz. TCK 170. maddenin gerekçesi, in. Erdener Yurtcan, Yeni Türk Ceza Kanununu ve Yorumu, 2. Bası, Kazancı Yayınları, 2006, s. 306.

¹⁰² Goeckenjan, s. 50-51., Heintchel-Heinegg, s. 1306 vd.

¹⁰³ Goeckenjan, s.51.

korunan hukuki değerin objesi açısından bir soyut tehlike suçu olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁴ Bu suç tipinde de temel olarak fiilin yönelik olduğu suçun maddi konuları olan şifreler, güvenlik kodları ve bilgisayar programları açısından bir değerlendirme yapılmamakta, bilakis hukuki değerin korumaya aldığı obje/suçun konusu üzerinden suç, soyut tehlike suçu en nihayetinde neticeli bir soyut tehlike suçu olarak ortaya çıkmaktadır.

Benzer bir değerlendirmeyi Türk Ceza Kanunu bakımından da yapmak mümkündür.

“TCK Madde 245/A- (Ek: 24/3/2016-6698/30 md.) (1) Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Hükmünü düzenlemektedir. Suçun maddi konusu cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu olsa bile bunların bulundurulması veya oluşturulması ile veya imali, ithali, sevki, nakli, depolanması, kabulü, satışı, satışa arzı, başkalarına verilmesi, bulundurulması ile esasen söz konusu cihazlar, bilgisayar programları şifreler ve sair güvenlik kodları zarar ve tehlikeye uğramamaktadır. Burada zarar ve tehlikeye uğrayan bilişim suçları bağlamında korumaya alınmış başta veri olmak üzere bilişim sistemleri ve diğer şeylerdir. Bu bakımdan suç soyut tehlike suçudur. Bu bağlamda ilgili suç, maddi konu ile suçun konusu arasındaki farklılaşmaya örnek olarak verilebilir.

Sonuç

Bir suçun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli bir suç mu bu bağlamda zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğunun uygulama açısından teorik tartışmalardan öte anlamları bulunmaktadır. Bunlar, illiyet bağı ve objektif isnadiyete ilişkin tartışmalar, suçun işlendiği yer, suça teşebbüsün uygulama alanı bulunup bulunmayacağı gibi önemli konulardır. Neticenin doğal anlamıyla algılanmasıyla suçlar sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Her hareketin bir dış etkisinin olduğu iddiası doğru olsa

¹⁰⁴ Heintchel-Heinegg, s. 1317, Goeckenjan, s. 51.

bile bu kendisine bir hukuki sonuç bağlanmadığı sürece önem arz etmez. Bu bakımdan hareketten hasıl olan ve zaman ve mekân olarak hareketten ayrılabilen ve kendisine tipiklikte yer bulmayan neticeler ceza hukuku bakımından netice olarak kabul edilemez.

Ceza hukuku bakımından maddi konu, suçların yorumu ve uygulaması açısından son derece önemlidir. Ancak maddi konu ve bir hukuki değer ait olduğu obje ile ilişkilendirilmemiş suçun konusu tanımlaması, kendi üzerinden bir suç kategorisi yaratmaya elverişli değildir. Çünkü birçok suçta esasen bir maddi konu yoktur. Maddi konunun bulunmadığı noktalarda sosyal değerlerin ikamesiyle sorun ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır ve hukukumuzdaki ağırlıklı görüş doğrultusunda sadece bu yönüyle maddi konudan ayrılmaktadır. Bu hâlde ise esasen maddi konunun kendisi önemini kaybetmektedir. Bahsi geçen çözümle ihlal edilen şey aslında çoğunlukla hukuki konu olmaktadır. Maddi konunun zarara veya tehlikeye düşürülmesine göre suçların zarar ve tehlike suçu kategorilerine ayrılması, öncelikle her suçta maddi konunun olmadığına ilişkin hususun gözden kaçırılması hatasına dayanmaktadır. Maddi konunun kategori oluşturma konusundaki elverişsizliğinin bir diğer sebebi, hukuki değerın konusu ile suçun maddi konusunun her suç açısından aynı olmadığı -birçok kez olmasına rağmen- hususundaki farkındalık eksikliğidir.¹⁰⁵ Bu bakımdan eğer zarar ve tehlike suçu arasında bir ayırım yapılacak ise bu suç ile korunan hukuki değeri de temsil eden suçun konusunun zarar veya tehlikeye uğratılması olarak anlaşılmalıdır. Hukuki değerler zarar ve tehlikeye uğramaz, ancak ihlal edilebilir. Esasen zarara ve tehlikeye uğrayan hukuki değerlerin koruma altına aldığı maddi ve manevi varlıklardır. Suçun konusu tanımı yapılırken öncelikle hukuki değer- hukuki değerın objesi görüşünden hareket edilerek hukuki değer objeleri ile ilişkili bir tanımlama yapmak gerekmektedir.

Öte yandan suç tipinin doğru bir şekilde tanımlanması kimi hukuki kurumların uygulanması bakımından son derece önemlidir. Suç tipi doğru belirlenemez ve yukarıda kundaklama fiili için yapılan açıklamaların gösterdiği gibi maddi konu üzerinden bir “neticeli zarar suç”u olarak yorumlanırsa rıza müessesesi yanlış uygulanarak kişinin kendi binası üzerinde pekâlâ yangın çıkarılmasına rıza gösterebileceği ileri sürülebilir. Oysaki suç, doğru olarak hukuki konunun objesi üzerinden suç konusu tanımlanarak “neticeli bir tehlike suçu” olarak yorumlanırsa toplum için tehlikeli bir şekilde yangın

¹⁰⁵ Stratenwerth / Kuhlen, s. 76

çıkarılarak belirsiz sayıda insanın mülkiyet hakkının değil, yaşam hakkının tehlikeye düşürüldüğü öngörülür ve rıza kurumu uygulama alanı bulamaz. Bu sebeple malikin eşyanın zarar uğratılmasına ilişkin rızasının hukuki bir önemi bulunmamaktadır.¹⁰⁶

Sırf hareket suçlarında hareketin yapılmasıyla suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olmaktadır. Doğal anlamda bir netice tipiklikte öngörülmemiştir. Aynı şekilde soyut tehlike suçlarında da hareketin gerçekleştirilmesiyle suçun maddi unsuru gerçekleştirilmiş olur. Hareketin gerçekleşmesi ile somut tehlike veya zarar şeklinde cezalandırma için gerekli olan dışsal bir etki -ister objektif cezalandırma şartı ister netice olarak tanımlansın- aranmaz. Ancak bu, sırf hareket suçları ile soyut tehlike suçlarının aynı şey olduğuna ilişkin bir yanlışlığı doğurmamalıdır. Söz konusu kavramlar, bir suça farklı açılardan yaklaşımla ilgili sınıflandırmalardır.¹⁰⁷ Ancak yukarıdaki analizden de anlaşılacağı üzere her sırf hareket suçu bir netice aranmaması dolayısıyla bir soyut tehlike suçudur. Ancak her soyut tehlike suçu bir sırf hareket suçu değildir. Pekâlâ, belli bir neticenin gerçekleşmiş tipiklikte öngörülmüş olması nedeniyle suç konusu soyut olarak tehlikeye düşürülmüş olabilir. Bütün bu açıklamalardan sonra yukarıda belirtilen ve sırf hareket suçları ile soyut tehlike suçlarının aynı şey olduğunu iddia eden görüşlerin aksine şu çıkarımda bulunulabilir: Bütün sırf hareket suçları soyut tehlike suçudur. Ancak bütün soyut tehlike suçları sırf hareket suçu değildir.¹⁰⁸

KAYNAKÇA

Akbulut B., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Alacakaptan U., Suçun Unsurları, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Artuk M. E. / Gökçen A. / Yenidünya C., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Artz G. / Weber U. / Heinrich B. / Hilgendorf E., Strafrecht Besonderer Teil, 3. Bası, Giesecking Verlag, 2015.

¹⁰⁶ Rönnau, s. 963; Kindhäuser, s. 1181.

¹⁰⁷ Goeckenjan, s.49.

¹⁰⁸ Rönnau, s. 963.

- Aynural Ö.M., Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Bulut İ., Suçta Netice, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020.
- Centel N. / Zafer H. / Yenerer Cakmut Ö., Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- Demirbaş T., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Dönmezer S. / Erman S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, 1. Basım, Beta Basım, İstanbul, 1997.
- Düzenli H., “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, 2020, 5 (1), s. 1191-1229.
- Erdin S., Ceza Hukukunda İlliyet, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- Erem F. / Danışman A. / Artuk M. E., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Ersoy U., “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, 2020, 41, Y. 11, TAAD, s. 27-60.
- Ersoy U., “Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, 2018, 13 (36), CHD, s. 21 - 32.
- Ertem B., “Ceza Hukukuna Hakim Olan İlkeler Açısından Bankacılık Zimmeti Suçu”, 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 23.09.2019.
- Goeckenjan I., Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 1. Bası, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Hafizoğulları Z. / Özen M., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Us-A Yayınları, Ankara, 2019.
- Heintchel-Heinegg Bend, StGB Kommentar, 3. Bası, C.H. Beck, 2010.
- Hoyer A., Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Bası, Hermann Luchterhand Verlag, Luchterhand, 1996.

- Jakobs G., Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Bası, DeGruyter, Berlin 1983.
- Jescheck H. / Weigend T., Lehrbuch Des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Bası, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kaspar J., Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Bası, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- Keçelioğlu E., “Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, 2012, Y. 3, (11), TAAD, s. 77 - 100.
- Keçelioğlu, Elvan: “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627-639.
- Kindhäuser U., Strafgesetzbuch Lehr- Und Praxiskommentar (Nomos Kommentar), 4. Bası, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- Koca M. / Üzülmüş İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kunter N., Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954.
- Otto H., Grundkurs Strafrechts, 7. Bası, De Gruyter, Berlin, 2004.
- Önder A., Ceza Hukuku Dersleri, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özgenç İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Öztürk B. / Erdem M. R., Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Rotsch T., “Einheitstaeterschaft” Statt Tatherrschaft, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- Roxin C., Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Bası, C.H.Beck, München, 2006.
- Roxin C. Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 4. Bası, C.H.Beck, München, 2006.
- Rönnau T., “Grundwissen – Strafrecht: Erfolgs- Und Tätigkeitsdelikte”, Jus, 2010, , 2010, 11, JuS, s. 961- 963.
- Sarıtaş E., Suç İşlemek İçin Örgütlenme Suçları, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

- Schmidhäuser E., Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Bası, Mohr Verlag, Tübingen 1975.
- Soyaslan D., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Stratenwert G. / Kuhlen L., Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Bası, Vahlen, München, 2011.
- Toroslu N., Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, 1. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- Toroslu N. / Toroslu H., Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara, 2019.
- Ünal O.G., Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.
- Ünver Y., Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Walter T., “Das Märchen Von Den Tätigkeitsdelikten”, Christian Fahl U. A. (Hg.), Festschrift für Werner Beulke Zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, s. 327-338.
- Wessels J. / Hettinger M., Strafrecht Besonderer Teil, C. I, 29. Bası, C.F. Müller, Heidelberg, 2005.
- Wessels J./ Beulke W. /Setzger H., Strafrecht Alllgemeiner Teil, 45. Bası, C.F. Müller, Heidelberg 2015.
- Yenisey F. / Plagemann G., Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Yurtcan E., Yeni Türk Ceza Kanununu ve Yorumu, 2. Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2006.
- Zafer H., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Basımevi, İstanbul, 2015.

KULLANMA ZİMMETİ

Ahmet Hulusi AKKAŞ*

Eren AKPINAR**

ÖZ

Kullanma zimmeti TCK m. 247/3'te tanımlanmıştır. Buna göre zimmet suçunun malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir. Hukukumuzda ilk defa 5237 sayılı TCK'da açıkça kanuni bir zemine kavuşturulan kullanma zimmetinin cezası, zimmet suçuna göre belirlenmiştir. Kanunda kullanma zimmeti, zimmet suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Zimmete konu malın iade edilmek üzere alınması ve geçici bir süre için kullanılması durumunda, kullanma zimmetinden bahsedilecektir.

Kullanma zimmeti, daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlendiği için zimmet suçu açısından geçerli olan durumların hepsinin kullanma zimmetinde de söz konusu olması gerekir. Bu kapsamda örneğin, kullanılan malın değerinin azlığı, faile daha az ceza verilmesiyle sonuçlanır.

***Anahtar Kelimeler:** Zimmet, Kullanma Zimmeti, Nitelikli Hal, Türk Ceza Kanunu, Kamu Görevlisi*

EMBEZZLEMENT TO USE

Abstract

“Embezzlement to use” is defined in the article 247/3 of Turkish Penal Code (TPC). According to this, had the crime of embezzlement is committed to return the property after temporary use, the penalty to imposed can be reduced by half. In Turkish Law, the punishment of embezzlement to use, which was given a legal basis in TPC No. 5237 explicitly for the first time, was determined according to the crime

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ KAYSERİ, **e-posta:** ahakkas@erciyes.edu.tr,
ORCID : 0000-0001-5217-5951

** **Arş. Gör.**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ KAYSERİ, **e-posta:** erenakpinar@erciyes.edu.tr,
ORCID : 0000-0002-4206-995X
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933588

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 19/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/04/2021

of embezzlement. In TPC, it is regulated as a qualified form of embezzlement that requires less punishment. The embezzlement to use is discussed in the cases that the property is taken for return and used for a temporary period.

Since the crime of embezzlement to use is regulated as a qualified form of embezzlement that requires less punishment, all circumstances that are valid in terms of crime of embezzlement must also be in effect in the embezzlement to use. Within this context, for instance, the low value of the property used must result in less punishment for the perpetrator.

Keywords: *Embezzlement, Embezzlement to Use, Qualified Form, Turkish Penal Code, Public Official*

Giriş

TCK m. 247’de görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. İlgili maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca zimmet suçunun malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi durumunda faile daha az ceza verileceği hüküm altına alınmıştır. Kullanma zimmeti olarak adlandırılan bu durum, 765 sayılı TCK döneminde gerek yargı kararlarında gerek öğretide tanınsa da ilk defa 5237 sayılı TCK’da açıkça kabul edilmiştir.

Kullanma zimmeti, zimmet suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli bir hali olarak düzenlenmiştir. Sadece kullanma zimmeti ile ilgili açıklamalarda bulunacağımızdan, çalışmamızı klasik bir suç tipi incelemesi şeklinde yapmaktan kasıtlı olarak kaçındık. Konunun anlaşılabilirliği için kısa da olsa 765 sayılı TCK döneminden bahsettik. Bir suç tipi incelemesinde olmazsa olmaz hususlardan birisi kanunda yer alan soyut suç düzenlemesinin uygulamaya nasıl yansıdığıdır. Bu nedenle çalışmamızda konuya ilişkin Yargıtay kararlarına sıklıkla yer vermeye çalıştık.

I. Genel Olarak Zimmet Suçu

Zimmet suçu ve bu suçun nitelikli halleri, 5237 sayılı TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”ın düzenlendiği birinci bölüm m. 247’de, “(1) Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle

yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasına yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

(3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlükte “zimmet”, “üstünde olan şey; kurum ve kuruluşlarda çalışanlara veya para işleri ile uğraşan görevliye imza karşılığı teslim edilen para veya eşya; bir kimsenin yasal olmayan yollardan üzerine geçirip ödemeye zorunlu olduğu para; bir ticaret kuruluşunun borçlarının tümü” olarak tarif edilmiştir¹. Hukuki anlamda ise TCK m. 247/1’de de belirtildiği üzere kamu görevlisinin, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya bir üçüncü kişinin mülkiyetine geçirmesi olarak tarif edilebilir.

Türk Ceza Kanunu m. 247/1’de zimmet suçunun temel şekli, ikinci fıkrada daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali ve üçüncü fıkrada ise daha az cezayı gerektiren nitelikli haline yer verilmiştir². Söz konusu düzenleme dışında ayrıca TCK m. 248’de zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükmü yer alırken³, m. 249’da zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı haline yer verilmiştir⁴.

Zimmet suçu, kamu görevlisi tarafından işlenebilen, bir anlamda güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir⁵. Suç, özgü bir suçtur; fail,

¹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2020.

² 5237 sayılı TCK’da suçun nitelikli hallerinin hem cezayı ağırlaştıran hem de cezayı hafifleten sebepler olarak düzenlendiği konusunda bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.227 vd; ayrıca bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 139 vd.

³ Etkin pişmanlığın 5237 sayılı TCK’da suç tamamlandıktan sonra gösterilen bazen cezayı kaldıran bazen de cezada indirim yapılmasını gerektiren bir hal olarak düzenlendiği görüşü için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 699 vd.

⁴ Zimmet suçunda suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açıklama için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 2018, 9(1), İnönü Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 335 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/33699/407978>> Erişim Tarihi 9 Ekim 2020.

⁵ İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 13.

kamu görevlisidir. Suçun oluşabilmesi için failin *görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal* zimmetine geçirmesi gerekir. Zimmete geçirilen herhangi bir mal değil, kamu görevlisine görevi nedeniyle zilyetliği devredilmiş olan ya da koruma ve gözetimi altındaki mal olduğundan; önce zilyetliğin devri kavramının açıklanmasının faydalı olacağı kanısındayız⁶.

Zilyetliğin devri, kamu idaresi ya da üçüncü bir kişi tarafından, hür bir iradeyle malın kamu görevlisinin hâkimiyet alanına bırakılmasıdır⁷. Devrin resmen gerçekleştirilmesi gerekirse de kamu görevlisinin mal üzerinde görevi sebebiyle zilyet konumunda olması gerekir⁸. Görevlendirme olmasına rağmen kamu görevlisinin görev mevzuatı gereğince malın zilyetliğinin devrini kabule yetkili olmaması halinde, fiil zimmet suçuna sebebiyet vermeyecektir⁹.

Zimmet suçuna konu mal, kamu görevlisinin koruma ve gözetimiyle sorumlu olduğu mal da olabilmektedir. Zilyetliği devredilmiş malda olduğu gibi koruma ve gözetim yükümlülüğünün, kamu görevlisinin görevi sebebiyle doğması gerekmektedir¹⁰. Kamu görevlisinin görevlendirilmesinin, yasal

⁶ Nur Centel, “Zimmet Suçu”, 2019, 21(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, s. 2789, <<https://hukuk.deu.edu.tr/cilt-21-ozel-sayi-2019/>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2020.

⁷ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 973.

⁸ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019, s. 281.

⁹ Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 1026; Toroslu, s. 281; Aksi yönde görüş için bkz. Özgenç, Zimmet, s. 16; Bu kapsamda örneğin 5188 sayılı “Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun” m. 16’da özel güvenlik personelinin, kanunda belirtilen koruma ve güvenlik hizmetleri dışında başka bir işte çalıştırılmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanuna aykırı bir şekilde örneğin bir bankanın veznesinde görevlendirilen özel güvenlik görevlisi, kendisine fiili olarak emanet edilen paraları kendisinin veya bir üçüncü kişinin zilyetliğine geçirmiş olsa bile zimmet suçundan dolayı sorumlu olmaz. Konuya ilişkin Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “Sanığın müdahil bankanın 03.06.2004 tarihli yazısında belirtildiği gibi, şubede koruma görevlisi olarak çalıştığı, şifresinin bulunmadığı, para tahsil ve tediye yetkisinin olmadığı ancak fatura ödemelerinden kaynaklanan iş yoğunluğunu asgari düzeye indirmek için genel müdürlüğün onayı olmaksızın şubece resen görevlendirildiği dosya kapsamından anlaşılmalı, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine dair Kanunun 16.maddesi uyarınca güvenlik görevlilerinin koruma ve güvenlik hizmetleri dışında başka işte çalıştırılmayacağı cihetle, sanığın üzerine atılı eylemin zimmet suçunu oluşturmayaacağı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması”, Yargıtay 7. CD, 20.10.2011 tarih ve E. 2008/13230 K. 2011/19532 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2020.

¹⁰ Özgenç, Zimmet, s. 19.

bir engel olmadığı sürece yazılı şekilde yapılması ile amiri tarafından sözle görevlendirilmesi bakımından bir fark bulunmamaktadır. Hatta kamu personelinin herhangi bir görevlendirme olmadan, fiilen para tahsili yaptığı hallerde de mal edinme eylemleri zimmet kapsamında kabul edilmelidir¹¹. Ancak bütün bu hallerde, yerine getirilen görevle malın zilyetliğinin devri arasında nedensellik ilişkisi kurulabilmelidir¹².

Zimmet suçunun maddi unsurunu, zimmete geçirme oluşturmaktadır¹³. Zimmete geçirme, failin zilyetliğindeki mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunmasını ifade eder. Tasarruf, suça konu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde olabileceği gibi malın bir başkasına satılması veya verilmesi şeklinde de olabilir. Bu kapsamda zimmete geçirme eylemini, failin mal edinmesi veya malda tahsis edildiği amacı dışında tasarrufta bulunması şeklinde özetleyebiliriz.

Suçun konusunu, ekonomik değeri olan herhangi bir mal oluşturur. 765 sayılı TCK'daki düzenlemenin aksine, mal kavramı kullanılarak daha kapsayıcı bir kelime tercih edilmiştir¹⁴. Zimmete konu malın maliki, kamu idaresi olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir.

II. Korunan Hukuki Değer

Hukukumuzda kullanma zimmeti, zimmet suçunun işleniş şekli itibariyle daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla korunan hukuki değer yönünden, zimmet suçunun esas alınması gerekmektedir.

¹¹ “Görevlendirilmesine yasal engel bulunmayan sanığın, sözlü olarak verilen görevi itirazsız olarak yerine getirdiğinin kabul edilmesi karşısında Dairemizin istikrar kazanmış uygulamalarına göre eyleminin zincirleme biçimde nitelikli zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi”, Yargıtay 5.CD, 29.11.2012 tarih ve E. 2012/11457 K. 2012/12272 sayılı kararı için bkz. İhsan Akçin, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 178.

“Suç tarihi itibariyle suça konu işlemlere ilişkin olarak sanığın tahsilat yapma yetkisinin olup olmadığı, fiilen ya da yazılı olarak tahsilat işi ile görevlendirilip görevlendirilmediğinin araştırılması, tahsilat yetkisi bulunmadığı takdirde eylemlerinin mağdur sayısında ikna suretiyle irtikap ve zincirleme resmî belgede sahtecilik suçlarını, tahsilat yetkisinin varlığı halinde zincirleme nitelikli zimmet suçunu oluşturacağı”, Yargıtay 5.CD, 03.06.2013 tarih ve E. 2013/8932 K. 2013/6062 sayılı kararı için bkz. Akçin, s.179.

¹² Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 971.

¹³ Centel, s. 2788.

¹⁴ 765 Sayılı TCK'da mal kavramı yerine para, para yerine geçen evrak veya senetleri, diğer mallar ifadesi kullanılmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da bütün bunları kapsayacak bir kelime olan “mal” ifadesi tercih edilmiştir.

Öğretide zimmet suçuyla korunan hukuki değer ne olduğunun izahı bakımından farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Bir görüşe göre zimmet suçuyla korunan hukuki değer, devletin mali menfaatleridir¹⁵,¹⁶. Bir diğer görüşe göre zimmet suçuyla toplum nezdindeki kamu görevlilerine duyulan güven duygusu korunmaktadır¹⁷. Bir başka görüşe göre ise zimmet suçuyla birden fazla hukuki değer korunmaktadır. Buna göre zimmet suçu ile kamu görevlilerinde olması gereken doğruluk, dürüstlük ve devlete karşı sadakat yükümünün gerekliliği ile ayrıca kamu idaresinin iyi işlemesi ve mali menfaatleri korunmaktadır¹⁸.

Kanaatimizce ikinci görüş çerçevesinde, zimmet suçuyla korunan hukuki değer kamusal görevlilerinin yükümlülükleri kapsamında hareket edeceklerine dair toplum nezdindeki güvenin korunması olduğunu düşünmekteyiz. Kamu görevi, tüm bireyler adına kamu görevlileri aracılığıyla gerçekleştirilen bir faaliyettir¹⁹. Toplumda, kamu görevlilerinin bu faaliyetleri yükümlülükleri dahilinde yerine getireceklerine dair bir güven duygusu bulunmaktadır ve kamu görevlilerinin de bu düşünceye zarar verecek fiillerde bulunmaması gerekir²⁰. Zarar verecek hareketlerin cezalandırılması, düzenin korunması için önemlidir. Çünkü kamu idaresinin dürüst bir şekilde işlediği, mutlak ve

¹⁵ Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 76.

¹⁶ Kanaatimizce suçla korunan hukuki değer devletin mali menfaatleri olduğunun kabulü, zimmeti özgü suç statüsünden çıkaracaktır. Bu durum suçun herhangi bir kişi tarafından işlenebilmesine imkân verecek ve zimmet suçunun kalpazanlık, milletin kredisine zarar verme, devlete ait araçları tahrip gibi suçlarla birlikte düzenlenmesini de gerektirecektir. Ayrıca bu görüşün kabulünün, zimmetin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesini gereksiz hale getireceği, kanun koyucunun bu suça olan ihtiyacı mala karşı suçlarda yer vereceği nitelikli hallerle (ağırlaştırıcı neden) giderebileceğine ilişkin görüş için bkz. Güneş, Okuyucu Ergün, *Türk Hukukunda Zimmet Suçu*, 1. Bası, Çakmak Yayınevi, 2008, s. 67.

¹⁷ İlhan, Üzülmez, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu”, 2005, (5), *Hukuki Perspektifler Dergisi*, s.218; Özgenç, *Zimmet*, s. 13; Artuk ve Gökçen, s. 1014; Koca ve Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 968; Suçla korunan hukuki değer kişilerin kamu idaresine ve işleyişine karşı mevcut güveninin korunması olduğunu belirten görüş için bkz. Akçin, s. 27;

¹⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 1249; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019, s. 697; Toroslu, s. 280; 5237 sayılı TCK’daki yaklaşımın da bu yönde olduğu ve kamu idaresine olan güvenin ve düzenli işleyişin korunmasının doğal sonucu olarak idarenin mali menfaatlerinin de korunacağına ilişkin görüş için bkz. Okuyucu Ergün, s. 69.

¹⁹ Özgenç, *Zimmet*, s. 11; Koca ve Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 968.

²⁰ İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 134.

vazgeçilmez bir olgudur²¹. Olgunun sürdürülebilirliği, kamu görevlilerinin yükümlülükleri doğrultusunda görevlerini yerine getirmesiyle korunabilir. Zimmete geçirme eyleminin ise toplumda kamu görevlilerine duyulan güvene zarar vereceği açıktır²². Ancak bu zarar, zimmete geçirilen malın kamu idaresinin mali menfaatlerine zarar vermesinden çok; kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği yükümlülüklerle aykırı hareketinden doğmaktadır. Zimmete geçirilen mal, kamu idaresinin mali menfaatleri bakımından asli bir önem arz etmez. Hatta zimmet suçu bakımından malın mülkiyetinin kamu idaresine veya üçüncü bir kişiye ait olması bakımından dahi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla zimmet suçu ile korunması hedeflenen hukuki değerın ayrıca kamu idaresinin mali menfaatleri de olduğu görüşüne katılmamaktayız.

Suçun cezalandırılmasının doğal bir sonucu olarak kamu idaresinin mali menfaatleri korunmuş olsa da bu suçla asıl hedeflenen şey, toplumdaki kamu görevlisine duyulan güvenin korunmasıdır. Nitekim 5237 sayılı TCK'da zimmet suçunun “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” isimli başlıkta düzenlenmesi de bu görüşü destekler niteliktedir.

Kullanma zimmeti özelinde korunan hukuki değere bakacak olursak; kullanma zimmetinde failin, söz konusu malı mülkiyetine geçirme gibi bir amacı yoktur. Hatta kullanma zimmetiyle beraber çoğu zaman kamu idaresinin işleyişi ve mali menfaatleri açısından büyük bir zarar dahi doğmamaktadır. Bu durum kullanma zimmetinin, zimmet suçunun temel şekline nazaran daha az cezalandırılmasının bir nedenidir. Ancak daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal olmasına rağmen kullanma zimmetinin cezalandırılması, toplumdaki kamu görevlisine olan güvenin korunması açısından önemlidir. Kamu görevlisinin görevi sebebiyle kendisine bırakılmış olan malı, bu tahsis amacının dışında kendi hususi işlerinde kullanması, toplumda kamu görevlisine karşı duyulan güven duygusunu zedelemektedir.

III. 765 Sayılı TCK Döneminde Kullanma Zimmeti

765 sayılı TCK döneminde açıkça düzenlenmeyen ancak doktrinde “kullanma zimmeti” olarak adlandırılan durum, Yargıtay içtihatlarıyla ortaya konulmuştur²³. Bu dönemde doktrinde hâkim olan görüş; görevi sebebiyle

²¹ Akçin, s. 27

²² Centel, s. 2785.

²³ “Mudilerin hesaplarındaki paraları onlardan habersiz çekip kullandıktan sonra aynı hesap-

kendisine zilyetliği devredilmiş olan veya koruma ve gözetimi altındaki eşyanın, kamu görevlisi tarafından geçici bir süreyle hususi işlerde kullanılmasının zimmet suçunu oluşturmayacağı yönündeydi²⁴. Kullanma hırsızlığından ilham alınarak ortaya atılan kullanma zimmeti, gerçek bir zimmete geçirme eylemi olarak kabul görmemiştir²⁵. Hatta kullanma zimmetinin geçici ve istisnai niteliği olan failin malik olma gibi bir isteğinin bulunmaması, suçun zimmet olarak algılanmasını engellemiştir²⁶. Yine bu dönemdeki bir görüşe göre failin, görevi nedeniyle kendisine devredilen otomobil, bilgisayar gibi kullanmakla tükenmeyen eşyaları kullanması halinde, eylemi sadece disiplin suçu ve görevi kötüye kullanma suçuna sebebiyet verecekti²⁷.

Yargıtay, kullanma zimmetini temel zimmetin bir şekli olarak kabul etmiş, “faydalanma kastı” ve “temellük kastı” şeklinde ayırım yaparak suçu belirlemeye çalışmıştır.²⁸ Buna rağmen Yargıtay’ın benzer olaylar için verdiği kararlarda, görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurduğu haller de görülmüştür²⁹.

lara tekrar yatıran ve bunu fark edilmeden 8.12.1997 tarihine kadar sürdüren sanığın bu eyleminin kullanma zimmeti niteliğinde olduğu, bu tarihte amir N.S.’nin durumu öğrenerek araştırmaya ve sanıktan sorup uhdesinde bulunan paraları yatırmaya başlamasıyla eyleminin temellük zimmetine dönüştüğu gözetilip, kullanma zimmeti olarak kabul edilen dilimde sanığın çekip kullandıktan sonra yatırdığı paralardan sağladığı nema miktarına 8.12.1997 tarihinden sonra uhdesinde bulunan para tutarı eklenerek zimmet suçundaki ağır para cezasının belirlenmesi gerekirken eylemlerinin tümünün kullanma zimmeti olarak kabulü ile yazılı şekilde ağır para cezasına hükmolunması”, Yargıtay 5. CD, 21.6.2001 tarih ve E. 2000/7967 K. 2001/4427 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

²⁴ Özgenç, Zimmet, s. 25; Süheyl Donay, “Türk Hukukunda Zimmet”, 1968, 2(3), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 46, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhad/issue/1282/15101>> Erişim Tarihi 10 Mart 2020.

²⁵ Faruk Erem, “Zimmet ve İhtilas”, 1957, 14(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 42, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42819/517618>> Erişim Tarihi 13 Mart 2020.

²⁶ Toroslu, s. 284.

²⁷ Erem, s. 42; Toroslu, s. 284; Özgenç, Zimmet, s.25; Halid Özkan, Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 97.

²⁸ “Görüldüğü üzere sanık, idarenin hiçbir resmi yazısı, tespiti ve ihtarı olmadan eylem idarece tespit edilmeden önce, aldığı paraları yatırmıştır. Sanığın amacı idareye ait parayı temellük etmek olmayıp, bu parayı kullanmak ve bu yolla kendisine çıkar sağlamaktır. Paranın 10 ve 23 gün gibi kısa sürelerle kullanılarak nemasından yararlanıldıktan sonra hiçbir uyarı olmadan iade edilmesi biçimindeki oluşan eylem, “kullanma zimmeti” suçunu oluşturmaktadır”, YCGK, 27.05.1991 tarih ve E. 1991/135, K. 1991/170 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 25 Nisan 2020.

²⁹ “Dosya içeriğine göre, sanık borç olarak verdiği 1.500.000 TL kooperatif parasına karşılık

Doktrin ve uygulamadaki kullanma zimmetinin cezalandırılabilmesine ilişkin tereddütlere rağmen, kanaatimizce 765 sayılı TCK'daki zimmet suçuna ilişkin düzenleme de kullanma zimmetinin cezalandırılması bakımından yeterliydi. 765 sayılı TCK'da zimmet suçu m. 202/1'de, "*görevi sebebiyle kendisine tevdi olunan veya muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunan para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları zimmetine geçiren memura altı yıldan oniki yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli kadar ağır para cezası verilir*" şeklinde düzenlenmişti. Maddede, malın geçici bir süre kullanılmasının da zimmet suçunun bir türünü oluşturacağı şeklinde açık bir ifade yer almasa da düzenleme dikkate alındığında kullanma zimmeti fiillerini de kapsadığı kabul edilmelidir. Buna rağmen söz konusu dönemde kullanma zimmetinin cezalandırılmasına ilişkin tereddütler olmasından dolayı kanun koyucu 5237 sayılı TCK'da kullanma zimmetine ilişkin özel bir düzenlemeye yer vererek, önceki dönemde oluşan tereddütlere son vermiştir. Bu düzenlemeyle söz konusu fiillerden dolayı failin cezalandırılabilmesi konusunda bir şüphe kalmamıştır.

IV. 5237 Sayılı TCK'da Kullanma Zimmeti

Kullanma zimmeti kamu görevlisinin, görevi sebebiyle zilyetliği kendisine bırakılmış veya koruma ve gözetimiyle sorumlu olduğu malı, iade etmek üzere ve mal edinme amacı gütmeyen geçici bir süre için kullanmak üzere zimmetine geçirmesidir. Suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla zimmet suçu ortaya çıktığına göre, kullanmanın da malikin gerçekleştirebileceği bir tasarruf kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Malikin bulunabileceği bir kullanım, kullanma zimmeti kabul edilecektir. Bu kapsamın dışında kalan hallerde, kullanma zimmeti oluşmayacaktır. Öte yandan malın tahsisi kapsamındaki kullanımlar, bunlara izin veren özel düzenlemeler bulunmasa bile kullanma zimmeti sayılmazlar³⁰.

çek olarak yevmiye defterinin emanetler hesabı borcuna ve bankalar hesabı alacağına işle-
miştir. Sanık tarafından söz konusu çek inşaat malzemeleri satan bir ticari işletmeye ciro edi-
lerek borç para alınmış ve bu firmadan 31.10.1987 tarihinde 1.066.500 liranın, 30.10.1987
günü ise borç para verilen Yaşar'dan 466.500 liranın tahsil edildiği yevmiye defterine kay-
dedilmiştir. Defteri Kebirin 31.8.1987 tarihli sayfasında 1.500.000 liranın gider olarak gös-
terildiği, 31.10.1987 günü ise aynı miktarın gelir olarak hesaba aktarıldığı saptanmıştır. Gö-
rüldüğü üzere borç verilen kooperatif parası kayıtlara işlenmiş olup sanığın temellük etme
kastı yoktur. Bu nedenle zimmet oluşmamıştır", YCGK, 25.06.1990 tarih ve E. 1990/5-174,
K. 1990/193 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 13
Aralık 2020.

³⁰ Okuyucu Ergün, s. 118; Centel, s. 2794.

Kullanma zimmeti, malın geçici bir süre için kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere alındığı anda tamamlanır. Failin, malı iade etme imkân ve iktidarına sahip olmasının suçun oluşması üzerinde bir etkisi yoktur³¹. Ancak mal halihazırda görevi sebebiyle kamu görevlisinin fiili hâkimiyetinde olduğundan, malın failin veya üçüncü bir kişinin yarar elde edebileceği bir egemenlik alanına sokulması gerekir. Dolayısıyla görevi sebebiyle kurum içerisinde tahsil etmiş olduğu paraları kendi hususi harcaması için kullanıp, daha sonra iade etmek üzere alan kamu personelinin, paralarla beraber henüz kurumdan çıkmadan yakalanması kullanma zimmetine teşebbüs olarak kabul edilmelidir³².

Suç çoğunlukla tüketilebilir veya harcanabilir nitelikteki para gibi misli mallar üzerinde gerçekleştirilmesine rağmen; misli ya da misli olmayan herhangi bir mal üzerinde de suç işlenebilir. Örneğin, görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan belediyeye ait kamyonu mesai saatleri dışında kiralayarak para elde eden kamu görevlisinin fiili, misli olmayan bir malda gerçekleştirilen kullanma zimmeti olarak değerlendirilmelidir. Suçun konusu, kullanma suretiyle zimmete geçirilen malın kendisi olmayıp failin bundan elde ettiği nemadır (yarar). Nema, failin kendisi veya üçüncü bir kişi için elde edilebilir. Malın, devlet veya başka bir kamu kurumu için kullanılmış olması durumunda kullanma zimmetinden değil; görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilmesi gerekir³³.

Öte yandan kullanılan malın, para veya para yerine geçen evrak veya senet gibi şeyler olması durumunda malın kullanılması açısından sürenin önemi yoksa da bu sürenin maldan bir nema elde edilebilecek kadar makul bir süreye karşılık gelmesi gerekir³⁴. Örneğin, evine ait kirayı üzerindeki kamu idaresine ait paradan ödeyen şahsın, daha sonra kısa bir sürede bankadan para çekip bu eksikliği tamamlaması durumunda, kişinin bu fiili dolayısıyla bir nemadan

³¹ Şenel Sarsıkoğlu, “Zimmet Suçunun Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu Özelinde Değerlendirilmesi, 2013, (104), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 212, < <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1248>> Erişim Tarihi 17 Aralık 2020.

³² Aynı yönde bkz. Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 607; Malın kullanılmasına başlanmadan önceki evrede halihazırda failin tasarruf alanında olmasından dolayı ancak hazırlık hareketlerinden söz edilebileceği ve bu yüzden kullanma zimmetine teşebbüsün mümkün olmayacağına ilişkin görüş için bkz. Zeki Hafizoğulları ve Ezgi Aygün Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Karşı Suçlar, 1. Baskı, US-A Yayıncılık, 2014, s.22.

³³ Artuk ve Gökçen, s. 1029.

³⁴ Akçin, s. 225.

istifade ettiğini söylememiz mümkün değildir. Örnekteki gibi kullanımlar daha sonra malın değerinin azlığı kısmında tartışacağımız kullanma zimmeti açısından müsamaha edilen zimmet kavramı üzerinden tartışılabilir.

V. Kullanma Zimmetinin Hukuki Niteliği

Kullanma zimmeti hukukumuzda, ilk defa 5237 sayılı TCK m. 247/3'te açıkça kanuni zemine kavuşmuştur. Düzenlemenin niteliği öğretide tartışmalıdır. Bağımsız bir suç tipi olduğunu kabul eden yazarlar olduğu gibi³⁵, zimmetin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olduğunu kabul eden yazarlar³⁶ da bulunmaktadır.

Kullanma zimmetini, bağımsız bir suç tipi olarak kabul eden yazarlardan bazılarına göre kullanma zimmeti, maddi ve manevi unsurdaki farklılıklardan dolayı zimmetin özel bir şekli olarak kabul edilmelidir³⁷. Yine bu suçu bağımsız bir suç tipi olarak kabul eden diğer bazı yazarlara göre ise failin malı kullanıp iade etmek üzere alması, malın tamamen gerçek amacı dışına çıkartılması şeklinde kabul edilemeyeceğinden, gerçek bir zimmete geçirme değildir³⁸. Failin bu amaçla alması, suçun temel zimmet suçu kapsamında kabul edilmesini engelleyen özel bir unsur olarak değerlendirilmektedir³⁹.

Kullanma zimmetini, suçun daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak kabul eden yazarlardan bazılarına göre ise kullanma zimmeti, zimmet suçunun temel şekli ile aynı maddi unsurlara sahiptir ve kullanma zimmetinin özellikle sonucu, suçun nitelikli bir hal olarak kabul edilmesini gerektirmektedir⁴⁰. Bu görüşe göre, kullanma zimmetinin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal olması, malın geçici olarak kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere alınması nedeniyledir⁴¹. Öyle ki bu durum, failin tehlikeliliğini

³⁵ Bkz. Hafizoğulları ve Aygün Eşitli, s. 21; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 1. Baskı US-A Yayıncılık, 2016, s.15.

³⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 1059; Centel, s. 2794; Özkan, s.91.

³⁷ Hafizoğulları ve Aygün Eşitli, s. 21.

³⁸ Bkz. Okuyucu Ergün, s. 123.

³⁹ Bkz. Okuyucu Ergün, s. 123.

⁴⁰ Antonio Segreto ve Gaetano De Luca, *Delitti Dei Pubblici Ufficiali*, SEGRETO, Antonio/ DE LUCA, Gaetano, **Delitti dei pubblici ufficiali**, 1999, s. 127'den naklen Okuyucu Ergün, s. 123.

⁴¹ Okuyucu Ergün, s.123.

ve oluşturduğu zararı azalttığından daha az ceza vermeyi gerektiren haklı bir durumu ortaya çıkarmaktadır⁴².

Bu doğrultuda biz de TCK m. 247/3'te yer alan kullanma zimmeti düzenlemesinin, zimmetin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olduğunu düşünüyoruz. Nitelikli haller, suçun temel halinde bulunması zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen, buna rağmen suçun hukuki varlığına zarar vermeyen ve hukuki vasfını değiştirerek başka bir suça dönüşmesine neden olmayan sebeplerdir⁴³. Bir başka ifadeyle suçun temel şekline eklenirler ve suçun haksızlık içeriğine etki ederek, failin daha fazla veya daha az cezalandırılmasını sağlarlar⁴⁴. Bu itibarla kullanma zimmeti, zimmet suçunun temel şekline ait tüm unsurlara sahiptir. Ancak fiilin gerçekleştirildiği sırada güdülen amaç ve suçun konusu gibi unsurlar yönünden zimmet suçunun daha az haksızlık meydana getiren bir şeklidir. Bu niteliğiyle kullanma zimmetinin, zimmet suçunun daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olduğunun kabulü gerekir. TCK'daki kullanma zimmetinin düzenlenme şekli ve gerekçesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Zira maddede kullanma zimmeti, *“zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi”* şeklinde düzenlenmiş, cezanın belirlenmesinde zimmet suçunun temel şeklinin cezası dikkate alınmıştır. Gerekçede ise nitelikli hal durumunu destekleyecek şekilde; *“maddenin son fıkrasında, kullanma zimmetine ilişkin hükme yer verilmiştir. Bu hükümde, zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde, verilecek cezada indirim yapılması öngörülmüştür”* ifadesine yer verilmiştir. Görülüyor ki kanun koyucu gerekçede kullanma zimmetini, faile daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul etmektedir.

VI. Kullanma Zimmetinin Unsurları

A. Malın İade Edilmek Üzere Alınması

Kullanma zimmetinde, fail zimmet suçunun temel şeklinde olduğu gibi malikin bulunduğu tasarruflarda bulunmakta; ancak bununla birlikte failde iade

⁴² Okuyucu Ergün, s.123.

⁴³ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II, 12. Bası, Beta Basım Yayım, 1999, s.339; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 141.

⁴⁴ Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 139; Nitelikli hallerin, kusurluluğun veya hukuka aykırılığın yoğunluğunda değişiklik meydana getirdiği yönündeki görüş için bkz. Hakeri, s. 142.

etme amacı bulunduğundan, zimmet eylemi geçici bir nitelikte kalmaktadır⁴⁵. Faildeki iade etme amacı, mal alınmadan önce bulunmalı, bütün kullanma süresince ise devam etmelidir⁴⁶. İspatı failin iç dünyasındaki bir hususa ilişkin olmakla birlikte; baştan itibaren iade etme amacı olmadan, sadece şikâyet ya da soruşturma sonrasında malın iade edilmesi durumunda fiil kullanma zimmeti değil, zimmet suçunun temel şekli kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁷. Yine failin kullanıp iade etmek üzere aldığı mal üzerinde sonradan mal edinme kastı ortaya çıkarsa fiil, zimmet suçunun temel şekline dönüşecektir.

Failin malı iade etme amacıyla almış olmasının kullanma zimmeti açısından yeterli olduğunu belirtmek gerekir⁴⁸. Kanundaki düzenlemeyi değerlendirdiğimizde de iadenin yapılmış olmasının aranmadığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla kullanılıp iade edilmek üzere alınan malın, iadesi gerçekleşmemişse bile kullanma zimmeti oluşur. Böyle bir durumda iade failin cezasında etkin pişmanlık hükümleri uyarınca indirim noktasında dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce her ne kadar kanuni düzenlemede suçun olası kastla işlenebilmesine engel bir durum söz konusu olmasa da suçun oluşması bakımından iade aranmadığı için somut olaylarda kullanma zimmetinin olası kastla işlenmesi mümkün gözükmemektedir. Örneğin ertesini kendisine bir yerden gelecek paraya güvenerek zilyetliğindeki para ile kira borcunu ödeyen fakat beklediği para gelmediği için iadeyi gerçekleştiremeyen failin hareketi, kullanma zimmeti kapsamında değerlendirilmelidir.

Kanundaki düzenlemeye rağmen öğretide 765 sayılı mülga TCK döneminde uygulanan ve günümüzde de süren kullanma zimmetine ilişkin Yargıtay uygulamasını⁴⁹ esas alarak iadenin de gerçekleşmiş olmasını arayan

⁴⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1059.

⁴⁶ Centel, s. 2794.

⁴⁷ Okuyucu Ergün, s. 119.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Centel, s. 2795.

⁴⁹ “Sanıkların suç tarihlerindeki görev, yetki ve sorumluluklarının kooperatiften ve tescil edildiği Ticaret Sicil memurluğundan sorulmadan noksan soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, Sanıkların kooperatife ait toplam 460.000.000 lirayı hissedarı oldukları B. İnşaat Ltd. Şirketi’ne 8 ay kadar kullandırdıktan sonra herhangi bir ihbar veya sonuçlandırma yapılmadan tekrar kooperatif hesaplarına aktardıkları anlaşılacakla eylemlerinin kullanma zimmeti niteliğinde bulunduğu”, Yargıtay 5. CD, 25.02.2004 tarih ve E. 2002/ 5686 K. 2004/ 1177 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020.

“5237 Sayılı TCK’nın 247. Maddesinde düzenlenen zimmet suçunun oluşması için “kamu görevlisinin veya özel mevzuatları gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılabilen kişile-

yazarlar bulunmaktadır⁵⁰.

Yargıtay, söz konusu dönemde temel zimmet ve kullanma zimmeti suçlarını ayırt etmek için iadenin yapıldığı zamanı esas almaktaydı. Buna göre, failin herhangi bir uyarı, ihbar, şikâyet, denetim veya soruşturma olmaksızın, malın iadesini yapmış olması halinde eylemi kullanma zimmeti olarak değerlendiriliyordu⁵¹. Malın fail tarafından şikâyet ya da soruşturma sonrasında iade edilmesi halinde ise temellük kastıyla hareket ettiği kabul edilmekte ve böyle bir durumda fiil, zimmet olarak değerlendirilmekteydi⁵². Kastın belirlenmesi açısından iadenin yapıldığı zaman aralığının dikkate alındığı bu uygulama, suçun manevi unsurunu görmezden geldiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵³.

rin görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının yararına zimmetine geçirmesinin” gerektiği, öte yandan eylemin kullanma zimmeti olarak kabul edilebilmesi için, failin görevi gereği yasal olarak kendisine tevdi edilen parayı belli bir süre kullanıp hakkında herhangi bir uyarı, ihbar, şikâyet, denetim veya soruşturma olmaksızın kendiliğinden yatırması gerektiği, denetim ve şikâyet sonrası ortaya çıkan bu fiillerin dairemizin yerleşik uygulamalarına göre mal edinme kastına bağlı olarak bir bütün halinde temellük zimmeti vasfında olarak kabul edildiği”, Yargıtay 5.CD, 10.10.2018 tarih ve E. 2014/11541, K. 2018/7128 sayılı kararı, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 14 Haziran 2020.

⁵⁰ Hafizoğulları ve Özen, s.16; Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1060.

⁵¹ “Emlak Bankası Kırşehir Şube Müdürlüğünde yetkili gişe memuru olarak görev yapan sanığın, bir kısım mudilerin bilgisi dahilinde ve bir kısmının haberi olmaksızın onların vadesiz hesaplarındaki paraları sahte tediye fişleri düzenleyerek çekip kullandıktan sonra bir uyarı ve soruşturma olmadan bunları yatırması eylemlerinin kullanma zimmeti ve olayın soruşturmayla başlanması ile sanıktan sorulup uhdesinde bulunan paraları iade etmesi şeklindeki eylemlerinin ise temellük zimmeti niteliğinde olduğu gözetilip”, Yargıtay 5. CD, 27.1.2004 tarih ve E. 2002/8074, K. 2004/373 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020); Yargıtay’ın söz konusu uygulaması kanaatimizce kullanma zimmetinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını son derece kısıtlamaktadır. Zira kullanma zimmeti suçunun kabulü için malın herhangi bir şikâyet, soruşturma vb. olmadan iadesinin yapılmış olması arandığından, kullanmak üzere aldığı malı soruşturma evresinde iade eden failin fiili temel zimmet kabul edilecek, kovuşturma öncesi iadeye ilişkin etkin pişmanlık hükümlerini düzenleyen m. 248/2’nin kullanma zimmeti bakımından uygulanması imkânsız hale gelecektir. Ancak kullanma zimmeti bakımından soruşturma öncesi etkin pişmanlığı düzenleyen m. 248/1’in uygulanması mümkündür.

⁵² “Kasada paranın bulunmadığını belirlemesi ve durumu belediye bildirmeye hazırlandığı sırada sanığın 30.04.1999 tarihi itibarıyla zimmetine geçirdiği bu tutarı belediye hesaplarına yatırdığının anlaşılması karşısında, sanığın bu eyleminin kullanma zimmeti niteliğinde değil, yapılan uyarı ve durumun araştırılmaya başlanması üzerine zimmete geçirilen bedelin ödenmesi nedeniyle basit ve temellük zimmeti niteliğinde olduğu”, Yargıtay 5. CD, 20.04.2000 tarih ve E. 2000/729, K. 2000/1338 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020.

⁵³ Bkz. Akçin, s.225; Hasan Tahsin Gökcan, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka

Kanaatimizce de her ne kadar bir gösterge olsa da failin kastının, iadenin yapıldığı zamana göre belirlenmesi ceza adaletiyle bağdaşmaz. Bu bağlamda örneğin sırf geçici bir süre kullanıp iade etmek üzere alınan bir malın, alındığı tarihin ertesi günü gerçekleştirilen denetimde ortaya çıkmasından dolayı faile zimmet suçunun temel şeklinden ceza verilmesi kabul edilemez. Bunun karşısında mal edinmek amacı olmasına rağmen zimmete geçirmenin hemen akabinde durumun tespit edilmesi nedeniyle failin kullanma zimmetinden sorumlu tutulması da doğru değildir.

Failin kastını belirlemek için her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi yerine, iadenin yapılmasının dikkate alındığı bir uygulama kişiler bakımından mağduriyete sebebiyet vermektedir⁵⁴. Yalnızca malın iade edilmemiş olmasından dolayı zimmet suçunun temel şeklinin oluştuğunun kabulü hatalıdır. Kanaatimizce malın geçici bir süre için kullanılıp iade edilmek üzere alındığı durumlarda kullanma zimmetinin; failin eyleminin mal edinme olduğu durumlarda zimmet suçunun temel şeklinin oluştuğunun kabul edilmesi gerekir⁵⁵. Öyle ki failin kastının belirlenmesinde tereddüde düşüldüğü hallerde artık hâkimin, “şüpheden sanık yararlanır” şeklindeki ilke doğrultusunda, kullanma zimmetinden ceza vermesi daha doğru olur⁵⁶.

B. Zimmete Geçirilen Malın Geçici Bir Süre İçin Kullanımı

Kullanma zimmetini, zimmet suçunun temel şeklinden ayıran önemli unsurlardan bir diğeri, malın geçici bir süre kullanımı için alınmasıdır. Kullanım süresi kısa olabileceği gibi uzun da olabilir. Hatta kullanım anlık da gerçekleşebilir. Yargıtay’ın verdiği kararlarda da geçiciliğin belirlenmesi için belirli süre sınırı çizilmemiştir. Kararlarda, geçici süre olarak 1 ila 21 günün kabul edildiği somut olaylar olduğu gibi, 73 ila 209 günün kabul

Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 337.

⁵⁴ “Öte yandan eylemin kullanma zimmeti olarak kabul edilebilmesi için, failin görevi gereği yasal olarak kendisine tevdi edilen parayı belli bir süre kullanıp hakkında herhangi bir uyarı, ihbar, şikayet, denetim veya soruşturma olmaksızın kendiliğinden yatırması gerektiği, denetim ve şikayet sonrası ortaya çıkan bu fiillerin dairemizin yerleşik uygulamalarına göre mal edinme kastına bağlı olarak bir bütün halinde temellük zimmeti vasfında olarak kabul edildiği”, Yargıtay 5.CD, 10.10.2018 tarih ve E. 2014/11541, K. 2018/7128 sayılı kararı, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2020.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 972; Gökcan, s. 337.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. Akçin, s.226.

edilerek kullanma zimmetinden ceza verildiği haller görülmektedir⁵⁷. Ancak çok uzun süreli kullanımlar ve malın bu uzun süreye rağmen iade edilmediği hallerde artık failin kastının kullanma olmayıp mal edinme olduğunun yorumu yapılabilir⁵⁸.

Geçicilikten, kullanımın sadece belirli bir süre için olması anlaşılmalıdır. Geçici bir kullanımın kabul edilebilmesi için malın alındığı takdirde idare ve tahsis edildiği hizmet bakımından yarattığı etki de dikkate alınmalıdır. Malın kullanılış şekli, tahsis amacını değiştiriyor, kullanılan malı, tahsis edildiği kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından tamamen ya da büyük oranda iş görmez bir hale getiriyorsa, artık bu durumda zimmet suçunun temel şekllinden bahsetmek gerekir⁵⁹. Böyle bir kullanım, geçici olarak kabul edilemez.

VII. Nitelikli Kullanma Zimmeti

Türk Ceza Kanunu m. 247/1'de zimmet suçunun temel şekline; m. 247/2'de ise zimmetin açığa çıkmamasına yönelik hileli davranışların yapılmasını cezalandıran nitelikli haline yer verilmiştir. Kullanma zimmetinin, zimmet suçunun temel ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden sonra, m. 247/3'te düzenlenmiş olması nedeniyle kullanma zimmetinin de nitelikli

⁵⁷ “Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığında başmüfettiş olarak görev yapan sanık S.S'nin, 2009 yılı Nisan, Temmuz, Eylül, Ekim, Kasım, Aralık ve 2010 yılı Ocak aylarında aldığı harcırah avanslarından yaptığı harcamalar düşüldükten sonra kalan miktarları Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliğinin 92. maddesi uyarınca ilgili ayın son günü iade etmesi gerekirken, Nisan 2009 tarihinde 1.144, 05 avans artığını 209 gün, Temmuz 2009'da 690,20 TL avans artığını 159 gün, Eylül 2009'daki 2.175,50 avans artığını 98 gün, Ekim 2009'daki 1.688,77 TL avans artığını 83 gün, Kasım 2009'da 210,27 TL avans artığını 60 gün, Aralık 2009'daki 1.821,55 TL avans artığını 74 gün, Ocak 2010'daki 1.412,06 TL avans artığını 73 gün üzerinde tutuktan sonra kurumun hesabına yatırması şeklindeki gerçekleştiği anlaşılan eylemlerinin zincirleme kullanma zimmeti suçunu oluşturduğu nazara alınarak”, Yargıtay 5. CD, 19.01.2015 tarih ve E. 2015/7176 K. 2015/1094 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 9 Ağustos.2020.

“Sanığın görevi gereği yasal olarak kendisine tevdi edilen malı belli bir süre kullanıp hakkında herhangi bir uyarı, ihbar, şikâyet veya soruşturma olmaksızın kendiliğinden kuruma yatırması halinde kullanma zimmetinin oluşacağı gözetildiğinde sanığın 1 ila 21 gün arasında uhdesinde tutup denetim öncesinde yatırdığı 6.687 TL ve 1.006,50 TL olmak üzere toplam 7.693,50 TL'ye yönelik eyleminin kullanma zimmeti”, Yargıtay 5. CD, 28.04.2016 tarih ve E. 2014/ 3800 K. 2016/ 4356 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 9 Ağustos 2020.

⁵⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1060.

⁵⁹ Necati Meran, Zimmet- Rüşvet- İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 42; Cengiz Kütük, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, 1 Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 144.

olarak işlenebileceği kabul edilmektedir⁶⁰.

Zimmet suçunun daha ağır cezalandırılmasını gerektiren nitelikli haline ilişkin ikinci fıkrasında, zimmet olgusunun sonradan anlaşılmasının önüne geçmeye yönelik her türlü hilenin nitelikli hali oluşturacağı düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK m. 202/2’de ise nitelikli halin varlığının kabul edilebilmesi için hilenin “dairelerini aldatacak” düzeyde olması gerekiyordu⁶¹. Hile, suçun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla gerçekleştirilen her türlü yanıltıcı harekettir⁶². Burada söz konusu hileye, kamu görevlisi hukuka uygun bir şekilde zilyet olduğu mal üzerinde gerçekleştirdiği zimmet olgusunun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla başvurmuştur^{63, 64}. Çünkü esasen mal zaten hâlihazırda failin egemenlik alanında bulunmaktadır.⁶⁵ Hileli davranışların kabulü için muhatap alınan kişi ya da kişilerin gerçekten aldatılmış olması gerekmemektedir⁶⁶. Hareketin, aldatıcı olması yeterlidir⁶⁷. Ancak öte yandan Yargıtay, nitelikli halin kabulü için hileli davranışların kurum içi basit bir

⁶⁰ Erdal Baytemir, Açıklamalı- İtihatlı Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011, s. 59.

⁶¹ Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 982.

⁶² Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 981.

⁶³ Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 983; Sarsıkoğlu, s. 213.

⁶⁴ “Oluşa ve dosya içeriğine göre de, sözlü olarak maaş bordrolarını hazırlamak üzere tahakkuk memuru olarak görevlendirilip bu görevi itiraz etmeksizin yürüten sanığın, maaş bordrolarının tahakkukunu doğru olarak düzenleyip İmar ve Fen İşleri Müdürlüklerine ait personelin özel hizmet tazminat tutarlarını icmal bordrosuna fazla olarak geçirip buna bağlı olarak düzenlenen verilen emirleri ile fazla olan miktarların bankada kendi hesabına yatırılmasını sağladığı sabit ise de; zimmet suçunun oluşabilmesi için paraların kendisine görevinin normal fonksiyonu icabı ve kanuna uygun olarak tevdiinin zorunlu olduğu, kendisine usulsüz olarak ödeme yapılmasına olanak sağlayan belgeler düzenleyerek kullanmak suretiyle çıkar sağlama eylemlerinin belgelerin aldatıcı nitelikte olması durumunda evrakta sahtekarlık ve kamu kurumuna karşı dolandırıcılık, aldatıcılığın bulunmaması durumunda da kamu kurumuna karşı dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçlarını oluşturacağı gözetilmeksizin suç vasfında yanlıya düşülerek yazılı şekilde zimmet suçundan hüküm kurulması”, Yargıtay 5. CD, 01.11.2011 tarih ve E. 2007/5928 K. 2011/23185 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020.

⁶⁵ Artuk ve Gökçen, s. 1019.

⁶⁶ Özgenç, Zimmet, s. 34.

⁶⁷ Özgenç, Zimmet, s. 34.

incelemeyle anlaşılacak boyutta olmasını aramaktadır^{68, 69}.

VIII. Malın Değerinin Azlığı

Türk Ceza Kanunu m. 249'a göre, zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir. Zimmet suçunun temel şekli bakımından malın değerinin azlığı belirlenirken, malın suçun işlendiği tarihteki değeri dikkate alınmalıdır⁷⁰. Bu değer hesaplanmasında ayrıca idarenin uğramış olduğu zarar, yoksun kaldığı gelirler veya gecikme zammı-faiz gibi kalemler ilave edilmez⁷¹. Ancak bu noktada kullanma zimmeti, zimmet suçunun temel şeklinden ayrılmaktadır. Kullanma zimmetinde daha önce belirttiğimiz gibi suçun konusu, failin maldan elde etmiş olduğu nemadır. Bu sebeple malın değerinin azlığı dikkate alınırken, kullanma zimmetine konu malın değeri değil; elde edilen nema göz önüne alınacaktır⁷².

⁶⁸ “6.02.2007 ile 23.06.2009 tarihleri arasında 165 defada toplam 63.487’yi kendi kredi kartından çektiği, S...S.’nin aynı şekilde 27.02.2007 ile 16.07. 2009 tarihleri arasında 50 defada toplam 30.493 TL’yi kendi kredi kartından çektiği, bu şekilde hileli davranışlarla gerçekleştirilen eylemlerinin kurum için kaba bir inceleme ile ortaya çıkarılmasının mümkün olmadığı, ancak suç tarihlerinde kredi kartlarından İSKİ adına yapılan tahsilat dökümlerinin istenmesi üzerine ilgili bankalar tarafından gönderilen yazı cevapları ekindeki hesap dökümlerinin incelenmesi sonucunda yani daire dışı bilgi ve araştırmayla saptanabilmesi karşısında zincirleme nitelikli kullanma zimmeti suçlarını oluşturduğu nazara alınarak her bir aboneden nakit tahsilat tarihi ile bu abonelerin yatırmış oldukları bedelin”, Yargıtay 5. CD, 27.10.2014 tarih ve E. 2013/6222 K. 2014/10114 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2020.

⁶⁹ “Vergi Dairesinde veznedar olan ve bu görevi gereği vergi mükellefleri Akif Ş., Hasan İ., Recai K., Veyssel K., Hüseyin K. ve Hasan K. tarafından vergi borçlarına karşılık yatırılması için kendisine verilen paralardan toplam 55.834.000 lirayı, mükelleflere verilen vergi alındılarının 1. nüshasını tahsil edilen gerçek miktara uygun, dairede kalan dip koçanlara ise daha düşük ve değişik mükelleflerin isimlerini yazarak kurum kayıtlarına intikal ettirmeyip uhdesinde bırakıp, bir müddet kullandıktan sonra bu meblağı ve 20.207.000 lira tutarındaki gecikme zammını olayın ortaya çıkarılmasından önce, 5.812.000 lira tutarındaki gecikme zammını da olay ortaya çıkarıldıktan sonra 10.04.1997 tarihinde kurum kayıtlarına intikal ettirdiği anlaşılan sanığın eyleminin mükelleflerden temin edilen vergi alındı makbuzlarının dairedeki nüshalarıyla karşılaştırılması gibi daire dışı kayıtlarla ortaya çıkarıldığı ve teselsül eden nitelikli kullanma zimmet suçunu oluşturduğu halde basit zimmet suçundan hüküm kurulması”, Yargıtay 5. CD, 30.04.1998 tarih ve E. 1998/1178 K. 1998/1768 sayılı karar için bkz. Baytemir, s. 178.

⁷⁰ Selami Turabi, Zimmet Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 111; Baytemir, s. 60; Akkaş, s. 335.

⁷¹ Akkaş, s. 335.

⁷² “Kullanma zimmetinde, suçun konusunun kullanma ile elde olunan yarar(nema) olması karşısında, bilirkişi tarafından hesaplanacak nemanın da ödenip ödenmediği araştırılarak sonucuna göre cezadan 248. Madde uyarınca indirim yapılması ve nema miktarı tespit edil-

Failin aynı suç kastı kapsamında kullanma zimmetiyle beraber temel (temellük) zimmet suçunu işlediği hallerde, elde edilen nemanın dışında zimmete geçirilen malın değeri de dikkate alınarak değer tayin edilir. Sadece zincirleme kullanma zimmeti suçunun işlendiği halde ise failin elde etmiş olduğu toplam nema miktarı üzerinden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu m. 249'un gerekçesinde belirtildiği üzere, zimmete geçirilen malın değerinin çok düşük olması durumunda failin tasarrufunun, hoşgörüsü karşılanabileceği belirtilmiştir. Müsamaha edilen zimmet⁷³ olarak adlandırılan bu halde, zimmet suçunun oluşmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu kabul, farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Suçun oluşmaması örf ve adete veya yerleşmiş uygulamalara⁷⁴, fiilin haksızlık içeriğinin azlığına⁷⁵ veya idarenin rızasının olması⁷⁶ gibi farklı temellere dayandırılmaktadır. Bu bakımdan gerekçede müsamaha edilen zimmetin de hem süre hem de kullanılış biçimi itibarıyla kullanma zimmeti bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir.

Kullanan kişi açısından elde edilen nemanın çok az olduğu hallerde, kullanma zimmetinin oluştuğu söylenemez. Aslında ortada uygun olmayan, haksızlık meydana getiren bir kullanım söz konusuysa da ortaya çıkardığı haksızlık cezayı gerektirici bir boyutta olmamaktadır⁷⁷. Kanun koyucunun da söz konusu suça yer verirken amaçladığı, kamu görevlisinin hemen her özel kullanımını cezalandırmak değildir. Önemsiz veya ağır olmayan fiillerin, soyut hukuk kurallarını somut olaylara uygulamak gibi bir görevi olan hâkim tarafından ceza hukukunun kapsamı dışına çıkarılması gerekmektedir⁷⁸. Failin elde ettiği nemanın çok az olduğu hallerde oluşturduğu haksızlığın

dikten sonra şartların varlığı halinde değer azlığı sebebiyle 249. Maddenin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi”, Yargıtay 5. CD, 11.03.2019 tarih ve E. 2017/7018 K. 2019/2847 sayılı kararı, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2020.

⁷³ Bkz. Özgenç, Zimmet, s. 27.

⁷⁴ Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 1994, s. 119; Dönmezer, s.83.

⁷⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 28; Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 1048.

⁷⁶ Erem, s. 43.

⁷⁷ Özgenç, Zimmet, s. 27.

⁷⁸ Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, 2007, (69), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 61, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-69-300>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020.

boyutu da önemsiz bir derecede kalmaktadır. Bu sebeple biz de kullanma zimmeti özelinde müsamaha edilen zimmet kavramının temelinde fiilin haksızlık muhtevasının az olması fikrine katılmaktayız. Zira ceza hukuku bakımından kişilerin gerçekleştirdiği her tipik, hukuka aykırı ve kusurlu fiilin cezalandırılması ceza hukukunun “ultima ratio” niteliği ile uyuşmaz⁷⁹.

IX. Kullanma Zimmetinin Suçun Özel Görünüş Biçimleri Bakımından Değerlendirilmesi

A. Teşebbüs

Teşebbüsle ilgili zimmet suçunun temel şeklinde olduğu gibi kullanma zimmeti bakımından da genel kurallar geçerlidir⁸⁰ (TCK m. 35). Her ne kadar failin kastı kullanmaya yönelik olsa da kullanma zimmetinde de zimmet suçunun temel şeklinde olduğu gibi suç konusu malın failin zimmetine geçirildiği anda suç tamamlanır⁸¹.

Türk Ceza Kanunu'nun, “*fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*” hükmünü ihtiva eden m. 36'nın uygulanması üzerinde de durmak gerekir. Kullanma zimmetinde, malın geçici bir süreliğine kullanılmak için alınmasının gerekli olduğunu belirtmiştik. Bu esnada kişinin suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi mümkündür. Örneğin, görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan belediyeye ait otobüsü mesai saatleri dışında kiralamaya çalışan kamu görevlisinin, kiralayacak kişi ile telefonda görüşmesinden sonra, yaptığının yanlış bir şey olduğunu düşünerek otobüsü kiralamak isteyen kimseye teslim etmemesi durumunda, gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanması nedeniyle cezalandırılmaması gerekir.

⁷⁹ Hakeri, Önemsiz Hareketler, s. 92.

⁸⁰ “Saniğin depo memuru olup denetim ve sorumluluğunda bulunan orman emvalini faydalanmak için usulsüz olarak depodan çıkarıp İsmail'in hızar atölyesine sevk ettiği sırada alınan ihbar sonucu Orman İdaresi görevlilerince izlenip henüz kamyonundan indirilmeden yakalanması ile açığa çıkan eyleminin icrai hareketlerinin tamamlanamaması karşısında zimmete eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraatine karar verilmesi”, Yargıtay 5. CD, 05.02.1992 tarih ve E.1991/5125 K. 1992/405 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020.

⁸¹ Koca ve Üzülmez, Özel Hükümler, s. 984.

B. İştirak ve İçtima

Teşebbüste olduğu gibi iştirak bakımından da genel kurallar geçerlidir. Buna göre, “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” (TCK m. 37/1). Kamu görevlisinin, bir başkasını kullanma zimmetinin işlenmesinde araç olarak kullanması da mümkündür (TCK m. 37/2, birinci cümle). Bu bağlamda örneğin, belediyeye ait kamyonu başkasına kiralayan fen işleri müdürünün, belediyeye ait bir işin yapılacağından bahisle kamyon şoförünü yanıltarak, kamyonun anlaştığı şahsın özel işinde kullanırılmasını sağlaması durumunda, kullanma zimmetini dolaylı fail olarak işlediği kabul edilebilir. Zimmet suçunun kamu görevlileri tarafından işlenen özgü bir suç olması ve bu nedenle sadece kamu görevlilerinin bu suçun faili olabilmesi⁸², kullanma zimmeti açısından da geçerlidir. Zira, “özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” (TCK m. 40/2)⁸³.

Zimmet suçu ve konumuz özelindeki kullanma zimmetinin, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir türü olması nedeniyle kullanma zimmetini işleyen kamu görevlisinin sadece bu suçtan dolayı sorumlu tutulması gerekir. Bunun haricinde kişinin genel bir suç olan görevi kötüye kullanma suçundan ayrıca sorumlu tutulması mümkün değildir⁸⁴.

Kullanma zimmetinin aynı suç işleme kararı icrası kapsamında değişik zamanlarda işlenmesi durumunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanarak failin, tek bir kullanma zimmetinden sorumlu tutulması; ancak bu cezanın belli bir oranda arttırılması gerekir (TCK m. 43/1, üçüncü cümle). Farklı zamanlarda işlenen kullanma zimmetinin konusu, farklı kişilere ait ise failin bütün gerçekleştirilen fiillerden gerçek içtima hükümleri doğrultusunda ayrı ayrı sorumlu tutulması gerekir⁸⁵.

⁸² Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 985.

⁸³ “Zimmet suçu özgü suçlardan olup, kamu görevlisi olmayan sanıklardan Oğuz’un TCK’nın 40/2. maddesine göre, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağına nazara alınmaması”, Yargıtay 5. CD, 16.02.2009 tarih ve E. 2008/9242 K. 2009/1799 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020.

⁸⁴ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 985.

⁸⁵ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 986.

X. Kullanma Zimmeti Bakımından Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanması

Türk Ceza Kanunu m. 248’de zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tazmin edilmesi, ödeme zamanı da dikkate alınarak zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hali olarak kabul edilmiştir⁸⁶. Maddenin 1. fıkrasına göre zimmet suçundan dolayı soruşturma başlamadan önce failin zimmete geçirdiği malı aynen iade etmesi veya uğranılan zararı tamamen tazmin etmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisinin indirileceği yer almaktadır.

Etkin pişmanlığın, soruşturma başladıktan sonra gösterilmesi de mümkündür. 2. fıkrada failin soruşturma başladıktan sonra ancak henüz kamu davası açılmadan önce zimmete geçirdiği malı aynen iade etmesi veya uğranılan zararı tamamen tazmin etmesi halinde verilecek cezanın yarısının indirileceği belirtilmektedir⁸⁷.

Kullanma zimmetinde failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için elde ettiği nemayı(yarar) da iade etmesi gerekir. İade, zimmete geçirilen malın aslı ile bundan elde edilen nemanın tamamen iadesi ya da tazmin edilmesi şeklinde olacaktır^{88, 89}. Teminat gösterilmesi, takas teklif

⁸⁶ Baytemir, s. 72.

⁸⁷ Burada sorun arz eden husus; ilgili hakkında idari bir soruşturmanın başlaması, fakat henüz adli bir soruşturmanın başlamaması ve bu esnada etkin pişmanlığın gösterilmesi durumunda, yapılacak indirim nasıl belirleneceğidir. Kanımızca TCK m. 248’de kullanılan soruşturma ve kovuşturma kavramlarının teknik anlamda kullanıldığını ve bunlar ile kastedilenin 5271 sayılı CMK m. 2’de belirtilen soruşturma ve kovuşturma olduğunu kabul etmek gerekir. Zira kanun koyucu örneğin rüşvet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükmü olan m. 254’te soruşturma ve kovuşturma yerine “durumun resmi makamlarca öğrenilmesi” ifadesini kullanmış, böylece ilgili hakkında idari bir soruşturmanın başlamasını etkin pişmanlık dolayısıyla yapılan indirimde etkili olmasını kabul etmiştir. Buna karşılık kanun koyucu TCK m. 248’de bilinçli olarak soruşturma ve kovuşturma kavramlarını kullanmıştır. TCK m. 248’in gerekçesinde geçen “*etkin pişmanlığın soruşturma başlatıldıktan sonra ve fakat henüz kamu davası açılmadan önce gösterilmesi de mümkündür*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucunun kullandığı soruşturma ve kovuşturma kavramları teknik anlamdaki soruşturma ve kovuşturmayla karşılık gelmektedir.

⁸⁸ Gökcan, s. 338.

⁸⁹ “Kullanma zimmetinde geçici süreyle kullanılıp iade edilen paradan elde edilen nemanın suçun konusunu oluşturduğu, bu nedenle etkin pişmanlıktan yararlanmak için bu şekilde hesaplanan nema tutarının ayrıca ödenmesi gerektiği, olayımızda ise nema tutarının 17.10.2010 tarihinde yani kovuşturma aşamasında ödenmesi karşısında etkin pişmanlık yönünden TCK’nın 248/2- son cümlesi uyarınca cezadan indirim yapılması gerekirken 1. fıkrasının uygulanması suretiyle eksik ceza tayini”, Yargıtay 5. CD, 27.06.2013 tarih ve E. 2013/8743 K. 2013/7325 sayılı kararı, <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 28

edilmesi veya senet verilmesi tamamen iade veya tazmin yerine geçmez⁹⁰. İştirak halinde işlenmiş olan kullanma zimmetinde, fail sadece kendisi üzerine düşeni iade veya tazmin ederek etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamaz⁹¹. Bununla birlikte iadenin malın alındığı yere yapılması yeterlidir⁹². Ayrıca iadenin gönüllü olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Failin, iradesi dışında örneğin bir kolluk operasyonu sonrasında malın ele geçirilmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağı gayet açıktır.

Misli olmayan bir malın kullanılmak üzere alınması halinde, uğranılan zararın tespitinde, malın kullanımı boyunca elde edilen artı değerlerle malın kendisinde gerçekleşen değer kaybı dikkate alınmalıdır⁹³.

XI. Yaptırım

Kullanma zimmetinin cezasının, birinci fıkradaki zimmet suçunun temel şekline göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır (TCK m. 247/1). Somut olayda, failin işlediği fiilin öncelikle kullanma zimmetinin temel veya nitelikli şekli olmasına göre, TCK m. 61 hükümleri çerçevesinde temel ceza belirlenmeli; eğer somut olayda hâkim cezada indirim yapılması gerektiğine karar vermiş ise bu indirim m. 247/3 uyarınca, birinci fıkraya göre belirlenen cezanın yarısına kadar olmalıdır. Dikkat edilirse kullanma zimmetinin söz konusu olduğu hallerde indirim yapılıp yapılmaması hâkimin takdirinde olan bir husustur. Hâkim, bu konudaki takdir yetkisini kullanırken somut olayın şartlarını göz önünde bulundurmalı, örneğin zimmete konu malın kamu için acil bir ihtiyaç teşkil edip etmediği, failin malı kullanım süresi gibi hususları dikkate almalıdır. Ancak, failin davranışlarının nitelikli kullanma zimmetine sebebiyet vermesi halinde, TCK m. 61/3 gereğince hileli davranışların, temel ceza belirlenirken dikkate alınmaması gerekir⁹⁴. Hükmedilen cezanın kanunda belirlenen sınırlar içinde kalması ve diğer şartların da gerçekleşmesi durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya hapis cezasının

Temmuz 2020.

⁹⁰ Volkan Aslan, “Zimmet Suçu”, 2013, 71(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 63, <<https://dergipark.org.tr/pub/iuhfm/issue/9188/115155>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2020.

⁹¹ Rezzan İtişgen, “Türk Hukukunda Zimmet Suçu”, 2013, 71(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 655, <<https://dergipark.org.tr/pub/iuhfm/issue/9188/115185>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2020.

⁹² Centel, s. 2795.

⁹³ Akçin, s. 225.

⁹⁴ Koca ve Üzülmez, Özel Hükümler, s. 989.

infazının ertelenmesine karar verilebilir.

Kullanma zimmetinde, failin aldığı malın aslının ve elde edilen nemanın müsadereğine karar verilebilir. Ancak bu halde müsadere edilecek olan malvarlığı değerinin sahibine iade edilememesi gerekir. Oysa kullanma zimmetine konu olan mal ve elde edilen nemanın kamu idaresine veya iyi niyetli üçüncü kişilere iadesi mümkündür. Bu durum kullanma zimmeti açısından müsadere hükümlerinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Ayrıca kullanma zimmeti suçunun, belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı bir suç olması sebebiyle fail hakkında TCK m. 53/5 çerçevesinde hak yoksunluğu da gündeme gelecektir⁹⁵.

XII. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Kullanma zimmeti resen soruşturulan bir suç tipidir. Bu suça 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu⁹⁶” kapsamında açıkça yer verilme de suçun zimmet suçunun daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olduğu gözetilerek, kullanma zimmeti durumunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun⁹⁷ hükümlerinin uygulanmayacağı ve soruşturmanın Cumhuriyet savcılığınca doğrudan doğruya ve bizzat yürütülmesi ile davanın açılacağı, genel ve temel bir ilke olarak kabul edilmiştir⁹⁸. Kullanma zimmetiyle beraber başka suçların da işlenmesi durumunda, işlenen suçların kendi tabi olduğu soruşturma usulüne göre yapılması gerekir⁹⁹. Soruşturması izne tabi bir suçun, sırf kullanma zimmetiyle beraber işlendiğinden bahisle izin alınmaksızın soruşturulması söz konusu olamaz¹⁰⁰.

Kullanma zimmeti suçunda görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun¹⁰¹ 12. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesidir.

⁹⁵ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 989; Baytemir, s. 64.

⁹⁶ 4 Mayıs 1990 tarih ve 20508 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁹⁷ 4 Aralık 1999 tarih ve 23896 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁹⁸ Akçin, s. 317.

⁹⁹ Ahmet Ceylani Tuğrul, Öğreti ve Uygulamada Zimmet- Banka Zimmeti- İrtikap- Rüşvet Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 274.

¹⁰⁰ Tuğrul, s. 274.

¹⁰¹ 7 Ekim 2004 tarih ve 25606 Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Sonuç

Zimmet suçu, kamu görevlisinin görevi sebebiyle kendisine bırakılan veya koruma ve gözetimi altındaki malı, zimmetine geçirmesi ile oluşmaktadır. Zimmete geçirme, failin mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunmasını ifade eder. Tasarruf, suça konu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde olabileceği gibi malın bir başkasına satılması, verilmesi şeklinde de olabilir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde kamu görevlisinin, görevi sebebiyle kendisine bırakılan malı geçici bir süre için hususi ihtiyaçlar doğrultusunda kullanması halinde sorumluluğunun ne olduğu konusunda belirsizlik bulunmaktaydı. Kullanma zimmeti olarak adlandırılan bu kavram, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde açıkça düzenlenmemesine rağmen doktrin ve uygulamada yer bularak, Yargıtay'ın faile verilen ağır para cezasının tespitinde kullanılmıştır. Ancak buna rağmen kullanma zimmeti bakımından açıkça bir hüküm yer almadığı için kavramın uygulanması somut olaylar bakımından belirsizlikler oluşturmuştur. 5237 Sayılı TCK'da yer alan kullanma zimmeti düzenlemesi ile suçun cezalandırılacağına dair bir tereddüt kalmamıştır.

Kullanma zimmetinde suçun konusu, failin kullanmak üzere zimmetine geçirdiği mal değil, malın kullanımı ile elde ettiği nemadır(yarar). Nema, failin kendisi veya üçüncü bir kişi için de olabilir. Failin malı tahsis amacı dahilinde veya bir kamu kurumunun yararına olacak şekilde kullanması durumunda, kullanma zimmeti oluşmaz. Malın kullanım süresi suçun oluşması bakımından önemsiz olsa da kullanımın nema elde edilebilecek kadar uzun olması gerekir.

Malın iade edilmek ve geçici bir süre için kullanılmak üzere alınması, zimmet suçunun temel şeklienden ayrılan bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçun tamamlanması için failin malı iade etmek üzere alması gerekmektedir. İadenin gerçekleşmesi, suçun oluşması bakımından önemli değildir. İade etme amacı mal alınmadan önce bulunmalı, kullanma süresince devam etmelidir. Failin kullanıp iade etmek üzere aldığı mal üzerinde sonradan mal edinme amacı ortaya çıkarsa faili zimmet suçunun temel şeklienden sorumlu tutmak gerekir.

765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, zimmet suçunun temel şekli ile kullanma zimmetini ayırt etmek için iadenin yapıldığı zamanı esas alan bir uygulamayı benimsemiştir. Uygulamaya göre failin herhangi bir uyarı, şikâyet, denetim veya soruşturma olmaksızın, malın iadesini yapmış olması halinde,

failin kastının kullanma zimmetine yönelik olduğu kabul edilmekteydi. Bu durumun aksine malın fail tarafından şikâyet ya da soruşturma vb. sonrasında iade edilmesi halinde ise kişinin kastı mal edinme kabul ediliyor ve cezalandırma da buna göre yapılıyordu. Oluşan suçun belirlenmesinde manevi unsurun göz ardı edildiği bu uygulama, günümüzde de kabul görmeye devam etmektedir. Mevcut uygulama kullanma zimmetinde failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmasını zorlaştırmaktadır. Zira Türk Ceza Kanunu m. 248/2'ye göre, kovuşturma başlamadan önce failin gönüllü olarak zimmetine geçirdiği malı aynen iade etmesi veya uğranılan zararı tamamen tazmin etmesi halinde, verilecek cezanın indirileceği kabul edilmektedir. Yargıtay uygulamasında ise malın sadece herhangi bir şikâyet ya da soruşturma vb. olmadan iadesi kullanma zimmeti kabul edildiğinden; failin iade etmek üzere kullandığı malı soruşturma evresinde iade etmesi temel zimmet kabul edilecek, kovuşturma öncesine ilişkin etkin pişmanlık hükümleri olan m. 248/2'nin uygulanması somut olaylar bakımından imkânsız olacaktır. Kullanma zimmeti bakımından sadece soruşturma öncesindeki etkin pişmanlığı düzenleyen m. 248/1'in uygulanması gündeme gelecektir. Kanaatimizce her somut olay kendi içerisinde değerlendirilerek, failin malı geçici bir süre için kullanıp iade etmek üzere aldığı hallerde kullanma zimmeti, mal edinme amacıyla zimmetine geçirdiği hallerde ise zimmet suçunun temel şeklinden sorumlu tutulması gerekir. Kastın belirlenmesinde şüpheye düşülmesi durumunda ise “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi doğrultusunda kullanma zimmetinden cezalandırma yoluna gitmek daha doğru olacaktır.

Kanundaki düzenleniş şekli göz önünde bulundurulduğunda, kullanma zimmetinin de nitelikli olarak işlenebileceği kabul edilmelidir. Ancak nitelikli kullanma zimmeti suçunda, mal zaten failin egemenlik alanında olduğundan söz konusu hileli davranışlar suçun işlendiğini gizlemek için gerçekleştirilmektedir. Diğer taraftan zimmet suçuna ilişkin malın değerinin azlığı hükümleri, kullanma zimmeti bakımından da uygulanabilir. Bu noktada, kullanma zimmeti bakımından suçun konusu elde edilen nema olduğu için malın değerinin azlığı göz önüne alınırken nema esas alınmalıdır. Failin zincirleme kullanma zimmeti suçunu işlediği hallerde elde edilen toplam nema, malın değerinin azlığı bakımından değerlendirilir.

Elde edilen nemanın çok az olduğu hallerde, fail bakımından müsamaha edilen zimmet kavramının tartışılması gerekir. Failin kullanımını hem süre hem de kullanım şekli itibarıyla bazı hallerde hoşgörülle karşılanabilir. Kullanımın son derece kısa ve kayda değer bir nema elde edilmesine imkân vermediği

hallerde suç oluşmaz. Zira failin gerçekleştirdiği fiilin meydana getirdiği haksızlık cezalandırmaya değer boyutta değildir. Ceza hukukunun “ultima ratio” özelliği itibarıyla hemen her tipik, hukuka aykırı ve kusurlu hareketin cezalandırılması, cezadan beklenen adaletin elde edilmesine imkân vermez.

Kullanma zimmeti suçunu işleyen failin, etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için zimmetine geçirdiği malın haricinde, ayrıca elde etmiş olduğu nemayı iade etmesi gerekir. İade, kullanmak üzere aldığı malın aslı ile nemasının tamamen geri verilmesi veya tazmin edilmesi şeklinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akçin İ, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.

Akkaş A, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 2018, 9(1), İnönü Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 323-348, Erişim Tarihi 9 Ekim 2020.

Artuk M ve Gökçen A, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi 2021.

Aslan V, “Zimmet Suçu”, 2013, 71(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 43-66, Erişim Tarihi 19 Kasım 2020.

Baytemir E, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, 1. Baskı, Adalet Yayınevi 2011.

Centel N, “Zimmet Suçu”, 2019, 21(Özel S), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, s. 2779-2800, Erişim Tarihi 15 Ekim 2020.

Donay S, “Türk Hukukunda Zimmet”, 1968, 2(3), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 23-52, Erişim Tarihi 20 Aralık 2020.

Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II, 12. Bası Beta Basım Yayın 1999.

Dönmezer S, Özel Ceza Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası 1984.

Erem F, “Zimmet ve İhtilas”, 1957, 14(1), Ankara Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, s. 38-47, Erişim Tarihi 13 Mart 2020.

Gökcan H, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008.

Hafizoğulları Z ve Aygün Eşitli E, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Karşı Suçlar, 1. Baskı, US-A Yayıncılık 2014.

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 1.Baskı, US-A Yayıncılık 2016.

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.

Hakeri H, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, 2007, (69), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 55-96, Erişim Tarihi 13 Aralık 2020.

İtişgen R, “Türk Hukukunda Zimmet Suçu”, 2013, 71(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 639-672, Erişim Tarihi 19 Kasım 2020.

Koca M ve Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019.

Koca M ve Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi 2020.

Kütük C, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016.

Meran N, Zimmet- Rüşvet- İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008.

Okuyucu Ergün G, Türk Hukukunda Zimmet Suçu, 1. Bası, Çakmak Yayınevi 2008.

Önder A, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi 1994.

Özbek V, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020.

Özen M, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.

Özgenç İ, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2002.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020.

Özgenç İ, Zimmet Suçu, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2012.

Özkan H, Türk Ceza Kanunda Zimmet Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi 2013.

Sarsıkoğlu S, “Zimmet Suçunun Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu Özelinde Değerlendirilmesi”, 2013, (104), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 203-224, Erişim Tarihi 17 Aralık 2020.

Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları 2018.

Tezcan D, Erdem M ve Önok R, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020.

Toroslu N, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi 2019.

Tuğrul A, Öğreti ve Uygulamada Zimmet- Banka Zimmeti- İrtikap- Rüşvet Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013.

Turabi S, Zimmet Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2012.

Üzülmez İ, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu”, 2005, (5), Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 216-225.

Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.

<https://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>

<https://sozluk.gov.tr/>

ASSESSMENT OF AGE-STRATIFIED LOCKDOWN IMPOSED DURING THE COVID-19 PANDEMIC REGARDING PROHIBITION OF DISCRIMINATION

Fatma Duygu BOZKURT^{*,**}

Abstract

Age-stratified lockdown is one of the measures implemented in Turkey to control the new coronavirus outbreak. This article examines the constitutionality of the age-stratified lockdown and argues that by restricting the freedom of movement and the right to work, this measure violates the prohibition of discrimination principle. This study determines whether the age-stratified lockdown is based on discrimination, which is prohibited by the Turkish Constitution. In the descriptive analysis, it considers whether there is a justifiable reason for differential treatment as a result of this measure. In the light of the resulting data, the article concludes with an assessment of the age-stratified lockdown's compliance with the prohibition of discrimination.

Keywords: *Prohibition of Discrimination, Age Discrimination, Lockdown, Freedom of Movement, COVID-19.*

COVID-19 PANDEMİ SÜRECİNDE UYGULANAN YAŞA BAĞLI SOKAĞA ÇIKMA YASAĞININ AYRIMCILIK YASAĞI AÇISINDAN DEĞERLENDİRMESİ

ÖZ

Yeni koronavirüs salgınının kontrol altına alınabilmesi için Türkiye'de uygulanan tedbirlerden biri de yaşa bağlı sokağa çıkma yasağıdır. Bu çalışma, belli yaş aralıkları gözetilerek uygulanan ve başta seyahat özgürlüğü ile çalışma hakkını sınırlayan bu tedbirin Anayasa'da güvence altına alınan ayrımcılık yasağına uygunluğunu irdelemektedir. Bu bağlamda öncelikle yaşa bağlı sokağa çıkma yasağının farklı bir muamele olup olmadığı ve bu muamelenin Anayasa'da yasaklanan bir ayrımcılık temelinde gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmektedir. Akabinde ise bu tedbir

* **Asst. Prof. Dr.**, Pamukkale University School of Law Constitutional Law Department/ DENİZLİ, **e-posta:** fduygub@pau.edu.tr
ORCID : 0000-0001-5289-5262.

** This article is the expanded version of the paper presented at the "Current Legal Issues in the Coronavirus Period" symposium held by İbni Haldun University School of Law, on 30.05.2020.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933596

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17/03/2021

uyarınca farklı muamele edilmesini gerektiren haklı bir nedenin olup olmadığı, betimsel analiz yöntemi ile sınımlanmaktadır. Çalışma, ortaya çıkan veriler ışığında, söz konusu kısıtlama tedbirin ayrımcılık yasağına uygunluğunun değerlendirilmesiyle sona ermektedir.

Anahtar Kelimeler: *Ayrımcılık Yasağı, Yaş Ayrımcılığı, Sokağa Çıkma Yasağı, Seyahat Hürriyeti, COVID-19.*

INTRODUCTION

When does differential treatment lead to discrimination? In order to address this question, this article examines the prohibition of discrimination principle, according to which discrimination among individuals is based on clear, understandable, and predetermined criteria.¹ Many perceive the lockdown for over-65-year-olds and under-20-year-olds in Turkey as one of the most drastic measures taken within the scope of combating COVID-19. Age discrimination, which is common but rarely acknowledged in Turkey, has raised the question of whether the lockdown, which is only applied to the aforementioned age ranges, is inevitable. As this lockdown restricts the freedom of movement of around 30 million people² for an open-ended period, it is necessary to evaluate the extent to which the age-stratified lockdown applied in the pandemic process results in discrimination. This chapter utilizes a descriptive analysis method and analyzes the case law of the Turkish Constitutional Court. Since the approach of the Turkish Constitutional Court is parallel to that of the European Court of Human Rights (ECHR) concerning the criteria for the implementation of the equality principle, the case law of the ECHR will be referred to where applicable.

Firstly, this study considers the definitions of the principles of equality and the prohibition of discrimination as well as their methodology in the case law of the Turkish Constitutional Court. Then it examines whether the age-stratified lockdown is discriminatory according to the case law of the Turkish Constitutional Court, whether the age-stratified lockdown can be considered differential treatment, and whether that treatment is based on discrimination prohibited by the Turkish Constitution. This leads to an assessment of

¹ Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", 2015, (32), Anayasa Yargısı Dergisi, p. 237.

² Turkish Statistical Institute, Population Projections 2018, <<http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>> Access 10.06.2020.

whether there are justifiable reasons for differential treatment as a result of the implementation of the age-stratified lockdown in Turkey. The study concludes that the age-stratified lockdown in Turkey is in violation of the prohibition of discrimination principle, and proposes alternative methods for administrative and judicial authorities in their determination and implementation of this measure.

I. CASE LAW FRAMEWORK of EQUALITY PRINCIPLE and PROHIBITION of DISCRIMINATION

The fundamental basis of the prohibition of discrimination in Turkish constitutional law is Clause 10 of the Turkish Constitution, which is entitled ‘Equality before the Law’. This clause sets out that *‘everyone is equal before the law without distinction as to language, race, color, sex, political opinion, philosophical belief, religion, and sect, or any such grounds’*. Regarding the principle of equality and the prohibition of discrimination, the Turkish Constitutional Court judges refer, if justified, different rules of law can be applied to people who are living in the same conditions.³ According to the Court, *‘classification must depend on an understandable difference in relation to the purpose of the law, reasonable and fair, and it shouldn’t be groundless, unjustified, and arbitrary’*. Otherwise, *‘offering or depriving opportunities based on the elements of an individual’s personality and personal preferences, i.e. religion, political opinion, sexual and gender identity or on the personal characteristics having no option of choosing, i.e. gender, race, disability and age’* will constitute discrimination.⁴

The Turkish Constitutional Court also presents compliance with the definition of discrimination in its methodology and addresses the allegations of the violation of the prohibition of discrimination, an approach parallel to that of ECHR.⁵ In its examination, the Turkish Constitutional Court ascertains whether there is differential treatment and whether the differential treatment is based on discrimination prohibited in Clause 10 of the Turkish Constitution. In an individual application, the applicant reveals with reasonable evidence that

³ İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları-351, 2011, p. 6, 92.

⁴ The Constitutional Court of Turkey, E. 2006/159, K. 2010/47, K.T. 24.03.2010.

⁵ *Mazurek v. France* Ap. No. 34406/97 (ECHR 01 February 2000) para. 48; *Burden v. UK* Ap. No. 13378/05 (ECHR 29 April 2008) para. 60; S.E., The Constitutional Court of Turkey, Ap. No: 2017/40178, 26/2/2020, para. 42.

they have been subject to differential treatment and subsequent discrimination on one of the aforementioned unjustified and prohibited grounds⁶, the Court applies the justifiable reason test. This assesses whether the differential treatment, if any, is based on reasonable and objective reasons and whether a reasonable proportional link is established between the means used and the intended purpose.⁷

The Turkish Constitutional Court, which primarily oversees the existence of reasonable and objective justification, first determines the purpose of the justification that gives rise to differential treatment. The purpose of the justification can be determined by the wording, the classification clause, the legislation date, and various sources that may reveal the purposes intended by the law.⁸ The Court that considers whether the classification serves its intended purpose explained the relationship between the classification and the purpose in a decision as follows:

‘It is the incontestable right and duty of the legislator to act in the public interest. The requirements of public interest should be taken into account when a legislator performs their civic duty, and an objective and mandatory cause-and-effect relationship based on facts should be established between the requirements and restrictions of public interest.’⁹

According to the Court, *‘if statements are being made regarding the purpose of differential treatment, the justifications that are put forth must have a reasonable basis and must be based on evidence’¹⁰.*

The other criterion to be addressed within the framework of the prohibition of discrimination is the assessment of whether differential treatment, based on reasonable and objective reasons, establishes a fair balance between the protection of public interest and the rights and the freedoms protected by the Constitution, in other words, the existence of a proportional ratio between the purpose and the means.¹¹

⁶ The Constitutional Court of Turkey, Kamil Çakır, Ap. No. 2013/997, 15.10.2014, para. 45.

⁷ S.E. Ap. No: 2017/40178.

⁸ Merih Öden, Türk Anayasa Hukuku’nda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, 2003, p. 204, 205.

⁹ The Constitutional Court of Turkey, E.1992/40, K.1992/55, K.T.31.12.1992.

¹⁰ The Constitutional Court of Turkey, Tuğba Arslan Ap. No: 2014/256, 25/6/2014, para. 122.

¹¹ The Constitutional Court of Turkey, Mehmet Akdoğan ve diğerleri, Ap. No: 2013/817 19/12/2013 para. 37, 38.

According to the Turkish Constitutional Court, the principle of proportionality ‘consists of three sub-principles: “appropriateness”, “necessity” and “proportionality in strict sense”’. ‘Appropriateness’ indicates that the measure applied is conducive to the intended purpose.¹² ‘Necessity’ indicates that the measure applied is necessary for the intended purpose. ‘Proportionality in strict sense’ indicates the proportion that must be available between the measure applied and the intended purpose. The first sub-principle under the principle of proportionality insinuates that the means applied in limiting rights and freedoms can achieve or at least support the purpose.¹³ What is essential under the principle of necessity is whether the most lenient means is preferred when there are multiple means suitable for achieving the purpose.¹⁴ For this, the intensity of each means should be evaluated one by one, in a bottom-up approach towards the goal.¹⁵ Through this evaluation process, the necessity of the chosen means is accepted if no means that imposes less burden on the obligant can be found when the disadvantages of all the possible means are compared with each other.¹⁶ Even if we agree that the measure is appropriate and necessary, it is necessary to investigate whether the proportion between the burden placed on the person and the goal to be achieved is reasonable for the integrity of purpose.¹⁷ The principle of proportionality cannot be mentioned if the restriction imposes a disproportionate burden on the persons concerned.¹⁸

¹² The Constitutional Court of Turkey, E.2014/171, K.2015/41, K.T.22.4.2015.

¹³ Karan, Bireysel Başvuru, p. 286.

¹⁴ Fazıl Sağlam, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, 1982, p. 115.

¹⁵ Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, 2007, 6(12), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, p. 52.

¹⁶ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, 2002, p. 32

¹⁷ Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, 1993, Anayasa Yargısı Dergisi, p. 42, 47.

¹⁸ The Constitutional Court of Turkey, Ferhat Üstündağ Ap. No: 2014/15428, para. 48.

II. EVALUATION of the AGE-STRATIFIED LOCKDOWN in terms of PROHIBITION of DISCRIMINATION

A. DETERMINATION OF THE BASIS OF DIFFERENTIAL TREATMENT and DISCRIMINATION in relation to AGE-STRATIFIED LOCKDOWN

Shortly after the first COVID-19 case was detected in Turkey¹⁹, over-65-year-olds with weak immune systems were prohibited from going out in all provinces and districts as of 22nd March 2020.²⁰ On 3rd April 2020, the scope of the age-stratified lockdown was expanded to those under the age of 20 who were born on or after 1st January 2000.²¹ A later revision to the lockdown exempted those who were born between 1st January 2000 and 1st January 2002, amely aged between 18 and 20, who can provide evidence of employment.²² This lockdown, which was applied until June, started to be implemented again as of 20st November 2020.²³

The age-stratified lockdown primarily concerns the freedom of movement, the right to work, and the right to health. The age groups that subject to the restriction, i.e. over-65-year-olds, under-20-year-olds, and aged between 18 and 20, show that the age is the determinant of differential treatment. Just like as race, religion, sex, sect, etc., age is a basis of discrimination prohibited by the Turkish Constitution. The Turkish Constitutional Court prohibited the types of discrimination not listed in Clause 10 of the Constitution by setting out that *‘the subjects that cannot be discriminated against for “such grounds” have been expanded and thus clarified in terms of implementation*

¹⁹ Detected on 11 March 2020.

²⁰ People with chronic lung disease, asthma, COPD, cardiovascular disease, and kidney, hypertension and liver disease, and those who use drugs that disrupt the immune system; The Lockdown Circulation Circular for People 65 Years of Age and Over and Chronic Disease, <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>> Access 10.06.2020.

²¹ The Circular on City Entry/Exit Measures and Age Restriction, <<https://sehirlere-arac-giriscikis-kisitlamasi-ile-ilgili-istisnalar>> Access 10.06.2020.

²² The Circular on Exceptions for Young People between the Ages of 18 and 20 Subject to Lockdown, <<https://www.icisleri.gov.tr/sokaga-cikma-yasagi-bulunan-18---20-yas-arasindaki-genclerle-ilgili-istisnalar>> Access 10.06.2020.

²³ The lockdown still continues as of the time the article is written. The Circular on Coronavirus Outbreak New Measures, <<https://www.icisleri.gov.tr/koronavirus-salgini-yeni-tedbirler>> Access 18.11.2020.

*of the rule*²⁴. Thus, the Turkish Constitutional Court secured the right not to be discriminated against. Therefore, at this point, it is necessary to examine whether there is a justifiable reason for this age-based differential treatment.

B. DETERMINATION of REASONABLE and OBJECTIVE JUSTIFICATION for the AGE-STRATIFIED LOCKDOWN

1. Assessment for Those Over 65 years old and Under 20 years old

Scientific studies and statistical data on the COVID-19 pandemic confirm that the two groups at greatest risk for Covid-19 related deaths are older people and people with chronic disease.²⁵ For this reason, people who are over 65 years old and have chronic illnesses are prohibited from going out shortly after the first case is seen in Turkey. Considering the age data shared in Turkey and the world-wide case data confirmed by the WHO, the biggest common feature of people who died is that they are over 65 years old. As a matter of fact, in the circular containing the lockdown for over 65 years old says: *'the virus is stated to threaten lives by creating serious health problems in people over the age of 65 and with chronic illness, and the purpose of the ban is to prevent the spread of the epidemic by creating a serious risk to their own lives and to community health, increasing the number of cases and to prevent the number of cases and the need for treatment from increasing and the deterioration of Community Health and public order'*. Therefore, we can say that a reasonable and objective justification is provided for the prohibition against those over 65 years of age.

The justification for the lockdown for under-20-year-olds is that social isolation must be ensured by reducing social mobility and contact between people to manage the risk posed by the COVID-19 pandemic, which can be transmitted and infected very quickly by means such as physical contact, respiratory droplets, etc. Otherwise, the spread of the virus would increase the number of cases and the subsequent need for treatment. Citizens would increasingly be at risk of losing their lives, and community health and public

²⁴ The Constitutional Court of Turkey, E.1986/11, K.1986/26, K.T. 4/11/1986.

²⁵ WHO, Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report-51, <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10> Access: 08.06.2020; Abdul Hafeez, Shmmon Ahmad, Sameera Ali Siddqui, Mumtaz Ahmad, Shruti Mishra, 'A Review of COVID-19 (Coronavirus Disease-2019) Diagnosis, Treatments and Prevention', 2020, 4(2), EJMO, p. 117-118; Sağlık Bakanlığı Yeni Coronavirus (Covid-19), <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Kitapcik/COVID-19_YENI_KORONAVIRUS_HASTALIGI_KITAPCIK_A6.pdf

order would be adversely impacted.²⁶

Given the contagious nature of the virus, this measure will no doubt reduce contact between people and ensure social isolation in order to help prevent further spread of the pandemic. However, contrary to the threshold for over-65-year-olds, no objective and reasonable explanation appears to have been provided as to why the threshold of 20 years of age has been set for the lockdown. Over-65-year-olds are labeled as a vulnerable group most affected by the outbreak of COVID-19, although the disease has been detected in and carried by all age groups.²⁷ How the spread of the pandemic amongst under-20-year-olds differs to those between the aged of 20 and 65 has not been discussed with regards to the justification for the threshold. Although the purpose of the measure is legitimate and in the public interest, when a distinction is reached in respect of persons covered by the prohibition, it should be based on an understandable difference, and should not be arbitrary.²⁸ No objective or reasonable explanation was provided for this measure regarding why the age threshold of 20 was set for the lockdown. The reason why the classification in question is based on the age of 20 rather than another age, such as 15 or 25, lacks a causal link, and therefore requires a reasonable and rational justification.

2. Assessment for Those Between the Ages of 18 and 20

Another issue that needs to be addressed in the examination of reasonable and objective justifications for the lockdown is the exception provided for under-20-year-olds. As mentioned above, those between the ages of 18 and 20 who can provide evidence of employment are exempt from the lockdown. In order to justify this exemption as a reasonable and objective measure to combat the pandemic, as mentioned in the announcement of the age thresholds, there must be significant differences that separate the segregated group from the non-segregated one.²⁹ However, according to the Turkish Labor Act, children who have completed their primary education and are 14 years of age can work and be considered as workers.³⁰ Objective justification is then needed for the

[>]Access 08.06.2020.

²⁶ The Circular on City Entry/Exit Measures and Age Restriction.

²⁷ WHO, Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Situation Report-51.

²⁸ The Constitutional Court of Turkey, E.2006/159, K. 2010/47, K.T. 24.03.2010.

²⁹ The Constitutional Court of Turkey, E.1986/11, K.1986/26, K.T. 4/11/1986.

³⁰ Labour Act of Turkey, No. 4857, Article 71, <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/>

exclusion of those between the ages of 18 and 20 from the lockdown among young workers employed under the same legislation and who live in the same legal situation.³¹ No justification has been provided for this exception. According to the announcement of the age thresholds, it is possible to conclude that this differential treatment among young workers violates the prohibition of discrimination because it is not based on objective and reasonable grounds.

3. Assessment for those Between the Ages of 20 and 65

Although the age group most affected by the COVID-19 pandemic in terms of the right to life is over-65-year-olds, approved age data shared by the World Health Organization shows that every age group is able to contract and spread the virus. Therefore, those in the 20-65 age group who were excluded from the lockdown without an objective and reasonable justification and were subsequently obliged to leave their homes have the right to demand effective protection from the COVID-19 outbreak in terms of the right to health in the same way as other age groups. The principle of equality is the main condition applied to realize both the *rule of law* and the *social state* and to benefit from social rights, which are the main tools of the social state.³²

Each fundamental right and freedom, including the right to health and the right to life, which is guaranteed in the Turkish Constitution, imposes three main obligations on the state: the obligations to respect, protect, and fulfill. Although it is stated in Article 65 of the Turkish Constitution that social and economic rights are to be fulfilled by the state '*within the scope of the adequacy of its financial resources*', the right to health cannot be evaluated only within social rights in terms of subject and scope due to its nature as a multidirectional right.³³ The right to health not only denotes remedies for the deterioration of health, but also respect and protection for health in the same way as the integrity of the body.³⁴ The multiplicity and diversity of the dangers to one's life and health in modern life constitute an area of case

ELECTRONIC/64083/77276/%20F75317864/TUR64083%20English.pdf> Access
10.06.2020.

³¹ The Constitutional Court of Turkey, E.2017/33, K.2019/20, K.T. 10/04/2019, para. 89.

³² Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", 2010, (25), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, p. 259.

³³ Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı I", 2016, 3(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, p. 171.

³⁴ Özgür Temiz, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak olarak Sağlık Hakkı", 2014, 69 (1), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, p. 169.

law that gradually expands the scope of the positive obligation of the state.³⁵ One of the primary requirements of the right to health is that activity with an obvious impairing effect on the person's health is not allowed to be carried out by the state or third parties.³⁶

Therefore, the Turkish public authorities have not presented a justifiable reason for the age range of 20-65 being exempted from this lockdown. COVID-19 threatens not only the right to health of over-65-year-olds, but also the right to health of all ages. The close relationship between the right to health and the right to life must be taken into account. Therefore, it is important to examine the possibility that the lockdown measure to protect the right to health was not applied without discrimination.

C. EVALUATION of the AGE-STRATIFIED LOCKDOWN in terms of the PRINCIPLE of PROPORTIONALITY

What needs to be examined in the next and final stage for the criterion of justifiable reason is whether a reasonable relationship of proportionality has been established between the means used and the aim pursued. As the Turkish Constitutional Court stated, whatever the purpose of the democratic state of law, restrictions 'should not be implemented to a level that would significantly complicate or eliminate the exercise of certain freedoms'³⁷. For this principle, the Constitutional Court applies a phased method of judgment, which is to ascertain whether the restriction is appropriate and necessary whilst taking into account all the possible options for appropriate measures, and whether this is proportionate to the protection of general interests.

Considering that the number of people who are subject to the lockdown is over 30 million, there is no doubt that the age-stratified lockdown is an appropriate measure when it supports social isolation and subsequent protection of the right to health, which is the purpose of the measure. To determine the measure that limits the freedom of movement to the least extent

³⁵ Osman Doğru, Yaşama Hakkı, Avrupa Konseyi: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Serisi El Kitapları-5, 2018, p. 41.

³⁶ Temiz, p. 169. In line with the Constitutional Court decision, *see* The Constitutional Court of Turkey, E.2014/177, K.2015/49, K.T.14.05.2015; Also for the relationship between the right to health and the right to life, *see* The Constitutional Court of Turkey, E.2010/29, K.2010/90, K.T.16.07.2010; *L.C.B. v. UK* 14/1997/798/1001 (ECHR 09 June 1998) para. 36.

³⁷ The Constitutional Court of Turkey, E. 2015/19, K. 2015/17, K.T.18.2.2015.

among all the possible options for appropriate measures, it is firstly necessary to examine the ways in which social mobility can have adverse effects on the right to health. The impact of each measure should be determined by objective criteria and the assessment of all the possible options for appropriate measures should start from the most lenient. A lockdown should be the last resort, and fundamental rights and freedoms should not be rendered inapplicable because people are forbidden to leave their homes. Restriction measures should not expose people to undue burden.³⁸ The two main criteria that can be applied to evaluate this are the *duration* and *impact* of the age-stratified lockdown. To summarize, the duration of the lockdown and the opportunities that the restricted persons are deprived of during this period determine whether the measure can be considered appropriate.

As soon as the age-stratified lockdown was implemented in Turkey, the Vefa Coordination Group was established under the chairmanship of district governors to ensure that the persons subject to the lockdown were able access emergency telephone numbers and that their basic needs of the were met, particularly for those with limited access to help from persons outside of the restricted age groups. Public officials were assigned to answer emergency calls and provide necessary services. In addition to this, toll-free emergency calls were provided for people subject to the lockdown who have hearing and speech impairments. Furthermore, children and young people under the age of 20 diagnosed with autism, Down's syndrome, or severe mental illness were allowed to leave their homes. In the light of these data, it can be asserted that people subject to the lockdown were provided with continuous and easily accessible support to ensure that their basic needs were met, thus alleviating the negative impacts of the lockdown on their livelihoods.

The COVID-19 outbreak has had significant social and psychological effects. Although the physical needs of the elderly and unaccompanied persons are addressed by the Vefa Coordination Group, the COVID-19 outbreak is still likely to result in health problems due to isolated people's inability to meet their social, psychological, mental, intellectual, emotional, and spiritual needs. This has led to an increased state of burnout, alienation from society, and unaccompanied elderly people becoming depressed due to the inability to socialize as a result of isolation.³⁹ Although it is possible for the people

³⁸ The Constitutional Court of Turkey, Aksaray Tır Nakliyat Sanayi ve Ticaret LimiteE Şirketi, Ap. No: 2017/36736, 19/9/2018, para. 70.

³⁹ "Yaşlılarda Koronavirüsün Psikolojik Etkileri", <<https://npistanbul.com/koronavirus/>

to leave their homes at certain times every day as of November, in the first implementation of the age-stratified lockdown (in March and April), an uninterrupted lockdown was imposed for 49 days for over-65-year-olds and 39 days for under-20-year-olds between the announcement of the lockdown and its subsequent extension. It can be asserted that a balance was established between the individual benefit and the public benefit against the individual as well as between the freedom of movement and the right to health against the freedom of movement. As a result of 49-day and 39-day continuous lockdown, many maintain that the use of freedom of movement was stopped.⁴⁰

Another issue that needs to be addressed is the negative effect of the uncertainty regarding the duration of the lockdown. The continuation of the lockdown undoubtedly depends on the course of the outbreak, which is uncertain. However, a regular and frequent review of the lockdown in line with renewed health data will help to reduce the impact of this indefinite period of social isolation on the persons subject to the lockdown. Statistical data provided by autonomous and objective scientific institutions are effective in determining both the continuation of lockdown and its periods of exemption, which is of great importance for reinforcing the principle of equality. Otherwise, the burden on people will be exceeded and the principle of proportionality will be violated by an uncertain precautionary process.⁴¹

The lockdown for under-20-year-olds, who were prohibited from leaving their homes since April 3rd 2020, was revised in such a way that they were able leave their homes at certain hours once a week from mid-May.⁴² Those

yasلیلarda-koronavirusun-psikolojik-etkileri> Access 09.06.2020.

⁴⁰ See 'restriction' and 'stopping' for the concepts: The Constitutional Court of Turkey, E.1992/36, K.1993/4, K.T.20.1.1993; The Constitutional Court of Turkey, E.2007/4, K.2007/81, K.T. 18.10.2007.

⁴¹ The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina addressed this negativity in its ruling that it considers the lockdown imposed on Under-18s and over-65s in its country and considering the uncertainty caused by the prolongation of the measures "until further notice" is unacceptable, the Court emphasized the need to limit the measures that interfere with human rights significantly over time and only take as long as necessary. Noting that the time limit would force the authority implementing the order to review these measures regularly and to mitigate or completely eliminate the measures ordered as a result, the Court stated that it was unclear whether the measure would be considered 'until further notice' and would leave too much power for the Authority implementing the order. The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Leila Dragnic and A.B., Ap. No.: 1217/20, 22.04.2020, para. 60.

⁴² The Circular on Exemption for Restriction of Lockdown of People Aged 65 and over and Those Aged below 20, <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-uzeri20-yas-altikronik-rahatsızligi-bulunan-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-istisnasi-genelgesi>> Access: 10.06.2020.

between the ages of 18 and 20 were excluded from the scope of the lockdown from 29th May 2020, and for those under 18 years-olds the lockdown was finally revoked on 10th June 2020.⁴³ The age-stratified lockdown started to be implemented again as of 20th November, allowing the aforementioned age groups to go out at certain times every day. The dynamic underlying the decisions of the public authorities is relevant here, both in the process of declaring the prohibitions and exceptions, and in increasing and decreasing their intensity according to the situation. It is essential that the rule of law respects human rights, that decisions are made based on objective criteria and transparency at every stage. Only when these conditions are met can the necessity and proportionality of the measures taken be determined. It will thus be possible to discuss alternative measures such as why the lockdown exemption period was only implemented one day per week in the beginning instead of certain hours every day, or the effect of the lockdown on certain age ranges during the course of the pandemic in line with objective data. Otherwise, when the clarity and objectiveness required to prevent practices that can lead to unnecessary adverse effects cannot be demonstrated, it is difficult to maintain and control the *reasonable measure* and *fair balance* required by the prohibition of discrimination principle.⁴⁴

CONCLUSION

To the question of how legislators and administrations exercise their authority in a non-discriminatory manner, if different legislation is to be applied to people in the same legal situation, the Constitutional Court answers as ‘with justified reason’. The Turkish Constitutional Court firstly deems it is necessary to have a reasonable and objective reason for doing so and secondly requires the application of legislation to be carried out according to the principle of proportionality. At this point, the announcement of the age thresholds did not provide a justification as to why the age threshold for the lockdown was set at 20 rather than 18, for example. Another differential treatment that requires reasonable and objective justification is that people within the 18-20 age range who can provide evidence of employment were excluded from the lockdown. This was because according to the Turkish Labor Act, children over the age of 14 can work and be considered as workers. Despite this, the

⁴³ The Circular on Removal/Bending of Restriction of lockdown of People Aged 65 and over and Those Aged below 18, <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-18-yas-alti-ile-65-yas-ve-uzeri-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-genelgesi>> Access 10.06.2020.

⁴⁴ The Constitutional Court of Turkey, E. 2007/4, K. 2007/81, K.T. 18.10.2007.

answer to the question of why only the 18-20 age range was exempt from the lockdown was also not mentioned in the announcement of the age thresholds. On the other hand, the members of the 20-65 age group who aren't subject to the lockdown and are forced to leave their homes and work outside have also been alluded to in the discussions pertaining to equality and the right to health. As known every age group is able to contract and spread the virus. In this case, it is possible to assert that no reasonable and objective link can be established between the age thresholds set by the Turkish public authorities and the exceptions to rights and obligations.

The Turkish Constitutional Court then determines whether the proportionality of the relationship between the restriction measure and its purpose is reasonable. This leads to the examination of whether the restriction is appropriate, necessary and proportionate. Age-stratified lockdown is an appropriate measure when it supports social isolation, which is the purpose of the measure. However, whether the most lenient measure is preferred among the appropriate measures in this process presents controversy. The necessity of a restriction measure and alternative measures can only be assessed in line with objective data. For example, without objective data, it is neither possible to determine why the period exempt from the lockdown was originally envisaged as certain hours only one day a week rather than certain hours each day, nor is it possible to measure the impact of the lockdown imposed on only certain age ranges during the course of the pandemic.

The *effect* and *duration* of the age-stratified lockdown are the main parameters that determine compliance with the principle of proportionality. In Turkey, people subject to the lockdown were offered continuous and easily accessible support to ensure that their basic needs are met. Thus, the negative effect of the lockdown on those subject to it was mitigated. On the other hand, it is undoubtedly difficult to ensure compliance with the principle of proportionality and to oversee age-stratified lockdown, as the duration continues *until the next announcement*. Alternatively, the age-stratified lockdown could be reviewed at short intervals and the underlying reasons for the decisions should be shared. Statistical data provided by autonomous and objective scientific institutions should be effective in determining both the continuation of lockdown and its periods of exemption. In the case of Turkey, the burden of a measure with an indefinite period is perceived by many as excessive, and the principle of proportionality appeared to be violated by an uninterrupted lockdown that lasted 49 days for over-65-year-olds and 39 days

for under-20-year-olds. In conclusion, it can be asserted that the age-stratified lockdown imposed in Turkey violated the prohibition of discrimination, as it couldn't meet the criterion of justifiable reason as required by the case law of the Turkish Constitutional Court.

BIBLIOGRAPHY

- Doğru O, Yaşama Hakkı [The Right to Life], Avrupa Konseyi: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Serisi El Kitapları-5, 2018.
- Gören Z, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları” [Restriction of Fundamental Rights: Borders of Restrictions], 2007, 6(12), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, pp. 39-59.
- Gül İ. I, Karan U, Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme [Non-Discrimination: Concept, Law, Monitoring and Documentation], İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları-351, 2011.
- Gülmez M, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Ayrık Düşünceler”, [Equality Principle With Non-Discrimination In Human Rights: Heresies], 2010, (25), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, pp. 217-266.
- Hafeez A, Ahmad S, Siddqui S.A, Ahmad M, Mishra S, “A Review of COVID-19 (Coronavirus Disease-2019) Diagnosis, Treatments and Prevention”, 2020, 4(2), EJMO, pp. 116-125.
- Karakul S, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı I”, [The Right to Health in the Case-Law of the European Court of Human Rights I], 2016, 3(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, pp. 169-206.
- Karan U, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, [Non-Discrimination and Equality Principle in Individual Application Decisions], 2015, (32), Anayasa Yargısı Dergisi, pp. 235-295.
- Metin Y, Ölçülülük İlkesi [The Principle of Proportionality], Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Öden M, Türk Anayasa Hukuku'nda Eşitlik İlkesi [The Equality Principle in Turkish Constitutional Law], Yetkin Yayınları, 2003.

- Rumpf C, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği” [The Principle of Proportionality and Its Function and Nature in Constitutional Judiciary], 1993, (10), Anayasa Yargısı Dergisi, pp. 25-48.
- Sağlam F, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü [The Restriction and Essence of Fundamental Rights and Freedoms], Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, 1982.
- Sağlık Bakanlığı, Yeni Coronavirüs (Covid-19), <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Kitapcik/COVID-19_YENI_KORONAVIRUS_HASTALIGI_KITAPCIK_A6.pdf> Access 08.06.2020.
- Temiz Ö, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak olarak Sağlık Hakkı” [Right to Health as a Fundamental Right in Turkish Law], 2014, 69(1), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, pp. 165-188.
- Turkish Statistical Institute, Population Projections 2018, <<http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>> Access 10.06.2020.
- WHO, Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Situation Report-51, <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57>> Access 08.06.2020.
- “Yaşlılarda Koronavirüsün Psikolojik Etkileri” [Psychological Effects of Coronavirus in the Elderly], <<https://npistanbul.com/koronavirus/yaslilarda-koronavirusun-psikolojik-etkileri>> Access 09.06.2020.

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA TANIK BEYANININ İTİBARI DEĞERİNE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

CAN CANPOLAT*

ÖZ

Ceza muhakemesi hukukunda, yargılama konusu olayı temsil eden her şey delil olabilir. Bu yönüyle ceza muhakemesinde delil serbestisi kuralı geçerlidir. Kovuşturma evresinde hakim, hukuka uygun elde edilmiş ve hakkında bir değerlendirme yasağı öngörülmemiş olan tüm delilleri serbestçe takdir eder (CMK m.217/1). Benzer şekilde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da re'sen araştırma prensibi gereğince elde ettiği delilleri, iddianame düzenlemeye yeter bir şüphe derecesi oluşturup oluşturmadıkları yönünden takdir yetkisine sahiptir.

Ceza muhakemesi hukukunda, delillerin itibari değerine ilişkin yasal bir derecelendirme yoktur. Bununla birlikte, elde edilen delillerin soruşturmadan sonuç çıkarılması noktasında, yeterli şüpheye dayanak oluşturacak düzeyde bir etkiye sahip olup olmadıkları, kovuşturma bakımından ise ispatta hangi derecede fonksiyon icra ettikleri, çeşitli sebeplerle ve değerlendirme yetkisini haiz makamın takdirine bağlı olarak farklılık arz eder. Çalışmada, ceza muhakemesinde sıkça kullanılan bir delil olarak tanık beyanının, bu kapsamda sahip olduğu itibari değer; tanığın suç olayını doğrudan müşahade edip etmediği, yaşı, daha önce herhangi bir suçtan dolayı hakkında verilen ceza mahkumiyetine bağlı olarak oluşturulan bir adli sicil kaydının bulunup bulunmadığı, yürüttüğü görev nazarı itibara alınarak değerlendirilecek, ilgili kısımlarda, Kıta Avrupası ve Common Law hukuk sistemlerine ilişkin açıklamalara yer verilerek karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar çerçevesinde, beyanının itibar edilebilirliğine etki eden nedenler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Karakter delili, tanık beyanı, tanık beyanının itibari değeri, ispat, delil serbestisi ilkesi.

SPECIAL CIRCUMSTANCES REGARDING TO CREDIBILITY OF THE WITNESS STATEMENT IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

In criminal procedure law, anything that represents the crime can be evidence. In this respect, the rule of free evaluation of evidence applies in criminal procedure. In

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD/ YALOVA, **e-posta:** canpolat@yalova.edu.tr.

ORCID : 0000-0002-8729-0359.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933601

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/11/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/02/2021

trial, the judge freely evaluates all the evidence which lawfully obtained and for which an evaluation prohibition is not foreseen (CMK Art.217/1). Similarly, during the investigation, the public prosecutor also has discretionary power in terms of whether the evidence he/she obtained in accordance with inquisitorial principle constitutes a degree of sufficient suspicion to make a criminal charge against defendant.

In criminal procedure law, there is no legal rating of the credibility of any type of evidence. However, depending on the evaluation of the prosecutor or judge, it differs for various reasons and whether the evidence has an evidentiary value in investigation and to what extent it will affect the proof in trial. In this study, the credibility of the witness statement as a frequently used evidence in criminal procedure will be evaluated by taking into account whether the witness has directly observed the crime, his age, whether he has a criminal record based on the previous criminal conviction for any crime. In this context, the reasons affecting the credibility of the witness statement within the framework of current practices in comparative law will be examined by including explanations regarding the Continental and Common Law legal systems.

Keywords: *Character evidence, witness testimony, credibility of witness testimony, proof, free consideration of evidence.*

I. GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku kurallarına göre yürütülen bir yargılama sonucunda adil bir karar verilebilmesi, yargılama konusu olayın gerçekle uyumlu olacak şekilde açıklığa kavuşturulmasına bağlıdır¹. Bunu temin etmek adına, ceza muhakemesi hukukunda, yargılama konusu olayın kamu makamlarınca re'sen araştırılması öngörülmüş² ve ispat konusunda herhangi

¹ Maddi gerçeğin tespiti, hakimin vicdani kanaatine bağlı olup buna göre tesis edilen hüküm, sanığa yöneltilen şüphenin maddi gerçek olarak onaylanmasından ibarettir (Urs Kindhäuser, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Ölçüsü – Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 261’in Yorumlanması Üzerine Bir İnceleme” (Çeviren: Araş. Gör. Serkan MERAKLI), in: Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL, Editör: Yener ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15), Seçkin, 2014, s. 528). Ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacına ilişkin teorik yaklaşımlar ve bunların ceza muhakemesindeki fonksiyonları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Can Canpolat, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı: Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçekliğini inşası mı?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.15 (2), s. 461 vd.

² Re'sen araştırma ilkesi ile maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin aynı olduğu ileri sürülmüştür (Bkz. Heinz Zipf, Strafprozeßrecht, zweite, neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 1977, s. 87).

bir sınırlamaya da gidilmemiştir³.

Bu çerçevede vücut bulan ve yargılama konusuyla irtibatlı bulunan, olayı temsil eden, yani sübuta yarayan her şeyin, elde edilmesi ve değerlendirilmesi hukuka uygun olmak kaydıyla ceza muhakemesinde delil olarak kabul edilmesi anlamına gelen delil serbestisi ilkesi uyarınca hakim, soruşturma ve kovuşturma aşamasında elde edilen delilleri vicdani kanaatine göre değerlendirir⁴. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.217’de, yüklenen suçun, hukuka uygun elde edilmiş olmak kaydıyla her türlü delille ispat edilebileceği (f.2), suçun sübutu noktasında, elde edilen delillerin hakim vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirilebileceği (f.1) belirtilerek bu hususa işaret edilmiştir.

Ceza muhakemesinde hakim, serbest ispat kurallarına göre hüküm kurabilirse de ispat faaliyeti⁵ sonucunda, hakimde oluşan vicdani kanaatin⁶ delile dayalı olması zorunludur⁷. Diğer bir ifadeyle, hakim subjektif açıdan vicdani kaniya ulaşmasında keyfiliğe yer yoktur⁸. Vicdani kanaatin kişisel hislerle değil, delillerin, mantık ve tecrübe kurallarına uygun biçimde

³ Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt 1, 15. Baskı, Adalet, 2019, s. 125; Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin, 2014, s. 33 vd.; Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Y.1, S.2, s. 208; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Beta, 2017, s. 761. İspat hukukunda geçerli olan prensiplerin, tarihsel süreç içerisinde ceza muhakemesinin amacına paralel bir gelişim gösterdiği hususunda bkz. Ali Kemal Yıldız, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, s. 99 vd.

⁴ Yıldız, s. 138 vd.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, 2018, s. 750, 751. Delillerin değerlendirilmesi sonucunda oluşan vicdani kanaatin, yargısal (kazai) gerçek kapsamında mütalaasına ilişkin bkz. Canpolat, s. 483 vd.

⁵ İspat faaliyetinin, re’sen araştırma prensibi çerçevesinde, yargılama konusu olayın gerçek yönünü ortaya çıkarmaya matuf olduğu hususunda bkz. Aydın, s. 28 vd.; Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Y.1, S. 2, s. 103.

⁶ Vicdani kanaatin oluşturulması, takdirene yerine getirilecek, hakim yetki ve sorumluluğunda olan subjektif bir faaliyettir (Centel/Zafer, s.760; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin, 2018, s. 664).

⁷ Ünver/Hakeri, Cilt 1, s. 135; Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21(Özel Sayı), s.918; Ahmet Bozdağ/Kader Sarıusta, “Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.8 (2), s.575.

⁸ Bu kapsamda hakim, ilgili alanda geçerli olan bilimsel bilgi ve verilerden yararlanmak zorunda olduğu, bunun için de bilirkişiye müracaat edilmesinin önem arz ettiği vurgulanmıştır (Wolf, s.138).

değerlendirilmesi suretiyle, üçüncü kişiler tarafından benimsenebilir gerekçeler ortaya konularak⁹ oluşturulması gerekir¹⁰. Aynı durum, Cumhuriyet savcısının soruşturmadan sonuç çıkarılmasına yönelik yürüttüğü araştırma faaliyeti açısından da geçerlidir¹¹. Nitekim CMK m.170/4'de, “*iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır*” denilmiştir.

İspat aracı olarak deliller, yargılama konusunu oluşturan maddi olayı temsil etme kabiliyetini haiz olup bu suretle ceza muhakemesi sürecinde olayın canlandırılabilmesine, değerlendirilebilmesine, başka bir deyişle yargılama yapılabilmesine ve yargılamadan sonuç çıkarılmasına olanak veren ispat vasıtalarıdır¹². Yargılamadan çıkarılacak sonuç bakımından, özellikle mahkumiyet kararlarının mutlaka delile dayanması, ceza muhakemesinin en temel kurallarındandır¹³.

Soruşturmada da Cumhuriyet savcısının delilleri takdir yetkisi mevcuttur¹⁴. Kovuşturmadan farklı olarak bu yetki, ispata değil, elde edilen delillerin yeterli şüpheye dayanak oluşturmaya elverişli olup olmadığına¹⁵, diğer bir ifadeyle, kamu davasının açılmasına gerek bulunup bulunmadığının

⁹ Yıldız, s. 144, 147.

¹⁰ Yıldız, s. 139; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 664; Günther Sander, §261, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 6, 26., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 2006, kn. 10; Walter Kargl, Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren, -Über die Voraussetzungen der Erkenntnis im Schatten des Zweifels-, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 2019, Volume 105 (2), s. 175, 176.

¹¹ Koca'ya göre bu çerçevede, delilsiz mahkumiyet olmaz prensibi yanında, delilsiz kamu davası açılmaz prensibinin varlığını da kabul etmek gerekir (Koca, s.207).

¹² Koca, s. 208; Centel/Zafer, s. 232; Bozdağ/Sarıusta, s. 577 vd.

¹³ Zeki Hafizoğulları, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, s. 638.

¹⁴ Fatih Birtek, “Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, in: Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Y.2013, C.19 (2), s. 964.

¹⁵ Centel/Zafer, s. 510. Soruşturma evresinin amacı, elde edilen delillerin yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığını değerlendirmek iken kovuşturma evresinin amacı şüphenin yenilmesidir (Birtek, Cumhuriyet Savcının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi, s. 956). Şüphenin derecesinin takdiri Cumhuriyet savcısına ait olduğundan, yeterli suç şüphesi bulunmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemeyeceği hususunda bkz. Ahmet Gökçen/Murat Balcı/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet, 2018, s. 555.

değerlendirilmesine¹⁶ ilişkindir¹⁷.

Ceza muhakemesinde, soruşturma evresinin iki temel fonksiyonu söz konusudur. Bunlardan ilki “*hazırlayıcılıktır*”. Kovuşturmanın maddi gerçeğe uygun bir biçimde ve makul sürede sonuçlanması açısından soruşturma, bir hazırlama görevi üstlenmektedir¹⁸. CMK m.190’da sevk edilen hükümlerle, soruşturma evresinin, vakıyyla ilgili delilleri adliyenin eli altına almak ve değerlendirmek suretiyle kovuşturma hazırlığını ihtiva ettiği ortaya konulmuştur. Kovuşturma evresinde, deliller çerçevesinde olay ortaya konulmakta ve bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu nedenle, soruşturma evresinde delillerin en iyi biçimde toplanması ve kovuşturmanın adil ve makul sürede gerçekleştirilebilmesi, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için zorunludur¹⁹.

Soruşturma evresinin ikinci fonksiyonu ise “*ayıklayıcılıktır*”²⁰. Bu fonksiyon, hangi olaylardan ötürü iddianame tanzim edileceği, hangilerinin tahkikat dışı bırakılacağına işaret eder. CMK m.160’a göre, basit bir şüphe ile başlayan soruşturma faaliyeti sonucunda toplanan delillerin yeterli şüpheye dayanak oluşturması halinde, iddianame tanzim ederek uyuşmazlığı mahkeme önüne getirmek, aksi durumda ise uyuşmazlığı bu noktada verilecek bir kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile sonlandırmak gerekir²¹. Yargıtay 4. CD.’nin, 14.10.2009 tarih, 2009/22283 E., 2009/16336 K. sayılı ilamında, “... *Yasa tarafından Cumhuriyet Savcısı’na toplanan delilleri değerlendirme yetkisi verildiği ve yapılacak değerlendirme sonucunda yeterli şüphe olduğu kanısına ulaşılması durumunda kamu davasının açılmasının zorunlu olduğu, ancak ceza yargılama yasası her ne kadar soruşturma mecburiyeti ilkesini benimsemiş ise de; bu ilkenin Cumhuriyet Savcısı’nın delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmadığı*” belirtilerek bu hususa işaret edilmiştir. Benzer şekilde Yargıtay 13. CD.’nin 30.11.2011 tarih ve 2011/17629 E., 2011/6976 K.

¹⁶ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma-Gezer/Yasemin Saygılar-Kırıt/Esra Alan-Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden-Tütüncü/Derya Altınok-Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin, 2018, s. 507.

¹⁷ Yıldız, s. 143.

¹⁸ Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, 1996 s. 7; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 3, 15. Baskı, Adalet, 2019, s.1277.

¹⁹ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, Vedat, 2005, s. 368.

²⁰ Jean Pradel, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISISC Kolokeyumlarının Sentez Raporu (Türkçe’ye çeviren: Sulhi Dönmezer), İstanbul, 2000, s. 1 vd.

²¹ Yurtcan, s. 368.

sayılı kararında da, “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde benimsenen, “Kişilerin Lekelenmeme Hakkı” ile “Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma” prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev’i filtre görevi yapmaları gerekir” denilmiştir.

Soruşturmanın bu her iki fonksiyonunu yerine getirebilmesi, ciddi bir araştırma faaliyeti ile mümkün olabilir. Nitekim CMK.m.160/1’de savcının, “işin gerçeğini araştıracağı” söylenmekte ve ardından bu hususu vurgulamak adına 160/2’de; “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür” denilmektedir. Benzer şekilde CMK m.161’e göre, “C. Savcısı, bu amaçla doğrudan yahut emrindeki adli kolluk marifetiyle her türlü araştırmayı yapabilir; ... bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir...” (m.161/1). Esasen bu düzenlemeler, maddi gerçeğe ulaşma ödevinin yerine getirilmesinde, Cumhuriyet savcısının önemli bir rolü bulunduğuna işaret etmektedir²². Savcının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önemli bir göreve sahip olması, ceza muhakemesinin işleyişine ilişkin CMK’nın öngördüğü sistem ile uyumludur²³. Zira söz konusu sisteme göre kovuşturmanın hızlı bir şekilde yapılarak gerçeğe seri ve adalete uygun şekilde ulaşılabilmesi, delillerin tamamının yahut önemli bir bölümünün soruşturma evresinde toplanmış olması halinde mümkündür²⁴.

²² Canpolat, s. 459.

²³ Birtek, Cumhuriyet Savcının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi, s. 961 vd.

²⁴ “CMK’nın 170/2. maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikayeti yoluyla soruşturma yaparak maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığı takdir edecektir. Ancak soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının delil değerlendirmesiyle, kovuşturma aşamasında hakimnin delilleri değerlendirmesi birbirinden farklı özelliklere sahiptir. CMK’nın 170/2. maddesine göre soruşturma aşamasında toplanan deliller kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturup oluşturmadıkları çerçevesinde incelemeye tabi tutulurken, kovuşturma aşamasında, isnad edilen suçun işlenip işlenmediği hususunda mahkûmiyete yeter olup olmadığı ve tam bir vicdani kanaat oluşturup oluşturmadığı çerçevesinde değerlendirilmektedir. İncelenen dosyada; müştekinin şikayeti üzerine başlatılan soruşturmada, maddi gerçeğin tespiti için yapılması gereken araştırmalar

Eksik tahkikatla, hızlı şekilde kovuşturmaya geçmek yerine, mümkün olan tüm delillerin toplandığı ve dikkatlice değerlendirildiği etkin bir soruşturma sonucunda kovuşturmaya geçilmesi, bir yandan CMK m.190 uyarınca, kovuşturmanın arda arda birden fazla oturum ve tek celse şeklinde görülerek yargılamaların hızlanmasına, öte yandan, adaletin tesisine büyük ölçüde katkı sağlayacaktır. Uygulamamızda, mahkemelerce verilen beraat kararlarının mahkumiyet kararlarına oranının halihazırda %50 oranında olmasının²⁵ önemli bir sebebini, etkin soruşturma yapılmaması oluşturmaktadır.

Bu anlatımdan çıkan sonuç, hangi delilin ne kadar itibari değeri olduğu, yani elde edilen delillerin yargılama konusu olayın kovuşturmaya taşınmasında ve ispatında ne denli etkisi bulunduğuna ilişkin CMK’da herhangi bir kurala yer verilmediği, bu belirlemenin soruşturmada Cumhuriyet savcısının, soruşturmada sonuç çıkarmak noktasındaki takdir yetkisinin, kovuşturma aşamasında ise, hakimin delillerin serbestçe takdirine ilişkin sahip olduğu yetkinin bir parçası olduğudur²⁶. Bu husus, özellikle, ceza yargılamasında sıkça başvuru tanık beyanları bakımından önem arz eder. Nitekim tanık beyanlarının hangi kriterlere göre değerlendirileceği ve hangi beyana neden itibar edildiği yahut edilmediğinin belirlenmesi, bu kaidede delili değerlendirecek olan makamın takdirine bağlıdır.

Çalışmamızda, konunun kapsam ve sınırlarının belirlenmesine yönelik izahtan sonra, tanık beyanının soruşturma ve kovuşturma evresinde sahip olduğu itibari değer, karşılaştırmalı hukuk bilgisinden de istifade edilerek çeşitli açılardan değerlendirilecektir.

II. KAPSAMIN BELİRLENMESİ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Ceza muhakemesinde ispat araçlarının, hangi tür olaylarda ispata ne kadar etki edeceği, -denetime açık olması bakımından gerekebilir.

ve toplanması gereken delillerden, müştekinin bildirdiği tanığın ifadesi alınmadan, ilgili kurumdan şikayete konu arama ve mesaj kayıtlarının tespiti için iletişimin tespiti talebinde bulunulmamış, dolayısıyla eksik soruşturma ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Hal böyle iken merci tarafından eksik soruşturma nedeni ile itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi hukuka aykırıdır.” (Yarg. 18. CD., 21.5.2018, 2017/7248 E., 2018/7719 K.)

²⁵ <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>

²⁶ Stefan Maier, “Aussage gegen Aussage und freie Beweiswürdigung”, NStZ, 2005, s. 249, 250.

olmak kaydıyla- hakim in takdirindedir²⁷. Deliller arasında, kanunda belirlenmiş herhangi bir hiyerarşi yoktur²⁸. Bu itibarla deliller, önemli-önemsiz, az-çok ispat gücüne sahip gibi usuli ayrımlara tabi tutulamazlar²⁹. Bu çerçevede, delilin, bir yandan kendi içinde ve temsil ettiği vakıa nazarında oluş bakımından tutarlılığa sahip olmasının³⁰, öte yandan, ilgili diğer delillerle uyumlu bulunmasının önemli olduğu belirtilmiştir³¹.

Tabiatıyla bu durum, geçmişte yaşanan maddi olay hakkında, beş duyusu ile edindiği dış dünyaya ait³² bilgi ve izlenimlerini³³, tanık dinlemeye yetkili makamlar önünde anlatan kişiler³⁴ olarak tanıkların beyanları açısından da geçerlidir. Nitekim beyan delilleri içerisinde ispat etkisine yönelik yasal bir sıralama bulunmadığı gibi, tanık beyanının diğer delil türleri ile arasında bu doğrultuda herhangi bir hiyerarşi de yoktur. Bununla birlikte, ceza muhakemesinde sık kullanılan bir delil olan³⁵ tanık beyanının, bazı nedenlerle, özellikle belirti delillere kıyasla daha az güvenilir olduğu yönünde görüşler mevcuttur³⁶. Belirtelim ki bu nedenler, büyük oranda, çalışma alanı bilginin işlenmesi ve korunmasıyla ilgili olan bilişsel psikoloji ve vakıa özelinde

²⁷ Vicdani ispat sisteminin, bir yandan her şeyin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilmesi, öte yandan delillerin hakim tarafından serbestçe değerlendirilmesi anlamına geldiği hususunda bkz. Gedik, s. 916.

²⁸ Yıldız, s. 139.

²⁹ Yıldız, s. 145.

³⁰ Ünver/Hakeri, Cilt 1, s. 139.

³¹ Tutarlılık teorisinin ortaya koyduğu yaklaşım doğrultusunda, hakim in, vicdani kanaatini, bu suretle ortaya çıkan bütünü nazarı itibara alarak oluşturduğunu söylemek mümkündür (Canpolat, s. 478).

³² Kural olarak tanığın, yalnızca dış dünyaya ilişkin izlenimlerini aktarması, subjektif olarak herhangi bir değerlendirmede bulunmaması gerekir. Ancak gerçekte insan, algıladığını hafızasındaki şemalardan birinde tasnif ederek aktarır (Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 9. völlig neue bearbeitete und erweiterte Auflage, 2015, kn. 795).

³³ Tanık, müşahede ettiği olayı, kendi algısına göre aktarır. Bu bakımdan aynı olaya tanıklık eden kişiler açısından olayın anlamı farklılık arz edebilir (Martin Heger, Strafprozessrecht, W. Kohlhammer, 2013, kn. 366).

³⁴ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, 1996, s. 28; Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 8. neu bearbeitete Aufl., 2013, §21, kn. 3. Tanığın konuşma yeteneğinden geçici yahut kalıcı yoksun olması halinde yazılı olarak gördüklerini aktarması mümkündür (Yenisey/Nuhoğlu, s. 494).

³⁵ Klaus Detter, Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme, NStZ, 2005, s.1.

³⁶ Detter, s.1; Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, C.H. Beck, 2012, §26, kn.1; Neslihan Göktürk, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m.272)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. XX, S.1, s. 349.

beyanın gerçekliğine etki eden sebeplerin incelendiği beyan psikolojisine ilişkin olup³⁷ adli psikolojinin konusunu oluşturmaktadırlar³⁸.

Burada, tanık beyanının itibari değeri ile neyi kastettiğimize de açıklık getirelim. Bu kapsamda öncelikle ifade etmek gerekir ki bir beyanın yargılama konusu olayın tamamını yahut bir kısmını, doğrudan veya dolaylı olarak temsil kabiliyeti bulunup bulunmadığı, onun delil olarak nitelendirilmesi bakımından ön şart niteliğindedir³⁹. Bu husus, beyanın ispata elverişliliği, delil değeri taşıyıp taşımadığı ile ilgilidir. Buna karşılık beyanın tamamı yahut bir kısmının güvenilir olması, sağlamlığı ise, tanık beyanının bir delil olarak ispat gücü ile bağlantılıdır⁴⁰. Bu bağlamda tanık beyanının itibari değeri ile kastımız, beyanın ispat gücü, yani güvenilirliği ve sağlamlığıdır.

Bu çalışmanın konusu olarak belirlediğimiz meselelerle, bilişsel psikoloji ve beyan psikolojisi kapsamında beyanın gerçekliğine etki eden nedenler arasındaki fark ve bağlantı, tam da burada ortaya çıkmaktadır⁴¹. Nitekim soruşturma veya kovuşturma aşamalarında, bilirkişi marifetiyle⁴² veyahut da diğer delillerle tutarlılığı nazarında, beyanın hatalı veya kasten gerçeğe

³⁷ Max Steller, “Gegenstandsbereiche und Methodik der psychologischen Begutachtung”, in: Hrsg. von KRÖBER Hans Ludwig- LEYGRAF Norbert-DÖLLING Dieter-SASS Henning, Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 2, Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht, Springer, 2010, s. 190.

³⁸ Tanık beyanının hataya dayalı (bilinçsiz) olarak veya kasten (bilinçli) gerçeğe aykırı şekillenmesinin sebeplerini, adli psikoloji nazarında ayrı bir çalışma konusu olarak ele aldığımızdan, burada meselenin detayına girmekten imtina ediyoruz.

³⁹ Şenel Sarsıkoğlu, “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, Y.6, S.22, s. 513.

⁴⁰ Bunların her ikisinin de tanık beyanının delil değeri başlığı altında değerlendirilmesine ilişkin bkz. Fatih Birtek, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Adalet, 2017, s. 117 vd.; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.II, 10. Bası, Seçkin, 2020, s. 36 vd.

⁴¹ Doktrinde, bu iki kavramın birbirinden farklı ancak bağlantılı olduğu, beyanın “gerçek veya güvenilir olup olmadığı”, hakim tarafından takdir edileceği belirtilerek (Birtek, Delil ve İspat, s.120); “gerçekliğe ya da güvenilirliğe” etki edecek hususlardan bahsedilerek (Birtek, Delil ve İspat, s.121); tanık beyanının sağlamlık ve güvenilirliğinin ispat gücü ile ilgili olduğu ifade edilerek (Birtek, Delil ve İspat, s.126) dolaylı da olsa ortaya konulmuştur.

⁴² Hakimin, istisnai olarak beyanın gerçeğe uygunluğu yönünden bilirkişi incelemesine müracaat etmesi durumunda, bilirkişi raporuna ilişkin hakim tarafından yapılacak değerlendirmede (değerlendirmenin değerlendirilmesi), beyan psikolojisi alanında bilgi sahibi olunmasının önemli olduğu hususunda bkz. Matthias Jahn, “Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri”, in: Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL, Editör: Yener ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15), Seçkin, 2014, s. 602.

aykırı olduğu tespit ediliyorsa⁴³, söz konusu beyanın delil değeri yoktur⁴⁴. Bununla birlikte, beyanın bir kısmı gerçeğe aykırı ise, kalan kısım açısından beyanın delil değeri bulunmakla birlikte⁴⁵ itibari değer açısından güvenilirliği ve sağlamlığı şüpheli hale gelecektir. Ancak tatbikatta, beyanın gerçeğe aykırılığı çoğu zaman belirlenememektedir. Bu durum ve/veya sadece tanığın birtakım özellikleri de beyanın itibari değerini tartışmalı hale getirebilir. Netice itibarıyla kanımızca, beyanın inandırıcılığı ile güvenilirliği/sağlamlığı/ itibari değeri arasında ince bir ayırım mevcuttur.

Ceza yargılamasında esasen tanık beyanının ispat gücü, bizatihi beyanın kendisi, diğer delillerle olan ilişkisi dikkate alınarak takdir edilmekteyse de tanığın konumu, kişi olarak güvenilirliği ve diğer bazı kişisel özellikleri, beyanının itibari değeri bakımından olumlu yahut olumsuz bir emare oluşturabilir⁴⁶. Bunlar, tanığın süje konumundan (mağdur tanık⁴⁷), beyana etki edebilecek bazı hastalıklardan muzdarip olmasından (akıl hastalığı, bunama vs.) kaynaklanabileceği gibi, tanığın diğer başkaca özellikleri dolayısıyla da ortaya çıkabilir. Bu çerçevede çalışmamızda, konuyu sınırlandırmak adına, tanığın itibari değerine ilişkin durumlar; suç olayını doğrudan müşahade edip etmediği (III), yaşı (IV), daha önce herhangi bir suçtan dolayı hakkında verilen ceza mahkumiyetine bağlı olarak oluşturulan bir adli sicil kaydının bulunup bulunmadığı (V), yürüttüğü görev (VI) çerçevesinde değerlendirilecektir. Ayrıca ilgili kısımlarda, Kıta Avrupası ve Common Law hukuk sistemlerine ilişkin açıklamalara yer verilecek, belirtilen konular, karşılaştırmalı hukuka

⁴³ Tanığın, “yargılama konusu olay hakkında edinilmiş bilgisi bulunduğu varsayılan kişi” şeklindeki tanımı da (Feyzioğlu, s. 65) bu varsayımın yargılama aşamasında delilleri takdir yetkisine sahip olan merciler tarafından denetleneceğine işaret etmektedir.

⁴⁴ Beyanın delil değerinin, onun gerçeğe uygun olup olmadığı çerçevesinde inandırıcılık ile bağlantılı olduğuna ilişkin bkz. Jahn, s. 599-605. Herhangi bir şeyin ceza muhakemesinde olayı temsil edip etmediği, yani delil değeri olup olmadığı, şayet delil değeri varsa bunun ispata ne kadar etki edeceğinin, delillerin serbestçe değerlendirilmesi çerçevesinde hakim in takdirinde olduğu yönünde bkz. Kindhäuser, s. 543.

⁴⁵ Birtek, Delil ve İspat, s. 126, 127.

⁴⁶ Jahn, s.599.

⁴⁷ CMK m.136’daki, mağdurun dinlenilmesine ilişkin özel düzenlemenin, mağdurun, özel bir tanıklık statüsüne sahip olması anlamına geldiği hususunda bkz. Faruk Turhan, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.XXIV (4), s.374. Buna karşılık doktrinde, CMK m.236 uyarınca, dinlenilmelerinde tanıklığa ilişkin hükümler kıyasen uygulansa da suç mağdurlarının teknik manada tanık olmadığı da ifade edilmiştir (Şahin/Göktürk, C.II, s. 35, 36). Mağdurun beyanının takdirinde, onun yargılamanın tarafı olduğu dikkate alınmalıdır (Bozdağ/Sarıusta, s. 585).

ilişkin uygulamalar da dikkate alınarak izah edilmeye çalışılacaktır.

III. DOLAYLI TANIK

“Aktarımsal tanık”, “tanığın tanığı”, “ikinci derece tanık”⁴⁸ olarak da anılan bu tanıklık şeklinde, kişi, gerçekleştiğine tanık olduğu değil, kendisine, olaya tanıklık eden üçüncü kişi tarafından anlatılan olayı aktarır⁴⁹. Bu çerçevede dolaylı tanık, tanıklık yapmayan kişiden duyduklarını anlatanları, doğrudan tanığa ulaşılabilmesi halinde ondan öğrendiklerini aktaranları⁵⁰, -özellikle cinsel suçlarda- failin arkadaş yahut akrabalarına yaptığı anlatımlar dolayısıyla olaya vakıf olanları, olayın tek tanığı konumundaki mağdurun bilgi paylaştığı kişileri, hayatta olmayan kişilerden daha önce duyduğunu aktaran kişileri, yabancıların anlattıklarını tercüme eden çevirmeni⁵¹, gizli soruşturmacıyı, bilgi veren ve güvenilir kişileri⁵² ifade eder.

Suç olayını doğrudan müşahade etmemeleri nedeniyle, bilgilerini, yalnızca mağdurdan yahut bir başkasından duyduğunu aktarmaktan ibaret olan bu kişilerin faaliyetlerinin, ceza muhakemesi bakımından ilk bakışta tanıklık olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülebilir de bu türden aktarımsal bilgilerin delil değeri taşıyabileceği gözden uzak tutulmamalıdır⁵³. Ancak bu bilgilerin dolaylı olması, onun itibari değerini tartışmaya açabilir. Zira öncelikle dolaylı tanık, kendisine aktarılan bilginin sıhhatinden, kendisi de emin değildir⁵⁴. Ayrıca algı psikolojisine etki eden nedenler, olaya doğrudan tanıklık eden kişilerin dahi beyanlarının gerçekle uyumlu olmasının önüne geçebilirken, yargılama konusu olaya aktarımsal şekilde vakıf olan kişilerin beyanları açısından bu sonucun ortaya çıkması, -gerçeğe aykırılık tespit edilemese de- evleviyetle mümkündür.

Belirtmek gerekir ki özellikle olayı ilk ağızdan anlatan tanığın ölmesi; muzdarip olduğu bir hastalık dolayısıyla sonradan konuşma yeteneğini

⁴⁸ Feyzioğlu, s.68.

⁴⁹ Gabriele Jansen, Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Auflage, C.F. Müller, 2012, s. 67; Şahin/Göktürk, C.II, s. 36, 37.

⁵⁰ Şahin/Göktürk, C.II, s. 37.

⁵¹ Detter, s. 2-5.

⁵² Şahin/Göktürk, C.II, s. 37.

⁵³ Klaus Miebach, “Die freie Beweiswürdigung der Zeugenaussage in der neueren Rechtsprechung des BGH”, NStZ-RR, 2016, s. 332.

⁵⁴ Şahin/Göktürk, C.II, s. 37.

yitirmesi veya akıl hastalığına tutulması; muhbire, kimliğinin bilinmemesi yahut başkaca bir nedenle ulaşılamaması gibi hallerde⁵⁵, dolaylı tanık, olayın tek tanığı olabilir. Bu hallerde dolaylı tanık beyanlarının gerçekte uyumu doğrudan denetlenemeyeceği için olayın sübutuna ilişkin diğer delillerle tutarlılıkları nazarında değerlendirilmeleri önem arz etmektedir⁵⁶. Örneğin, (A)'nın kullandığı aracın yoldan çıkması neticesinde gerçekleşen kazada yaralanan (B), kazadan sonra oradan geçmekte olan doktor (C) tarafından hastaneye götürülür; ancak yapılan müdahaleye rağmen kurtarılamaz. Yargılama sırasında (C), (B)'nin, hastane yolunda kendisine; “(A)'nın yola çıkmadan alkol aldığı, hatalı sollama yapmaması ve hızlı gitmemesi için onu uyardığını ancak ikna edemediğini” söylediği yönünde ifade verir. Bu olaydaki tek ve dolaylı tanık olan (C)'nin bu beyanı, olay yeri inceleme raporu, kaza tespit tutanağı, (A)'nın kanında alkol olup olmadığını gösterir rapor gibi belgelerde yer verilen bilgilerle karşılaştırılmalıdır.

IV. ÇOCUKLARIN TANIKLIĞI

A. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesinde, üçüncü kişi konumunda olan herkes tanık olabilir⁵⁷. Olay hakkında bilgi sahibi olmak, tanıklık bakımından yeterlidir⁵⁸. Bu kapsamda çocukların da tanık olarak dinlenilmeleri mümkündür; yeter ki, muhakeme konusu olayı algılama ve bildiklerini aktarabilme yeteneğine sahip olsunlar. Nitekim Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında⁵⁹; “*Yakınanların olayı gördüklerini bildirdikleri çocuklarının tanık olarak çağrılarak dinlenilmeleri ve anlatımlarının inandırıcı bulunup bulunmadığı tartışılarak diğer delillerle birlikte değerlendirildikten sonra edinilecek kaniye göre hüküm kurulması gerekirken, olay tarihi itibarıyla 10 ve 14 yaşlarında olmaları nedeniyle gördükleri bir olayı aktarma yeteneğine sahip bulunabilecek durumda olan çocukların yalnızca yaşlarının küçük olması nedenine dayanılarak, tanıklık yapamayacakları gerekçesiyle, dinlenilmeden eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi*” diyerek, çocukların tanıklığını, gördüklerini aktarma yeteneğine sahip olmaları şartıyla kabul etmiştir.

⁵⁵ Bu durumda dolaylı tanık, muhbirden bilgi alan kolluk görevlisi olacaktır.

⁵⁶ Şahin/Göktürk, C.II, s. 37; Hans Peter Brause, “Zum Zeugenbeweis in der Rechtsprechung des BGH”, NSTZ, 2007, s. 508; Miebach, s. 332.

⁵⁷ Gökçen/Balçık/Alşahin/Çakır, s.275.

⁵⁸ Şahin/Göktürk, C.II, s. 35.

⁵⁹ Yarg. 4. CD., 4.10.2006, 2005/4174 E., 2006/14805 K.

Çocukların tanıklığı, özellikle spesifik vakılarda suç olayını meydana getiren süreçle ilgili detaylı bilgi sahibi olmaları ve suça ilişkin doğrudan ve tek tanık olmaları halinde maddi gerçeğe ulaşılması bakımından önemlidir⁶⁰.

Çocukların tanık sıfatıyla alınan beyanları, ceza yargılamasında delil olarak kabul edilebilirse de beyanların sıhhati ve itibari değeri, birçok açıdan tartışmalıdır. Aşağıda, çocukların yargılamanın etkilerinden korunması ve beyanlarının sıhhatinin sağlanabilmesine ilişkin uygulama modelleri incelenecek ve bu kapsamda uygulamaya ilişkin bazı önerilere yer verilecektir.

B. ÇOCUĞUN YAŞI VE BİLİŞSEL GELİŞİMİNİN BEYANIN SİHHATİNE ETKİSİ

Çocuklar, yetişkinlerin aksine; sosyal, ahlaki, ekonomik yahut kişisel herhangi bir motivasyona sahip olmadıklarından, genellikle gerçeği gizleme ihtiyacı duymazlar. Bu bakımdan, çocuklarda yalan tanıklığa, yetişkinlere nazaran çok daha az rastlandığı söylenebilir⁶¹.

Çocuk tanıkların beyanlarının sıhhatinin tartışmalı olması, çocukların bilişsel gelişimleriyle yakın irtibat içindedir. Bu çerçevede bir çocuğun, geçmişte deneyimlediği olayı ne ölçüde sözlü olarak dile getirebileceği, gerçeklik ile fanteziyi ayırt ederek gerçek deneyimlerini ne ölçüde aktarabileceği gibi belirleyiciler, beyanın itibar edilebilirliğine etki eder. Örneğin Yargıtay, bir kararında⁶², “*Olayın tespit edilebilen tek görgü tanığı olan ve mağdur ile sanığın müşterek çocuğu bulunan H.Y. ise, tabancayı bilebilecek ve gördüğünde tanıyabilecek çağda olup, sanıkta tabanca olmadığını, yaralama sırasında tabanca kullanılmadığını belirtmektedir. O halde aile geçimsizliğinden kaynaklanmış kızgınlık ve husumetle yanlı ifade vermesi olası bulunan mağdurenin, aşamalarda kendi içinde çelişkiler içeren ve diğer tanığın anlatımıyla da doğrulanmayan beyanlarına itibarla suçun sübut bulduğundan söz edilemez*” diyerek, çocuğun tanıklığının, etrafında olup biteni algılamasıyla bağlantısına işaret etmiştir.

Çocuğun tanıklığı, çoğunlukla çocuğun yaşı ile bağlantılı olarak değerlendirilir. Ayrıca diğer belirleyiciler dışında, çocuklarda hafızanın

⁶⁰ “...olayları en iyi bilebilecek olan ve görgüleri bulunan tarafların müşterek çocukları saptanıp tanık sıfatıyla dinlenilmeleri gerekir.” (Yarg. 4.CD., 15.5.2006, 2005/2160 E., 2006/10919 K.)

⁶¹ Hugo Münsterberg, On The Witness Stand -Essay on The Psychology and Crime, 1908, s. 47 (<https://archive.org>, erişim tarihi: 11.12.2020.)

⁶² Yarg. CGK., 2.5.2006, 2006/8-37 E., 2006/129 K.

gelişimi de olayın aktarımında önemli bir role sahiptir. Çocuklarda hafıza gelişimi, yaşa göre şu şekilde belirlenebilir⁶³:

- i. 18 aya kadar: Belirli bir hafıza faaliyeti tespit edilememektedir.
- ii. 19 ila 24 ay: Bazı çocuklar sübjektif açıdan önemli deneyimleri çabuk hatırlar (kendisine alınan bir oyuncak). Ancak hafıza organizasyonunun zayıflığı ve ifade kapasitesinin eksikliğinden dolayı, olaylar genellikle uzun vadede tutulmaz.
- iii. 25 ila 36 ay: Çocuklar, en azından bazı bilgileri daha uzun süreler boyunca, hatta yetişkin olduktan sonra dahi hatırlayabilirler. Ancak hatırlanan anılar oldukça düzensiz ve sınırlıdır ve genellikle bunların özel metodlarla çağırılması, ortaya çıkarılması gerekir.
- iv. 3 ila 5 yaş: Bu yaş grubundaki çocuklar, birkaç ay veya yıl boyunca önemli olayları hatırlarlar. Bununla birlikte, bu dönemdeki anılar, genellikle sonraki anılardan daha az ayrıntı içerir.
- v. 6 yaşından itibaren: Önemli olaylar çoğunlukla uzun süre hatırlanır.

Sonuç olarak çocuk tanığın beyanı, yaşı ile doğru orantılı biçimde, bilişsel gelişimine bağlı olarak değerlendirilmelidir⁶⁴.

C. CMK'DA YER VERİLEN DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA ÇOCUĞUN TANIKLIĞI

Yaşla bağlantılı olarak değinilmesi gereken önemli bir husus, tanıklığın anlam ve öneminin, çocuk tarafından hangi yaştan itibaren idrak edebileceğidir.

CMK m.50/1'e göre, 15 yaşından küçük çocukların, yeminin anlam ve önemini anlayamayacağı varsayılarak bunlara yemin ettirilmemesi gerekir. Nitekim Yargıtay konuyla ilgili bir kararında⁶⁵, "... *dinlenme sırasında onbeş yaşını doldurmayan çocuk tanık M. B. 'ye aynı Kanununun 50. maddesine aykırı şekilde yaşı nedeniyle yeminden çekinme hakkı hatırlatılması suretiyle usul hükümlerine muhalefet edilmesini*" hukuka aykırı bularak, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

⁶³ Renate Volbert, "Kapitel 22: Besonderheiten bei der aussagepsychologischen Begutachtung von Kindern" (Textbox 22.1), in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, 2014, s. 411.

⁶⁴ Volbert, s. 408.

⁶⁵ Yarg. 14. CD., 6.11.2014, 2014/6900 E., 2014/12272 K.

Bununla birlikte, yaşı ne olursa olsun çocuğa, CMK m.53 uyarınca tanıklık görevi anlatılırken, gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceğinin bildirilmesi öngörülmüştür. Kanımızca çocuk, ceza ehliyetinden yoksunsa (12 yaşında küçükse) veya 12-15 yaş arasında olup yeminsiz dinlenecekse, yalan tanıklıktan cezalandırılacağına ilişkin bir ihtarda bulunulmaması gerekir. Zira yeminin içeriğini anlamayacağı varsayılan bir çocuğa, gerçeği söylemezse cezalandırılacağını bildirmenin bir anlamı da yoktur. Bunun dışında kalan hususlarda, 15 yaşından küçük çocuğa, anlayacağı bir şekilde bilgi verilmesi yerinde olacaktır⁶⁶.

Kanunda, yaş küçüklüğü nedeniyle tanıklıktan çekinmenin anlamını kavrayamayacak olan çocuğun çekinmesi ile ilgili kararın, kanuni temsilcisi tarafından verileceği hükme bağlanmıştır (CMK m.45/2)⁶⁷. Bu düzenlemenin, yemin ile ilgili CMK m.53/1 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan 15 yaşından küçük çocuğun tanıklıktan çekinme hakkı ile ilgili bilgilendirmenin, mutlaka kanuni temsilciye yapılması gerekir⁶⁸. İlave etmek gerekir ki hakim, 15 yaşından büyük bir çocuğun da hakkın içeriğini anlayamayacağı kanaatine varırsa, hakkın kullanılması hususunda kanuni temsilci karar vermelidir.

Deneyimlenen olayın üzerinden ne kadar süre geçtiği, yetişkinler gibi çocukların tanıklığına da etki edebilir⁶⁹. Bu durumlarda öncelikle, çocuğun bilişsel gelişiminin, bir deneyimi uzun süre saklayamaya uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir⁷⁰.

⁶⁶ Deckers, s. 1367.

⁶⁷ “5271 sayılı CMK.nın 45/2. maddesinde düzenlenen kanuni temsilcinin izni kurumunun, aynı Kanunun 45/1. maddesinde sayılan tanıklıktan çekinme hallerinden birinin varlığı ile sınırlı olarak uygulanabileceği gözetilmeksizin çekinme hakları bulunmayıp eylemlere ilişkin görgüleri olan çocuk tanıklar M. B. ile K.. G..’ün kanuni temsilcilerinin izninin bulunmadığından bahisle dinlenilmelerinden vazgeçilmesi...” (Yarg. 14. CD., 6.11.2014, 2014/6900 E., 2014/12272 K).

⁶⁸ Uluslararası literatürde, tanıklıktan çekinme hakkının ve tanıklık görevinin idrak edilebileceği yaş, 13 olarak belirtilmiştir (Deckers, s. 1367).

⁶⁹ Guiliana Mazzoni, “Memory Suggestibility and Metacognition in Child Eyewitness Testimony: The Roles of Source Monitoring and Self-Efficacy”, European Journal of Psychology of Education, 1998, Vol. XIII, No. 1, s. 45.

⁷⁰ Volbert, s. 408.

Çocuklara, ifadeleri alınırken yöneltilecek soruların uygun şekilde tasarlanmasını sağlamak amacıyla, gelişimsel psikolojiye ilişkin veriler dikkate alınmalıdır. Küçük yaştaki çocuklar, genellikle farklı kaynakları iyi ayırt ederler; aynı kaynaktan gelen dış uyarıcıları karıştırmaya daha yatkındırlar. Söz gelimi, suç olayı birden fazla kişinin sözlü davranışından kaynaklanıyorsa (hakaret, tehdit gibi) veya çocuk yalnızca sesleri duyuyorsa, hangi sözün kim tarafından söylendiği, olayın nasıl gerçekleştiği konusunda yanlışlığa düşebilir⁷¹.

D. ÇOCUK TANIĞIN BEYANININ TELKİN EDİLEBİLİRLİĞİ

Çocukların tanık sıfatıyla verdikleri beyanların telkin edilebilirliği, beyanın itibari değeri açısından büyük önem taşır. Genellikle bilinç dışı bir süreç olarak kabul edilen telkin edilebilirlik, geleneksel anlayışa göre, bireylerin olay sonrası verilen bilgileri kabul etme ve bunları daha sonra bellek birikimleriyle birleştirme derecesidir. Bilgi, farkında olunmadan belleğe dahil edilir. Bu durum, olaydan önce değil sonra verilen bilgiden kaynaklanır ve sosyal olmaktan çok, belleğe dayanan bilişsel bir olgudur⁷².

Daha geniş bir ifadeyle ve çocuklar yönünden telkin edilebilirlik, çocukların, olayları kodlama, depolama, geri çağırma ve olaya ilişkin ifadelerinin bir dizi sosyal ve psikolojik faktörden etkilenme derecesi olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım, geleneksel tanımdan farklı olarak telkin edilebilirlik kavramı hakkında şu noktalara işaret etmektedir⁷³:

i. Sosyal taleplere uyma, yalan söyleme veya sevdiği kişileri memnun etme çabalarında olduğu gibi kişi, bilgiyi, olayın özgün halinden farklı olduğunu bilerek kabul edebilir. Bu nedenle çocuklar, olayın gerçekte nasıl olduğunu hatırlasalar da, yani belleklerinde bir değişim olmasa bile güdüsel etkenler sebebiyle, olayı farklı şekilde ifade edebilirler. Yaş, çocuğun sosyalliği ile doğru orantılı olarak artar. Dolayısıyla yaşı görece daha büyük olan çocukların da sosyal etkenler dolayısıyla (akranlarına uyum sağlama, kendini gösterme ve rol kazanma isteği gibi) etkilenmeye daha açık oldukları söylenebilir⁷⁴.

⁷¹ Mazzoni, s. 45.

⁷² Mine Cihanoğlu, “Çocuk Tanıklığı ve Çocuk Belleğinin Güvenilirliği”, Türk Psikoloji Bülteni, 2007, Y. 13, S.40, s. 67.

⁷³ Cihanoğlu, s. 68.

⁷⁴ Bu bakımdan yaşın artmasının, çocuğun bilişsel olarak yönlendirme imkanını zayıflatsa da sosyal nedenlerin, yönlendirilme tehlikesinin bu çocuklarda da azımsanmayacak derecede

ii. Telkinin etkisi, olaydan hem önce hem de sonra verilen bilgilerden kaynaklanabilir.

iii. Telkin edilebilirlik, hem sosyal hem de bilişsel etkenlerle ortaya çıkabilir.

Özellikle okul öncesi dönemdeki küçük çocuklar, yönlendirmeye daima açıktır. Yaş arttıkça, çocuğun yönlendirilmesi zorlaşır⁷⁵. Bu nedenle yaşı küçük olan çocuklara, tanık sıfatıyla beyanları alınırken, “*ne olduğunu anlatır mısın?*” gibi genel ve açık soruların yöneltilmesi, suça ilişkin detayların atlanmasına neden olabilir. Çocuğun suça ilişkin bilgiler verebilmesini teminen, daha spesifik sorulara muhatap kılınması doğru olabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, hatırlatmaya yardım amacıyla yöneltile soruların, beyanın içeriğini etkilemeyecek tarzda kurgulanmasıdır. Örneğin, “*sınıf arkadaşın, X’in sana dokunduğunu zaten söyledi. O yüzden rahatça anlatabilirsin. Bu doğru mu?*” şeklinde sorulan soru, çocuğun, aslında suç oluşturmayan başka bir olayı anlatarak, X’i suçlamasına neden olabilir. Dolayısıyla, hatırlatma sorularının vakıa özelinde değil, daha çok zaman ve mekan hatırlatmaları içerecek tarzda belirlenmesi tercih edilmelidir⁷⁶. Böylece, küçük çocukların dahi müşahede ettikleri olaylar hakkında güvenilir beyanlarda bulunmalarına imkan sağlanmış olur.

Çocuğun beyanına müracaat edilmeden evvel, kişisel tüm özellikleri tespit edilmelidir. Bu kapsamda; “*çocuğun yaşı; ana dili; kültürü; etnik kökeni; cinsiyeti; fiziksel bir engeli olup olmadığı; mental bir rahatsızlıktan muzdarip olup olmadığı (genel görüşmede şüphe duyulması üzerine yapılacak ayrı bir incelemeyle veya geçmiş öykü üzerinden belirlenebilir); ilaç kullanıp kullanmadığı; duygusal durumu; dil becerisi; hafıza becerisi; aile üyeleriyle ilişkileri; yaşadığı yer; birlikte yaşadığı kişiler; şüpheli/sanık ile ilişkisi; uyku, tuvalet, yemek rutinleri; çocuğun son zamanlarda çevresinde yaşadığı, terk, boşanma, taşınma, ölüm, hastalık, aile içi şiddet gibi stres kaynakları olup olmadığı; suça ilişkin konuyu daha önce başka biriyle konuşup konuşmadığı*” gibi hususlarda bilgi edinilmesi gerekir⁷⁷. Bu bilgiler, çocuğun, tanıdığı ya

yüksek olmasına neden olacağı hususunda bkz. Mazzoni, s. 47.

⁷⁵ Mazzoni, s. 47.

⁷⁶ Nathalie Brackmann/Elmar Habermeyer, “Interkultureller Vergleich kindlicher Zeugen/ Opferbefragungen: ‘Was wir von anderen Ländern lernen können’”, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, 2019, Vol.13, s. 146.

⁷⁷ Çocuk mağdur veya tanıkla görüşmede dikkate alınacak kriterler, İngiltere Adalet

da mağduru olduğu suç olayına ilişkin ifadesi alınırken, ona yöneltilecek soruların belirlenmesi ve cevapların yorumlanmasında belirleyici olduğu gibi, özellikle çocuğun sahip olduğu herhangi bir rahatsızlığın, tanıklığa etki edip etmeyeceğinin belirlenmesi bakımından da önemlidir. Bu kapsamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, konuyla ilgili bir kararında⁷⁸, “... diğer taraftan, dosya kapsamına göre çocuk tanık Ö.’nin mikrosefali hastası olduğu, hastalığı nedeniyle büyüme ve gelişim geriliğinin bulunduğu anlaşılmakta olup, tanığın tanıklığına başvurulmadan önce Adli Tıp Kurumuna sevkinin sağlanarak, hastalığı nedeniyle beyanlarına itibar edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda rapor aldırılmasının” gerekli olduğuna işaret etmiştir.

Mağdur veya sadece tanık olması fark etmeksizin, şayet çocuk daha önce istismara uğramışsa, ek bir kontrol listesi oluşturulabilir. Bu kapsamda, “çocuğun ebeveynlerine bağlılığı, çocuğun istismarın başlangıcındaki yaşı ve gelişim düzeyi; istismarın sıklığı ve süresi; farklı istismar biçimlerinin bir arada var olup olmadığı; çocuğun, iddia edilen istismarcı(lar) ile ilişkisi; istismar eyleminin türü ve ciddiyeti; -kullanılmışsa- fiziksel şiddet ve saldırganlığın derecesi; çocuğun karşılıklı cinsel eylemlere zorlanıp zorlanmadığı; yetişkin veya akran desteği; çocuğun istismarı birisine anlatıp anlatamadığı⁷⁹” tespit edilir.

Bu izahattan anlaşılacağı üzere, çocuk tanıkların bir olaya ilişkin anlatımları, birçok değişkene bağlı olarak farklılaşabilir. Bu bakımdan çocuk tanığın beyanı değerlendirilirken, bilişsel yaklaşımların dikkate alınması gerekir. Bunun için de hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarında, adli psikolog bilirkişilerden yardım alınması önem arz eder.

E. ÇOCUKLARIN BEYANLARININ ALINMASINA İLİŞKİN UYGULAMA MODELLERİ

Ceza yargılamasında, özellikle mağdur çocukların beyanlarının değerlendirilmesi sürecinde, birden fazla kurumun iş birliği içerisinde hareket etmesi zorunludur. Zira suç mağduru olan çocukların; kolluk görevlileri, sağlık çalışanları ve adli merciler tarafından ayrı ayrı dinlenilmeleri, tekrarlanan usul işlemleri sebebiyle faille tekrar karşılaşmak durumunda kalmaları, üçüncü

Bakanlığı’nın yayımladığı rehberden alınmıştır. Bkz. Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings, -Guidance on interviewing victims and witnesses, and guidance on using special measures-, Tablo 2.1, s. 22 (<https://www.cps.gov.uk>, erişim tarihi: 21.7.2020).

⁷⁸ Yarg. CGK., 12.11.2013, 2013/1-251 E., 2013/454 K.

⁷⁹ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings, Tablo 2.2., s. 23.

kişiler huzurunda olayı en ince ayrıntısına kadar defalarca anlatmaları, yaşanan travmayı derinleştirebilmektedir. Buradan hareketle ve öncelikli olarak, söz konusu olumsuz etkileri asgariye indirmek adına, uluslararası alanda bazı uygulama modelleri geliştirilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu modellerin çocukların beyanlarının alınmasına dair öngördüğü sistemin, beyanların sıhhatini temin etmeyi de amaçladığı, dolayısıyla beyanın itibari değeri yönünden, söz konusu modellerin aktif bir rol oynadığı söylenebilir.

1. Kaynak Model Olarak “Children’s Advocacy Centre” (CAC) ve “Barnahus” (Çocuk Evi)

1998 yılında İzlanda’da ortaya çıkan ve İskandinav ülkelerinin tamamına yayılan *Barnahus* (=çocuk evi) modeli, çocuğun üstün yararını korumaya ve beyanlarının sıhhatini temin etmeye yönelik ilk çalışmalardandır⁸⁰. Bu model, 1985 yılında Amerika Birleşik Devletleri-Huntsville Alabama’da pilot uygulama olarak başlatılıp daha sonra ülke çapında örgütlenen, cinsel istismara uğramış çocuklara yönelik destek sağlayan Ulusal Çocuk Koruma Merkezi (*US Children’s Advocacy Centre -CAC-*)⁸¹ modelinden ilham alınarak geliştirilmiştir⁸².

Barnahus ve *CAC* gibi uygulama modellerinde yargı mensupları, kolluk, psikologlar, aile danışmanları, çocuk doktorları ve ilgili diğer meslek mensupları koordineli olarak çalışmaktadırlar⁸³. Bu kişiler, kendi uzmanlıkları dışında; beyan psikolojisi, gelişim psikolojisi, travmaya bağlı psikolojik bozukluklar gibi alanlarda da eğitim almaktadırlar⁸⁴. Burada amaçlananları, başlıklar halinde şu şekilde sıralamak mümkündür:

i. Ceza yargılaması nedeniyle çocuklar üzerinde oluşabilecek baskı ve etkilerin ortadan kaldırılması⁸⁵,

⁸⁰ Susanna Johansson/Kari Stefansen/Elisiv Bakketeig/Anna Kaldal, “Implementing the Nordic Barnahus Model: Characteristics and Local Adaptions”, in: *Collaborating Against Child Abuse -Exploring the Nordic Barnahus Model-*, Palgrave MacMillan, Switzerland 2017, s. 5.

⁸¹ www.nationalcac.org

⁸² Johansson/Stefansen/Bakketeig/Kaldal, s. 5.

⁸³ Johansson/Stefansen/Bakketeig/Kaldal, s. 6.

⁸⁴ Brackmann/Habermeyer, s. 146.

⁸⁵ Trond Myklebust, “The Nordic Model of Handling Children’s Testimonies”, in: *Collaborating Against Child Abuse -Exploring the Nordic Barnahus Model-*, Palgrave MacMillan, Switzerland, 2017, s. 98.

ii. Beyanın, adliye dışında tek bir çatı altında, belli kriterlere göre ve bir defa alınması (under one roof principle⁸⁶)⁸⁷,

iii. Çocuğun kendisini güvende hissetmesinin sağlanması (safe place for disclosure⁸⁸),

iv. Çocuğun psikolojik ve fiziksel muayenesinin yapılarak ihtiyaçları doğrultusunda sağlık hizmeti almalarının temin edilmesi,

v. Çocukla görüşmenin, uzman bir kişi aracılığıyla yapılması⁸⁹,

vi. Beyanın alınmasına ilişkin tekniğin, suç olayının açığa çıkarılmasına hizmet edecek şekilde tasarlanması.

vii. Cumhuriyet Savcısı, adli kolluk görevlileri gibi yargı sūjelerinin, görüşme odasının aynayla ayrılan diğer tarafından çocuk üzerinde baskı oluşturmaksızın görüşmeyi izleyebilmeleri.

viii. Görüşmelere ilişkin ses ve görüntülerin kayıt altına alınması.

Görüldüğü gibi maddeler halinde ortaya koymaya çalıştığımız bu amaçlar, aynı zamanda çocuk tanıkların, müşahede ettikleri olaya ilişkin beyanlarının mümkün olduğunca inandırıcı ve güvenilir tezahür etmesinde de etkilidir. Örneğin çocuğun beyanının adliye dışında uzmanlar tarafından alınması, ceza yargılaması nedeniyle çocuklar üzerinde oluşan baskı ve etkinin ortadan kaldırılmasını sağlamakla, aynı zamanda beyanın bilinç dışı yönlendirmeye, aktif-pasif etkiye maruz kalmadan, gerçeğe mümkün olduğunca uygun oluşmasına da hizmet eder. Böylece, çocuğun beyanı, daha güvenilir olacaktır.

⁸⁶ Johansson/Stefansen/Bakketeig/Kaldal, s. 6.

⁸⁷ Buna paralel olarak CMK m.236/2'de, "İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir: Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır" denilmiştir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında da mağdur çocuğun psikolojisinin her dinlemede daha çok etkileneceği dikkate alınarak bu hükme uygun hareket edilmesi gerektiği vurgulanmıştır: "... her dinlenmede psikolojileri daha da bozulacak olan mağdur çocukların, zorunluluk arzeden haller dışında, soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği dikkate alınmalıdır" (Yarg. 2. CD., 21.12.2011, 2010/607 E., 2011/42168 K.)

⁸⁸ Johansson/Stefansen/Bakketeig/Kaldal, s. 7.

⁸⁹ Myklebust, s. 106 vd.

2. Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM) ve Türk Hukukuna İlişkin Uygulama

Hukukumuzda, çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere, Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM) oluşturulmuştur⁹⁰. Böylece, cinsel istismar suçu mağduru çocukların beyanlarının, soruşturma evresinde söz konusu merkezlerde uzmanlar tarafından alınması ve kaydedilmesi sağlanacak, kovuşturma evresinde, zorunluluk olmadıkça tekrar ifade alınmaksızın bu kayıtlarla yetinilecektir. Kovuşturma evresinde ilk kez ifade alınması durumunda da aynı yöntem izlenecektir (CMK m.236/5).

Bununla birlikte, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından zorunluluk bulunması ve ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan “doğrudan doğrualık” ilkesi ve “adil yargılanma hakkı”nın bir sonucu olarak sanık ya da müdafinin, soruşturma yahut kovuşturmada bir kez ifadesi alınan mağdur çocuğa, kovuşturma aşamasında soru sormasına imkan tanıma zorunluluğu ortaya çıkabilir. Kanaatimizce bu tip durumlarda da gerekli işlemlerin aynı merkezlerde; bu merkezlerin bulunmadığı yerlerde ise, 24.2.2017 tarihli Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği⁹¹ uyarınca oluşturulan özel alanlarda ve yine uzmanlar aracılığıyla yapılması gerekir.

ÇİM’de; sorumlu hekim, adli görüşmeci, aile görüşmecisi, hastane bünyesine tam zamanlı görevlendirmesi yapılmış ya da gereği halinde kuruma davet edilen Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü temsilcisi ve konsültan hekimler, çocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı, adli tıp uzmanı, sosyal pediatri uzmanı, çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı, çocuk cerrahisi uzmanı, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı gibi sağlık personeli hizmet sunmaktadır⁹².

⁹⁰ Bu merkezler, 2010 yılında Ankara’da pilot uygulamayla hayata geçirilmiştir. 04.10.2012 tarihli ve 28431 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Çocuk İzlem Merkezi Başbakanlık Genelgesi” ile bu merkezlerin ülke çapında yaygın hale getirilmesi amaçlanmıştır.

⁹¹ <https://magdur.adalet.gov.tr/adli-gorusme-odaları-yonetmeliği-01563>

⁹² Gülçin Orhan/Betül Ulukol/Hayri Canbaz, “Çocuk İzlem Merkezi Modeli ve Bu Modelde Gözlenen Sorunlar”, Kriz Dergisi, 2019, S.27 (3), s. 180.

Mağdur çocuğun beyanından sonra, Cumhuriyet Savcısı ya da ilgili mahkeme tarafından uygun görülmesi durumunda, istismar olayının türü ve mahiyetine göre tahkikatı yürütmek üzere kolluk görevlilerine; iç beden, darp-cebir, ruh sağlığı muayenesi için ilgili konsültan hekimlere; gebelik tespiti ya da bulaşıcı hastalık durumlarının tespiti ve takibi için ilgili sağlık kuruluşlarına; koruyucu ve destekleyici tedbirler için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü ve diğer kamu kuruluşlarına; sosyal inceleme için kurum bünyesinde çalışan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü temsilcisine yönlendirme yapılabilir. Ayrıca mağdurun okul değişikliği durumunun yüksek yararına olacağı değerlendirilirse, mağdur ve ailesinin de onayı alındığı takdirde, İl Millî Eğitim Müdürlüğü ile görüşmeler ve yönlendirmeler yapılması söz konusu olabilir. Yine, mağdurun yüksek yararı için gerekli durumlarda, yurt değişikliği durumu ya da talebi değerlendirilerek ilgili kamu kurum ya da kuruluşlar ile irtibata geçilebilmektedir⁹³.

ÇİM'lerde görev yapacak personele yönelik; Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Ruh Sağlığı Dairesi Başkanlığı koordinasyonunda, Sağlık Bakanlığı Sertifikalı Eğitim Yönetmeliği⁹⁴ kapsamında, Bakanlığın, 05/06/2015 tarih ve 634 sayılı onay kararı ile yürürlüğe giren "Çocukla Adli Görüşmeciler Sertifikalı Eğitim Programı" standartlarına uygun olarak eğitimler düzenlenmektedir. Bu kapsamda, 40 saat teorik, 216 saat uygulamalı olmak üzere, toplamda 256 saat (32 iş günü) eğitim verilmektedir. Eğitime; hekim, çocuk gelişimcisi, psikolog, sosyal çalışmacı ile çocuk gelişimi, psikiyatri, psikoloji, psikolojik danışmanlık ve rehberlik veya sosyal hizmet alanlarında yüksek lisans yapmış hemşireler kabul edilmektedir.

Kanunda, cinsel istismar suçu dışındaki bir suçtan mağdur olan çocuğun beyanının alınacağı özel bir yere işaret edilmediğinden, bu çocuklar adliyede dinlenilmektedirler. Bununla birlikte, bu kapsamdaki mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesi sırasında, psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması zorunludur (CMK m.236/3).

Çocuğun, suç mağduru olmayıp yalnızca tanık sıfatıyla yargılamaya katılması halinde, beyanının alınması bakımından CMK m.236/4'e uygun hareket etmek gerekir. Maddede, çocuğun beyanının, takdire bağlı olarak Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından özel ortamda alınması ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu kanısına

⁹³ Orhan/Ulukol/Canbaz, s. 181.

⁹⁴ 4.2.2014 tarih ve 28903 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

varılması kaydıyla yine özel ortamda fakat uzmanlar aracılığıyla alınması öngörülmüştür.

3. Uygulamaya İlişkin Öneriler

Çocukların beyanlarının alınmasına ilişkin uygulama modellerinin, öncelikli olarak adli sürecin çocuk üzerindeki olumsuz etkilerini mümkün olduğunca bertaraf etmeyi amaçladığını daha önce ifade etmiştik. Bu çerçevede çocuk, ister cinsel istismar dışındaki bir suçtan mağdur olsun, ister yalnızca tanık sıfatıyla yargılamada süje olarak yer alsın, çocuk haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde, çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiği izahtan varestedir.

Bununla birlikte, yukarıda temel özellikleri itibarıyla izah edilmeye çalışılan uygulama modellerinin, çocuğun beyanının sıhhatli bir şekilde alınarak beyanın sağlamlık ve güvenilirliğini de temin etmeye matuf bir işlevi bulunduğu nazara alındığında, sadece tanık sıfatıyla beyanda bulunacak olsa dahi çocuğun bilişsel gelişiminin tespit edilerek değerlendirilmesi amacıyla, beyanının, hakim tarafından duruşmada değil; 24.2.2017 tarihli Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği çerçevesinde oluşturulan özel alanlarda ve uzmanlar eşliğinde alınması gerektiğini söylemek mümkündür. Çünkü çocuk, işlenen suç dolayısıyla herhangi bir travma yaşamamış olsa da beyanın sıhhati, yukarıda belirtildiği üzere suç dışında; boşanma, ayrılık, terk, ölüm gibi başkaca stres kaynaklarının etkisiyle tartışmalı hale gelebilir. Ayrıca, çocukla yapılacak adli görüşmenin kapsamı, sorulacak soruların belirlenmesi, cevapların değerlendirilmesi, çocuğun yaşına da bağlı olarak çocuk psikolojisi alanında uzman bilgisine ihtiyaç duyulan hususlar olarak kabul edilmelidir. Bu hususlara dikkat edilmesi, çocuğun beyanının, tanık sıfatıyla müşahede ettiği olayı en sağlıklı biçimde aktarmasını da sağlamış olur. Örneğin İzlanda'da, ifade ettiğimiz görüşe paralel olarak tüm beyanlar, Barnahus'ta, 15 yaşın altındaki çocuklar yönünden hem psikologlar hem de çocuk psikolojisi alanında özel eğitim almış adli kolluk görevlilerinin katılımıyla; Norveç'te 16 yaşından küçük çocukların beyanları, Polis Akademisi'nde ve sonrasında uzun süreyle uzmanlık eğitimleri almış kolluk görevlileri tarafından alınmaktadır⁹⁵.

V. ÖNCE DEN SUÇ İŞLEMİŞ TANIK

Ceza muhakemesi hukukunda, olayın özelliklerine göre tanıklık yeteneği bulunan herkesin⁹⁶ tanık sıfatıyla yargılamaya katılması mümkündür.

⁹⁵ Myklebust, s. 106 vd.

⁹⁶ Örneğin görme yeteneğinden yoksun bir kişinin görgü tanığı olması mümkün değilse de bu kişi, işittiklerini aktarabilir.

Dolayısıyla, önceden suç işlemiş olan bir kişi de yargılama konusu olayı temsil eden bir bilgiye sahipse, yani bu kişinin beyanının delil değeri mevcutsa, tanık sıfatıyla dinlenilmesi mümkündür. Burada değerlendirilmesi gereken, böyle bir tanığın beyanının itibari değerinin, diğer tanık beyanlarına göre farklılık arz edip etmediğidir.

Alman hukukunda bu mesele, tarihi süreç içerisinde hem yargı kararlarına konu edilmiş hem de doktrinde tartışılmıştır. Bu kapsamda kraliyet dönemi yargı uygulamalarında, tanığın beyanının itibari değeri ile tanığın kişisel olarak itimat edilebilirliği arasında fark gözetilmediği; hakimin, tanığın şahsi olarak güvenilir olup olmadığı veya ne ölçüde güvenilir bulunduğuyla ilişkin oluşturduğu kanaatin, beyanın hükme etkisi açısından esas alındığı görülmektedir⁹⁷. 1990'ların sonuna tekabül eden Alman Yargıtay'ının konuyla ilgili kararları incelendiğinde ise, adli psikolojinin ortaya koyduğu veriler çerçevesinde konunun, “genel güvenilirlik” ve “özel güvenilirlik” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, “özel güvenilirliğin” dikkate alınması gerektiğine işaret edilerek tanığın beyanının, -yalnızca mevcut yargılama özelinde- genel tecrübe kurallarına uygun olup olmadığının önemli olduğu vurgulanmıştır⁹⁸. Bununla birlikte, tanığın kim olduğunun tamamen önemsiz olduğu söylenemez; yargılama süreçleriyle olan kişisel irtibatı önem taşır.

Adli sicil kaydı bulunan tanığın beyanının itibari değerden yoksun olduğu bir kaide olarak ileri sürülemeyeceği gibi, cezalandırmanın önleyici etkisi nedeniyle bu türden bir kişinin gerçeği söyleme olasılığının daha yüksek olduğu da düşünülebilir. Bu yaklaşım, Alman hukukunda Bamberg Bölge Adliye Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir kararıyla benimsenmiştir⁹⁹. Kararda; *“işlemiş olduğu bir vergi suçu dolayısıyla hapis cezasına mahkum edilmiş olan tanığın, samimiyetle verdiği ve diğer delillerle tutarlı olan ifadelerine yerel mahkemece itibar edilmemesinin”* hukuka aykırı olduğuna işaret edilmiştir.

Bu anlayışa paralel olarak Alman hukuk literatüründe, tanığın daha önce cezalandırılmış olmasının, yalnızca, diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde, beyanında gerçeğe aykırılıklar bulunduğu dair şüphe

⁹⁷ Günter Prechtel, “Die Bedeutung der Glaubwürdigkeit und des persönlichen Eindrucks für die Beweiswürdigung”, ZJS, 4/2017, s. 383.

⁹⁸ Prechtel, s. 383.

⁹⁹ OLG Bamberg, Urt. v. 6.11.2003 - 1 U 121/02 (MDR - Monatsschrift für Deutsches Recht 11/2004, s. 647, 648).

bulunması ve bu mahkumiyetin somut olay yönünden tanığın güvenilirliğine etki etmesi halinde dikkate alınabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁰. Dolayısıyla burada önemli olan, tanığın daha önce cezalandırıldığı suçun türü ve yargılama konusuyla irtibatıdır. Söz gelimi, hırsızlık suçundan mahkum edilmiş bir kişinin, kasten yaralama suçundan dolayı bir başkası hakkında yürütülen yargılamada tanıklık etmesine engel yoktur.

Common Law hukuk sisteminde bu konu, ceza yargılamasında bazı durumlarda geçerli olabilen karakter delili (=Character Evidence) çerçevesinde ele alınmaktadır¹⁰¹. Amerikan sisteminde karakter, sanık yönünden işlendiği iddia olunan fiilin ispatında doğrudan kullanılamasa da yargılamada, karakterin başlı başına tartışma konusu edildiği durumlarda, yargılama konusuyla irtibatlı olmak kaydıyla¹⁰² karakter deliline müracaat edilebilmektedir¹⁰³. Örneğin daha önce birden fazla defa alkollü araç kullanarak, hız sınırlarını aşarak trafik güvenliğine karşı suç işlemiş ve ehliyetsiz araç kullandığı belirlenmiş bir kişinin kullandığı iş makinesiyle karıştığı kazada, ölen yahut yaralanan kişiler yönünden, iş makinesi sürücüsünün taksirle hareket edip etmediğinin tespitinde, onun geçmiş sicil kaydı, “karakter delili” olarak dikkate alınamaz. Ancak söz konusu sürücünün geçmişte işlediği söz konusu suçlar ve kabahatler, onu işe alan iş sahibinin, iş makinesini sürecek kişilerin seçiminde özenli davranmadığının, yani meydana gelen netice bakımından taksiri olup olmadığının ispatında kullanılabilir¹⁰⁴.

Karakter delilinin, tanıkların beyanlarının güvenilirliği bakımından da gündeme gelmesi mümkündür¹⁰⁵. Bunun için ceza yargılamasında iddia yahut

¹⁰⁰ Deutscher, s. 360.

¹⁰¹ Amerika Birleşik Devletleri Federal Kanıt Kuralları m.609’da, 1990 yılında yapılan değişikliğe kadar, karakter delili, yalnızca çapraz sorgu sırasında kullanılabilmekteydi. Bu çerçevede tanığın karakteri özelinde beyanının itibari değeri, genellikle tanığa yöneltilen, “*siz, 1977’de kasten yangın çıkarma suçundan mahkum edilen Harold Morgan ile aynı kişi misiniz?*” gibi sorular yoluyla tartışmaya açılmaktaydı (Bkz. James W. McElhaney, “Character Evidence and Impeachment: An Introduction”, Litigation, 1977, Vol. 4, No. 1, s.46).

¹⁰² Chris William Sanchirico, “Evidence and Object of Trial”, Columbia Law Review, 2001, Vol. 101 (6), s. 1234.

¹⁰³ James W. McElhaney, “Understanding Character Evidence: Four ideas that tie it all together”, ABA Journal, 1993, Vol. 79 (3), s. 76.

¹⁰⁴ McElhaney, Understanding, s. 76, 77.

¹⁰⁵ Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bazı eyaletlerde, yargılama sırasında tanığın karakterinin çapraz sorguda gündeme getirilmesi sırasında, geçmişte işlediği suçlara işaret edilmesi mümkünse de söz konusu suçun detaylı olarak gündeme getirilmesine izin verilmemektedir.

savunma makamı tarafından çağrılan tanığın, öncelikle dinlenilmesi gerekir. Tanık beyanda bulunmadan, onun güvenilir bir karaktere sahip olduğu veya itibarlı bir kişi olduğundan bahisle beyanına güvenilmesi gerektiği ileri sürülemez¹⁰⁶. Amerika Birleşik Devletleri'nde ispat hukuku çerçevesinde deliller için geçerli olan prensiplere yer verilen federal kuralların (=Federal Rules of Evidence) 609'uncu maddesinde, ceza yargılamasında bir tanığın karakterinin, geçmişteki ceza mahkumiyetleri çerçevesinde tartışma konusu edilebileceği haller belirlenmiştir¹⁰⁷. Bu kapsamda söz konusu haller;

i. Genel olarak yargılama konusu suç için öngörülen cezanın ölüm cezası yahut 10 yıldan fazla hapis cezası olması veya cezanın önemi olmaksızın, sanığa atılı herhangi bir suçun unsurlarının oluşumu bakımından bir beyanın yalan olduğunun kanıtlanması gereksiniminin bulunması, (m.609/a),

ii. Tanık hakkında geçmişte hükmedilen mahkumiyet kararının kesinleşmesinin veya ceza infaz edilmişse infazın üzerinden 10 yıl geçmiş olması (m.609/b),

iii. Tanığın mahkum edildiği cezanın affa uğraması¹⁰⁸ veya tanığın rehabilitasyona tabi tutulması halinde rehabilite olduğuna dair ilgili kurum tarafından kendisine sertifika verilmiş olması (m.609/c),

iv. Çocuk yargılamalarında karakter delilinin kullanımı (m.609/d),

v. Temyiz yargılamalarında karakter delilinin kullanımı (m.609/e)

şeklinde ayrımlar dikkate alınarak düzenlenmiştir¹⁰⁹.

Federal Kanıt Kuralları'nın 608'inci maddesinde ise, suç oluşturmamak ve bir mahkumiyet hükmüyle sonuçlanmamakla birlikte, tanığın daha önce

Örneğin tanığa, "siz, 79 yaşındaki bir kadına, çivili bir kırbaçla yerde çaresizce yattığı sırada saldırmaktan nitelikli kasten yaralama suçundan cezalandırılan kişi değil misiniz?" gibi bir soru yöneltilemez (McElhane, Character Evidence and Impeachment, s.46).

¹⁰⁶ McElhane, Understanding, s. 77.

¹⁰⁷ Söz konusu hallerin, 1990 yılındaki değişikliklerle genişletildiği hususunda bkz. Sanchirico, s. 1231, dp.4.

¹⁰⁸ Bazı yargılamalarda, tanığın daha önceki cezasının affa uğramış olmasına rağmen, karakter delilinin kabul edildiği görülmektedir. Bu yönde örnekler için bkz. Recent Decisions, (Evidence. Prior Conviction Although Fully Pardoned May Be Admissible as Evidence to Impeach Credibility of Witness), Virginia Law Review, 1952, Vol. 38 (2), s.235.

¹⁰⁹ https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_609 (erişim tarihi: 13.2.2021)

işlediği bir kötülüğün¹¹⁰ (çevresinde sürekli yalan söyleyen biri olarak tanınması gibi) de karakter delili çerçevesinde kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda tanık önceki mahkumiyeti reddederse, bu mahkumiyetin mevcudiyeti ispatlanabilirse de kötü davranışların reddedilmesi durumunda, bunun aksinin ispat edilmesi ve tartışmaya açılması mümkün değildir¹¹¹. Bu yönüyle tanığın geçmişteki kötü davranışlarının dile getirilmesinin, daha çok jüriyi etkilemeye yönelik kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, tanık beyanının güvenilirliği kapsamında, karakter deliline müracaat edilmesinin, her hal ve karda bu durumun yargılama konusu olay ile ilgili bulunmasına bağlı olduğunu, bu husustaki nihai takdirin ise mahkemeye ait bulunduğunu belirtmek gerekir¹¹². Ayrıca mahkeme, bu yöndeki takdirini kullanırken, 608’inci ve 609’uncu maddelerde yer verilen düzenlemeleri, sadece istisnai hükümler olarak görmemeli, delillere ilişkin öngörülen kuralların tamamını bir sistem çerçevesinde değerlendirmelidir¹¹³. Bu bakımdan zikredilen düzenlemelerin, sistematik ve amaçsal bir yoruma tabi tutulması gerektiği söylenebilir.

Kanaatimizce bir tanığın beyanının itibari değeri, ne daha önce bir suç işleyip işlemediği, ne de -şayet suç işlemişse- adli sicil kaydında yer alan suçun nev’i ile irtibatlıdır¹¹⁴. Diğer bir deyişle hakim, bu tür bir tanığın beyanının itibar edilebilirliğini, beyanın, yargılama konusu olayı ne ölçüde temsil ettiği, tanığın safahattaki beyanlarının tutarlı olup olmadığını ve diğer delillerle uyumunu dikkate alarak değerlendirmelidir. Zira modern ceza hukukunda geçerli olan fiil ceza hukuku prensibine uygun olarak, ceza yargılamasında daha ziyade önemli olan, yargılamaya katılan bir süjenin kim olduğu değil, ne söylediğidir. Ancak istisnai olarak, daha önce yalan tanıklık, suç uydurma, iftira gibi suçlardan mahkum olmuş bir kişinin beyanına itibar edilip edilemeyeceği noktasında titiz bir değerlendirme yapılması gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim yukarıda zikredilen Federal Kanıt Kuralları m.609/a-2’de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre, cezasının bir önemi olmaksızın, sanığa atılı herhangi bir suçun unsurlarının

¹¹⁰ Bunların ne anlama geldiğine ilişkin maddede bir açıklık yoktur.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Irvin Younger, “Three Essays on Character and Credibility Under the Federal Rules”, Hofstra Law Review, 1976, Vol. 5 (1), s. 15.

¹¹² Younger, s.13.

¹¹³ Younger, s. 18.

¹¹⁴ Daha önce yalan tanıklık suçundan mahkum olmuş bir kişinin tanıklık yapabileceği hususunda ayrıca bkz. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.275.

oluşumu bakımından bir beyanın yalan olduğunun kanıtlanması gerekiyorsa ve mahkeme bunu derhal tespit edebilecekse, söz konusu yargılamada tanık beyanının güvenilirliği konusunda karakter delilinin kullanılması mümkündür¹¹⁵.

VI. ADLİ KOLLUĞUN TANIKLIĞI

A. DOLAYLI TANIKLIĞIN BİR TÜRÜ OLARAK ADLİ KOLLUĞUN TANIKLIĞI

Tanığın, ifade vereceği olguya ne zaman ve nasıl vakıf olduğu önem taşımaz. Bir kişi, tesadüfen olayı müşahade etmiş olabilir. Keza kamu görevinin yerine getirilmesi dolayısıyla suç teşkil eden olayla ilgili bilgi sahibi de olunabilir¹¹⁶. Adli kolluk, ceza uyuşmazlığının konusunu oluşturan olaya, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle vakıf olduğundan, ikinci grupta yer almaktadır¹¹⁷.

İşlenen bir suçun adli makamlara intikali, ekseriyetle ihbar yahut şikayet üzerine olur. Bu nedenle, adli kolluk görevlilerinin olaya ilişkin tanıklığı genellikle dolaylıdır¹¹⁸. Ancak adli kolluğun, özellikle olaydan hemen sonra ve profesyonel amaçla vakıya el koyması halinde, onun tanıklığı, olaya aktarımsal şekilde vakıf olan diğer dolaylı tanık beyanlarından ayrılır. Örneğin, bir işyerinde gerçekleştiği iddia olunan cinsel saldırı olayıyla ilgili işyeri etrafında bulunan insanların ihbarı üzerine olay yerine gelen adli kolluk, olayın hemen ardından, olay yerini ve mağdurun, failin, olaya tanıklık eden diğer kişilerin içinde bulunduğu fiziksel ve psikolojik durumu müşahade etme imkanına sahiptir. Bu suretle, olayın sübutuna dair önemli bilgiler edinebileceğinden, söz konusu kolluk görevlilerinin tanıklığı, diğer dolaylı tanıklık hallerinden farklıdır. Uygulamamızda, soruşturma faaliyetine katılan ve bu kapsamda CMK m.169/2'nin amir hükmü dolayısıyla yapılan işlemlerle ilgili tutanak düzenleyen adli kolluk, yargılama aşamasında tutanak tanığı olarak kabul edilerek dinlenilmektedir.

Adli kolluğun beyanları, özellikle, toplanan diğer deliller ve yargılama süjelerinin beyanlarının, soruşturmada düzenlenen tutanakların suçun sübutu

¹¹⁵ Söz konusu değişiklik, 2006 yılında yapılmıştır. Değişikliğe ilişkin açıklamalar için bkz. https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_609

¹¹⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma-Gezer/Saygılar-Kırıt/Alan-Akcan/Özaydın/Erden-Tütüncü/Altınok-Villemin/Tok, s. 298.

¹¹⁷ Lucas Theune, Polizeibeamte als Berufszeugen in Strafverfahren, Nomos, 2019, s. 73.

¹¹⁸ Theune, s. 73.

yönünden çelişkili veya yetersiz olması durumunda¹¹⁹, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından önemli olabilir¹²⁰. Bunun için elbette, bu tür tutanakların hukuka uygun olması ve içerik itibarıyla mantığa uygun bulunması gerekir. Söz gelimi suç işlendikten sonra savcının talimatıyla yapılan tahkikatta, suç şüphesi altında olduğu anlaşılan kişiye CMK m.147 usulüne aykırı olarak sorular yöneltilerek, verilen cevapların tutanak altına alınması hukuka aykırıdır. Benzer şekilde, hiç Türkçe bilmeyen bir şüphelinin, henüz hakları hatırlatılmadan, ifadesi alınmadan, kendiliğinden yaptığı söylenen ve tutanağa bağlanan açıklamalarına da tercüman bulunmadan bu beyanın alınması mantığa uygun düşmediğinden, itibar edilmemelidir. Esasen burada, kolluk tarafından icra edilen bir adli işlem yoktur; şüphelinin kendiliğinden açıklamada bulunduğu varsayılmaktadır. Bu nedenle, bu durumda adli kolluğun tanıklığından söz edilebilirse de bu beyanların tutanak altına alınmasının ayrıca bir ispat değerine sahip olduğu da söylenemez. Bu kapsamda, bu tutanağı düzenleyen adli kolluğun tutanak tanığı olarak yargılamada dinlenilmesi de anlamlı değildir.

B. ADLİ KOLLUĞUN TANIKLIĞINI TARTIŞMALI KILAN NEDENLER

Adli kolluğun işlendiği iddia olunan suçla ilgili beyanlarının, diğer kişilere nazaran daha güvenilir olup olmadığı, öteden beri tartışmalıdır. Bu tartışmanın

¹¹⁹ “Somut olayla, 06/04/2017 tarihli tutanağa göre cadde üzerinde yapılan uygulama sırasında durumundan şüphelenilen sanığın ekip otosu içine alınarak yapılan kaba üst aramasında uyuşturucu maddelerin bulunduğu belirtilmesine rağmen dosya içinde bulunan güvenlik kamerası kayıtlarında tutanaktan farklı olarak internet cafe içinde bulunan sanığın polis tarafından dışarı çıkarıldığı, cadde üzerinden yakalanarak ekip otosuna alınmadığı, 15/01/2018 tarihinde dinlenen tutanak tanıklarının da sanığı kafe içerisinden aldıklarını beyan ettikleri anlaşılma 2559 Sayılı PVSK’nın 9. maddesine göre olay yeri ve tarihini kapsayacak nitelikte “önleme araması kararı” veya CMK’nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde alınmış “adli arama kararı” ya da “yazılı adli arama emri” bulunup bulunmadığı araştırılarak varsa dosya içine konulması, ilgili sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması...” (Yarg. 20. CD., 30.6.2020, 2018/5531 E., 2020/3546 K.)

¹²⁰ “Sanığın aşamaldaki savunmalarında 11.06.2016 tarihinde tanık ...’e 11.07.2016 tarihinde tanıklar ... ve ...’e uyuşturucu vermediğini savunduğunun, tanıkların beyanlarında olay tarihlerinde sanıktan uyuşturucu aldıklarına dair açık, net ve istikrarlı bir beyanlarının bulunmaması, sanığın iletişimin tespit kayıtlarının kendisine ait olmadığını savunması üzerine aldırılan Adli Tıp Kurumunun 20.12.2017 tarihli raporunun sonucunda da kısmi benzerlik gösterse bile karar vermek için yetersiz olduğunun anlaşılması karşısında, olaylara ilişkin fiziki takip tutanaklarını düzenleyen tutanak tanıkları çağrılarak olayla ilgili beyanlarının alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması...” (Yarg. 20. CD., 9.7.2020, 2018/5052 E., 2020/4138 K.)

sebeplerinden biri, adli kolluk görevlilerinin konumundan, yani CMK'ya göre bir suç soruşturmasında, soruşturmayı yürüten savcının yardımcısı olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede, adli soruşturmaya katılan kolluk ile şüpheli ve müdafii, yani savunma arasındaki ilişkinin çoğunlukla doğal bir karşıtlığa dayalı olduğu, savunmanın, kolluk nazarında çoğunlukla adalete giden yolda adli makamlara engel oluşturan bir kurum olarak kabul edildiği ifade edilmiştir¹²¹. Buradan hareket edildiğinde, kolluğun beyanının genellikle olayın tek delili olduğu bazı durumlarda, söz konusu beyanın itibari değerine ilişkin tartışmanın daha önemli hale geldiği söylenebilir. Söz gelimi, kolluğun gizli soruşturmacı olarak görev yaptığı örgütlü suçlarda; uyuşturucuyla mücadele kapsamında yürütülen soruşturmalarda, savcının yazılı emriyle gizli soruşturma yapmakla görevlendirilmesinde durum böyledir.

Gerçekten kolluk, bazı vakılarda mağdur olduğunu düşündüğü kişileri korumak adına, birtakım işlemleri usule aykırı olarak icra edebilir. Örneğin Cumhuriyet savcısının, soruşturma konusu suç olayını kayda aldığı anlaşılan kamera kayıtlarının, çözümü yapıp daha sonra temizlenerek sahibine iade edilmesine ilişkin talimatı üzerine, adli kolluk, “olay anına” ilişkin görüntülerin alındığını belirterek, o sırada mağdurun meşru savunmada sınırı aştığı görüntüleri çözümlememiş olabilir.

Kolluğun soruşturma sırasında gerçekleştirilen işlemlerde objektif davranıp davranmadığının tespitine yönelik olarak Almanya'da yapılan ve bu kapsamda kolluğa, belli önermelere yönelik düşüncelerinin sorulduğu bir araştırmanın sonuçları dikkat çekicidir:

¹²¹ Waldemar Burkhard, “Zum Verhältnis von Polizeibeamten zu Strafverteidigern”, Kriminalistik, 1991, s. 610.

Önerme¹²²: Soruşturmada, suç işlediği düşünülen şüpheliye yönelik kolluk tarafından sert muamelede bulunulması, bu kişiler genellikle kovuşturma sonucunda delil yetersizliğinden beraat ettiklerinden, kabul edilebilir bir uygulamadır:

Hizmet Türü	Onaylıyorum (%)	Kısmen Doğru (%)	Onaylamıyorum (%)	Bilmiyorum /Cevap Vermek İstemiyorum (%)
Orta sınıf önleyici kolluk	22,7	20,8	53,6	2,9
Üst kademe önleyici kolluk	9,3	11,6	79,0	0
Orta sınıf adli kolluk	16,4	16,8	64,6	2,4
Üst kademe adli kolluk	14,2	8,4	76,0	1,2
Ortalama	18,9	17,3	60,7	3,1

¹²² Christian Helfer/Wigand Siebel, Das Berufsbild des Polizeivollzugsbeamten (Gutachten im Auftrag der Ständigen Konferenz der Innenminister der Länder), Band 1, 1975, s. 1034 (Tabelle Nr.2 Rollenkonflikte).

Önerme 2¹²³: Şüphelinin polis tarafından ifadesinin alınması, onun haklarını korumaktan ziyade, suçu açığa çıkarmaya yönelik bir işlem olmalıdır:

Hizmet Türü	Cevap vermek istemiyorum (%)	Tamamen Onaylıyorum (%)	Büyük Ölçüde Onaylıyorum (%)	Kısmen Onaylıyorum (%)	Büyük Ölçüde Onaylıyorum(%)	Hiç Onaylamıyorum (%)	Fikrim Yok (%)
Orta sınıf önleyici kolluk	2	28,3	20,4	29,7	11,3	7,8	,0,5
Üst kademe önleyici kolluk	-	20,9	18,6	25,6	14	20,9	-
Orta sınıf adli kolluk	1,5	13,1	13,4	37,6	14,6	19,1	00,7
Üst kademe adli kolluk	0,6	14,9	11	32,5	17,5	22,7	00,6
Ortalama	2,1	20,8	16,9	32,2	13,3	14,2	00,6

Önerme 3¹²⁴: Avukatlar, kendi faaliyetlerinin, adaletin gerçekleşmesinin teminine değil, yalnızca şüpheli/sanığın menfaatlerinin korunmasına matuf olduğunu kabul ederler:

¹²³ Helfer/Siebel, s. 1062.

¹²⁴ Helfer/Siebel, s. 1038.

Hizmet Türü	Onaylıyorum (%)	Kısmen Doğru (%)	Onaylamıyorum (%)	Bilmiyorum/ Cevap Vermek İstemiyorum (%)
Orta sınıf önleyici kolluk	42,4	36,4	18,1	2,9
Üst kademe önleyici kolluk	30,2	46,5	23,3	0
Orta sınıf adli kolluk	39,7	38,9	19,3	2,2
Üst kademe adli kolluk	32,5	45,5	20,8	1,3
Ortalama	39,8	38,6	18,7	2,9

Önerme 4¹²⁵: Bir sanığın yargılama sonucunda beraat etmesi, soruşturmada onun aleyhine delil toplayan polisin yenilgiye uğraması gibidir:

Hizmet Türü	Cevap vermek istemiyorum (%)	Tamamen Onaylıyorum (%)	Büyük Ölçüde Onaylıyorum (%)	Kısmen Onaylıyorum (%)	Büyük Ölçüde Onaylamıyorum (%)	Hiç Onaylamıyorum (%)	Fikrim Yok (%)
Orta sınıf önleyici kolluk	1,8	11,1	11,9	28,9	20,3	25,3	00,7
Üst kademe önleyici kolluk	-	4,7	14	14	34,9	32,6	-
Orta sınıf adli kolluk	1,7	4,7	10,1	27	26,5	30	-
Üst kademe adli kolluk	1,3	1,9	55,2	20,1	26	45,5	-
Ortalama	2,3	7,5	14	26,5	23,4	29,6	00,4

¹²⁵ Helfer/Siebel, s. 1044.

Görüldüğü gibi yukarıdaki veriler, adli kolluk ile savunma (şüpheli, müdafii) arasındaki ilişkide adli kolluğun, objektif özellikleri itibarıyla (şüpheli, sanık veya mağdur, müştekiyle yakınlık, akrabalık, husumet bulunmaması vb.) tarafsız gözükmeyle birlikte, indi olarak belli bir oranda da olsa, tarafsız olamayabileceğine işaret etmektedir. Nitekim bir görüşe göre, adli kolluk, soruşturmada yürüttüğü görev itibarıyla tarafsız olamayacağından, bir adli kolluk görevlisinin, soruşturmasına katıldığı olayla ilgili olarak yargılama aşamasında ister doğrudan, ister dolaylı tanık sıfatıyla dinlenilmesi mümkün olmamalıdır¹²⁶.

Başka bir görüş, adli kolluk görevlilerinin, sürekli suç soruşturmalarına katılmaları nedeniyle, gözlemedikleri olayları suç olarak nitelemeye meyilli olduklarını, detaylı bir gözlem yapmaksızın, daha sıradan bir karar verme süreci ile bir davranışı suç olarak tanımlama eğiliminde olabileceklerini ileri sürerek aynı sonuca ulaşmaktadır¹²⁷.

Diğer bir görüşe göre ise, adli kolluk görevlilerinin, iştiğal ettikleri polislik mesleğini kendileri seçmiş olmaları, polis olmadan önce özel bir eğitimden geçirilmeleri nedeniyle, diğer kişilere nazaran daha iyi bir algı ve hafıza yeteneğine sahip oldukları ileri sürülebilir. Öte yandan, adli kolluk görevi sırasında edindikleri tecrübe de bu yeteneklerinin gelişmesine olanak sağlayabilir¹²⁸.

Kanaatimizce, suçun sübutuna yarayan, yargılama konusu vakıayı yahut buna bağlı yan vakıaları temsil kabiliyeti bulunan kolluk beyanlarının delil değeri olduğu kabul edilmelidir. Ancak bazı durumlarda kolluğun tanık sıfatıyla verdiği beyanların, hem soruşturmada sonuç çıkarılması hem de kovuşturmada ispata etkisi, yani itibari değeri bakımından, hassasiyetle değerlendirilmesi gerekir. Özellikle bir kolluk görevlisi hakkında, görevi kapsamında suç işlediği iddiasıyla başlatılan adli tahkikat sırasında bir diğer kolluk personelinin tanık sıfatıyla alınan beyanının itibari değerinin düşük olabileceği dikkate alınmalıdır. Zira “polis alt kültürü¹²⁹” çerçevesinde ortaya

¹²⁶ Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma-Gezer/Saygılar-Kırıt/Alan-Akcan/Özaydın/Erden-Tütüncü/Altınok-Villemin/Tok, s. 298.

¹²⁷ Siegfried-Ludwig Sporer/Melanie Sauerland/Kerstin Kocab: “Kapitel 9: Personenidentifizierung”, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, 2014, s.161; Rolf Bender/Armin Nack/Wolf-Dieter Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2014, kn. 1412.

¹²⁸ Sporer/Sauerland/Kocab, s.161; Bender/Nack/Treuer, kn. 1412.

¹²⁹ Alt kültür kısaca, toplumdaki belli bir gruba özgü anlamlar, değerler ve davranış biçimleri

çıkan gizlilik, soyutlanma, tutuculuk gibi bazı özellikler nedeniyle kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunulması¹³⁰ mümkün olabilir¹³¹.

Bunun dışında, genel olarak adli kolluğun beyanlarının itibari değeri, diğer delillerle birlikte değerlendirilerek ortaya konulmalı, beyana ne ölçüde itibar edileceği buna göre belirlenmelidir. Özellikle, sanık ve mağdurun birbiri aleyhine beyanda buldukları hallerde, suç sonrası olaya müdahale eden adli kolluğun beyanlarının, mağdurun beyanlarını desteklediği belirtilerek sanığın mahkumiyetine gerekçe gösterilmesi mümkün olmamalıdır. Söz gelimi cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlarda, olaydan sonra adli mercilere haber verilmesi üzerine savcının talimatıyla olay yerine gelen kolluğun, mağdurun içinde bulunduğu psikolojik durumu ortaya koyan ve duygusal durum tasvirinden öteye gitmeyen beyanları, suçun sübut ettiği yöneltik vicdani kanaate gerekçe oluşturamaz. Burada, olayın gerçekleştiği iddia olunan yerin konumu dikkate alınmalı, gerektiğinde mahallinde keşif yapılmalı, örneğin bu yer bir işyeriye ve mevcutsa buradaki güvenlik kameralarının kayıt açılırları belirlenmeli, olayın hemen sonrasında mağduru veya faili farklı açılardan gördüğünü söyleyen diğer tanık beyanları bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Soruşturma açısından, tahkikata konu suçun türüne yahut yürütülen faaliyetin ne olduğuna bakılmaksızın, CMK m.160/2’de yer verilen, *“Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür”* şeklindeki düzenleme uyarınca kolluk görevlileri, gerçekleştirdikleri soruşturma faaliyetlerinde objektif olmak zorundadırlar. Bunun denetimi, soruşturma aşamasında savcı tarafından yapılmalıdır. Örneğin CMK m.90/2’ye göre yakalanan bir şüpheli hakkında, CMK m. 90/5’te yer verilen, *“görevlilerce yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır”* hükmüne uygun hareket edilip edilmediği, şüphelinin, *“kendisinin uzun süre dolaştırıldığı, ağaçlık bir alana götürülüp arabada kapalı tutulduğu, bu nedenle tuvaletini, kıyafetleri üzerindeyken yapmak zorunda kaldığı”* iddiası

olarak tanımlanabilir (Fusun Sokullu-Akincı, Polis -Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları-, Gümüş Basımevi, 1990, s. 63).

¹³⁰ *Sokullu Akincı*’ya göre bu tip halleri “dışa karşı hile” olarak nitelendirmek mümkündür (Sokullu-Akincı, s. 64 vd.)

¹³¹ Bu tür durumların grup dayanışması kapsamında yalan tanıklığa motivasyon teşkil ettiği hususunda bkz. Bender/Nack/Treuer, kn. 267.

karşısında, Cumhuriyet savcısı tarafından araştırılmalıdır. Keza sadece kolluk tarafından yapılan işlemler tutanağa bağlanıp buna göre düzenlenen fezleke dikkate alınarak iddianame düzenlenmemeli¹³², gerektiğinde Cumhuriyet savcısınca tahkikat genişletilerek delil elde edilmesi ve toplanan tüm delillerin bir arada değerlendirilmesi sağlanmalı, kovuşturma gerektirmeyen fiiller soruşturma aşamasında ayıklanmalıdır¹³³.

VII. SONUÇ

Ceza muhakemesi hukukunda, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin bir sonucu olarak, hukuka uygun elde edilmek ve değerlendirilmesinde hukuki bir engel bulunmaması kaydıyla, olayı temsil kabiliyetine sahip olan her şey delildir. Yargılama safahatında elde edilen deliller, soruşturma aşamasında, yürütülen tahkikattan sonuç çıkarılmasına matuf olarak Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilir. CMK'da, yargılama safahatında elde edilen delillerin, sahip buldukları ispat gücü bakımından derecelendirmeye tabi tutulmasını öngören herhangi bir düzenleme yoktur. Bu husus, özellikle ceza yargılamasında sıkça başvuru olan tanık beyanları bakımından önem arz eder. Nitekim tanık beyanlarının hangi kriterlere göre değerlendirileceği ve hangi beyana neden itibar edildiği yahut edilmediğinin belirlenmesi, bu kaidede delili değerlendirecek olan makamın takdirine bağlı olmakla birlikte, bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, söz konusu değerlendirme faaliyetinde bilimsel veriler ile mantık ve tecrübe kurallarının dikkate alınması gerektiği zahtan varestedir. Bu çerçevede uygulamamızda, belirti delillerin değerlendirilmesinde genellikle uzman bilirkişilerin görüşüne başvurulmaktadır. Örneğin, olay yerinde bulunan; kan, tükürük, diğer vücut sıvıları gibi kalıntılar veya kimyasal başkaca buluntular, adli tıp incelemesi sonucunda anlamlandırılır. Buna karşılık tanık beyanlarına ilişkin değerlendirmede, mantık kuralları ve yaşam deneyimine göre bir sonuca

¹³² “C.M.K.nın 160/2. maddesinin amir hükmüne göre anılan soruşturma evrakına bakan Cumhuriyet Savcısının söz konusu olayla ilgili olarak İl Emniyet Müdürlüğünce düzenlenen fezlekenin içeriğiyle yetinmeksizin maddi gerçeği bulmak için gerekli işlemleri yapması... gerekirken eksik soruşturma ile karar verilmesi...” (Yarg. 14. CD., 20.6.2012, 2012/8915 E., 2012/7056 K.)

¹³³ “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde benimsenen, “Kişilerin Lekelenme Hakkı” ile “Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma” prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev’i filtre görevi yapmaları gerekir...” (Yarg. 13. CD., 30.11.2011, 2011/17629 E., 2011/6976 K.)

ulaşılmaktadır; psikolojiye dair bilimsel bilgiden istifade edildiği nadir olup bu husus, eleştiriyeye açıktır.

Yargılama konusu olayı doğrudan müşahade etmemiş olup kendisine, üçüncü kişi tarafından aktarılan olayı anlatan dolaylı tanıkların safahattaki beyanlarının itibari değeri konusunda, beyanların kendi içerisinde yahut diğer süjelerin beyanlarıyla uyumu, diğer delillere göre konumu, tecrübe kurallarıyla değerlendirilerek bir sonuca ulaşılabilir. Ancak tanığın kişisel birtakım özellikleri, beyanının itibar edilebilirliğine ilişkin değerlendirmede bilimsel yaklaşımların dikkate alınmasını da zorunlu kılar.

Çocukların tanıklığında, hem çocuğun üstün yararının korunması hem de bilişsel gelişimine göre çocuk tanığın beyanının gerçekle uyumuna etki eden sebepler bulunabileceği göz önünde bulundurularak, beyanının alınması ve değerlendirilmesinde bilirkişilere müracaat edilmesi gerekir. Hukukumuzda da çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitimli kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere, Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM) oluşturulmuştur. Böylece, cinsel istismar suçu mağduru çocukların beyanlarının, soruşturma evresinde söz konusu merkezlerde uzmanlar tarafından alınması ve kaydedilmesi sağlanacak, kovuşturma evresinde, zorunluluk olmadıkça tekrar ifade alınmaksızın bu kayıtlarla yetinilecektir. Kovuşturma evresinde ilk kez ifade alınması durumunda da aynı yöntem izlenecektir (CMK m.236/5). Bununla birlikte, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından zorunluluk bulunması ve ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan “doğrudan doğruyalık” ilkesi ve “adil yargılanma hakkı”nın bir sonucu olarak sanık ya da müdafinin, soruşturma yahut kovuşturmada bir kez ifadesi alınan mağdur çocuğa, kovuşturma aşamasında soru sormasına imkan tanıma zorunluluğu ortaya çıktığında, gerekli işlemlerin aynı merkezlerde; bu merkezlerin bulunmadığı yerlerde ise, 24.2.2017 tarihli Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği uyarınca oluşturulan özel alanlarda ve yine uzmanlar aracılığıyla yerine yapılması gerekir.

Kanunda, cinsel istismar suçu dışındaki bir suçtan mağdur olan çocuğun beyanının alınacağı özel bir yere işaret edilmediğinden, bu çocuklar mahkeme salonlarında dinlenilmektedirler. Bununla birlikte, bu kapsamdaki mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesi sırasında, psikoloji, psikiyatri, tıp veya

eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması zorunludur (CMK m.236/3).

Çocuğun, suç mağduru olmayıp yalnızca tanık sıfatıyla yargılamaya katılması halinde, beyanın alınması bakımından CMK m.236/4'e uygun hareket etmek gerekir. Maddede, çocuğun beyanının, takdire bağlı olarak Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından özel ortamda alınması ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu kanısına varılması kaydıyla yine özel ortamda fakat uzmanlar aracılığıyla alınması öngörülmüştür.

Çocuk, ister cinsel istismar dışındaki bir suçtan mağdur olsun, ister yalnızca tanık sıfatıyla yargılamada süje olarak yer alsın, çocuk haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde, çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerekir. Bu çerçevede, çocuğun bilişsel gelişiminin tespit edilerek değerlendirilmesi amacıyla, beyanının, hakim tarafından duruşmada değil; 24.2.2017 tarihli Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği çerçevesinde oluşturulan özel alanlarda ve uzmanlar eşliğinde alınması yerinde olur. Çocuk, işlenen suç dolayısıyla herhangi bir travma yaşamamış olsa da beyanın sıhhati, yukarıda belirtildiği üzere suç dışında; boşanma, ayrılık, terk, ölüm gibi başkaca stres kaynaklarının etkisiyle tartışmalı hale gelebilir. Ayrıca, çocukla yapılacak adli görüşmenin kapsamı, sorulacak soruların belirlenmesi, cevapların değerlendirilmesi, çocuğun yaşına da bağlı olarak çocuk psikolojisi alanında uzman bilgisine ihtiyaç duyulan hususlar olarak kabul edilmelidir. Çocuk tanığın beyanının, başkaca bir kritere gerek olmaksızın adli görüşme odalarında alınması, beyanın sıhhati ile ilgili tereddütleri de aşgariye indirecektir. Hukukumuzda, ÇİM'lerin kurulmasının fikri dayanağını oluşturan uluslararası uygulama modellerinin çalışma sistemi de bu doğrultudadır.

Çalışmada, özellik arz ettiği düşünülerek inceleme konusu edilen önceden suç işlemiş olan tanığın beyanının itibari değeri yönünden, öncelikle modern ceza hukukunda geçerli olan fiil ceza hukuku prensibine uygun olarak tanığın kişiliğinin değil, söylediklerinin delil teşkil ettiği dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmaması gerekir. Ancak daha önce yalan tanıklık, suç uydurma, iftira gibi suçlardan mahkum olmuş bir kişinin beyanına itibar edilip edilemeyeceği noktasında titiz bir değerlendirme yapılması gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Tanık beyanının itibari değerine ilişkin önemli konulardan bir diğeri de adli kolluğun tanık sıfatıyla yaptığı açıklamalardır. Adli kolluk görevlilerinin olaya ilişkin tanıklığı genellikle dolaylıdır. Ancak adli kolluğun, özellikle

olaydan hemen sonra ve profesyonel amaçla vakıaya el koyması halinde, onun tanıklığı, olaya aktarımsal şekilde vakıf olan diğer dolaylı tanık beyanlarından ayrılır.

Uygulamamızda, soruşturma faaliyetine katılan ve bu kapsamda CMK m.169/2'nin amir hükmü dolayısıyla yapılan işlemlerle ilgili tutanak düzenleyen adli kolluk, yargılama aşamasında sıklıkla, tutanak tanığı olarak dinlenilmektedir. Adli kolluğun beyanları, özellikle toplanan diğer deliller ve yargılama süjelerinin beyanlarının, soruşturmada düzenlenen tutanakların suçun sübutu yönünden çelişkili veya yetersiz olması durumunda, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından önemli olabilirse de bu beyanların itibari değeri, söz konusu tutanakların hukuka uygunluğu ve içerik itibarıyla mantığa uygun bulunup bulunmadığıyla doğru orantılıdır. Söz gelimi hiç Türkçe bilmeyen bir şüphelinin, henüz hakları hatırlatılmadan, ifadesi alınmadan, kendiliğinden yaptığı söylenen açıklamalarına yer verilen tutanağa, tercüman bulunmadan bu beyanın alınması mantığa uygun düşmediğinden itibar edilmemelidir. Dolayısıyla bu tutanağı düzenleyen adli kolluğun tutanak tanığı olarak yargılamada dinlenilmesi de anlamlı değildir.

Adli kolluğun, soruşturmasına katıldığı bir olayla ilgili tanık sıfatıyla dinlenemeyeceğini ifade eden görüşler varsa da suçun sübutuna yarayan, yargılama konusu vakıayı yahut buna bağlı yan vakıaları temsil kabiliyeti bulunan kolluk beyanlarının delil değeri olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, kolluğun tanık sıfatıyla verdiği beyanların, hem soruşturmada sonuç çıkarılması hem de kovuşturmada ispata etkisi bakımından hassasiyetle değerlendirilmesi gerekir.

İncelenen konuların tamamında, yargılama sonucunda adil bir sonuca ulaşılması açısından belirleyici olan ortak nokta, beyanın, delili takdir edecek makam tarafından alınarak mütalaa edilmesi, gerektiğinde doğrudan temas edilen diğer delillerle mukayese edilmesidir. Ancak uygulamamızda, ceza yargılamalarının uzunluğu ve bununla bağlantılı olarak safahatta savcının, hakimin/mahkeme heyetinin değişmesi nedeniyle, tanık beyanları ve diğer delillerden sonuç çıkarılmasında kullanılan yegane kaynak, soruşturmada tutulan tutanaklar ve duruşma tutanaklarıdır. Ancak söz konusu tutanaklardan, beyanın özelliklerinin anlaşılması ve dolayısıyla beyanın gerçekliği çerçevesinde delil değerini haiz olup olmadığının denetlenmesi yahut itibari değeri açısından özel bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Bunun haricinde, özellikle tanık beyanlarının istinabe yoluyla alınması da bir yandan beyanı alan ve değerlendiren mercilerin farklı olması sonucunu

doğurmakta, öte yandan çelişmeli yargılamada tanığa soru yöneltmesini ve beyanın kollektif bir değerlendirmeye tabi tutulmasını engellemektedir. Bu itibarla, tanık beyanlarının alınmasında SEGBİS sisteminin en verimli şekilde kullanılması tercih edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aydın D, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin, 2014.
- Bender R/Nack A/Treuer W. D, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Auflage, C.H. Beck, 2014.
- Brackmann N/Habermeyer E, “Interkultureller Vergleich kindlicher Zeugen/ Opferbefragungen: ‘Was wir von anderen Ländern lernen können’”, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, 2019, Volume 13 (s.143-150).
- Brause H. P, “Zum Zeugenbeweis in der Rechtsprechung des BGH”, NSStZ, 2007 (s.505-512).
- Birtek F, “Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, in: Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Y.2013, C.19 (2), (s.953-990).
- Birtek F, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Adalet, 2017.
- Burkhard W, “Zum Verhältnis von Polizeibeamten zu Strafverteidigern”, Kriminalistik, 1991.
- Canpolat C, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı: Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçekliğini inşası mı?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.15 (2), (s.451-499).
- Centel N/Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Beta, 2017.
- Cihanoğlu M, “Çocuk Tanıklığı ve Çocuk Belleğinin Güvenilirliği”, Türk Psikoloji Bülteni, 2007, Y. 13, S. 40, (s.67-71).
- Deckers R, “Glaubwürdigkeit kindlicher Zeugen, Vernehmungsfehler und Begutachtung”, NJW, 1999, (s.1365-1371).
- Demirbaş T, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, 1996.

- Detter K, “Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme”, NStZ, 2005, (s.1-9).
- Deutscher A, “Die Erörterung der Vorstrafen von Zeugen”, NStZ, 2012, (s.359-362).
- Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, 1996.
- Gedik D, “Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, C.21, Özel Sayı, (s.913-964).
- Gökçen A/Balcı M/Alşahin Mehmet Emin/Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet, 2018.
- Göktürk N, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m.272)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. XX, S.1, (s.347-409).
- Hafizoğulları Z, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye, 1996, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, (s.1815-1924).
- Heger M, Strafprozessrecht, W. Kohlhammer, 2013.
- Helfer C/Siebel W, Das Berufsbild des Polizeivollzugsbeamten (Gutachten im Auftrag der Ständigen Konferenz der Innenminister der Länder), Band 1, Saarbrücken 1975.
- Jansen G, Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Auflage, C.F. Müller, 2012.
- Johansson S/Stefansen K/Bakketeig E/Kaldal A, “Implementing the Nordic Barnahus Model: Characteristics and Local Adaptions”, in: Collaborating Against Child Abuse -Exploring the Nordic Barnahus Model-, Palgrave MacMillan, 2017, (s.1-31).
- Kargl W, “Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren, - Über die Voraussetzungen der Erkenntnis im Schatten des Zweifels-“, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 2019, Volume 105 (2), (s. 171-204).
- Koca M, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, 2006, Y.1, S.2, (s.207-225).
- Kühne H. H, Strafprozessrecht, 9. völlig neue bearbeitete und erweiterte Auflage, 2015.
- Maier S, “Aussage gegen Aussage und freie Beweiswürdigung”, NStZ, 2005,
- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXV, Y. 2021, Sa. 2 551

(s.246-251).

- Mazzoni G, “Memory Suggestibility and Metacognition in Child Eyewitness Testimony: The Roles of Source Monitoring and Self-Efficacy”, *European Journal of Psychology of Education*, 1998, Vol. XIII, No. 1, (s.43-60).
- McElhaney J. W, “Character Evidence and Impeachment: An Introduction”, *Litigation*, 1977, Vol. 4, No. 1, (s. 45-48; 59-60).
- McElhaney J W, “Understanding Character Evidence: Four ideas that tie it all together”, *ABA Journal*, 1993, Vol. 79, No. 3, (s.76-77).
- Miebach K, “Die freie Beweiswürdigung der Zeugenaussage in der neueren Rechtsprechung des BGH”, *NStZ-RR*, 2016, (s.329-334).
- Münsterberg H, *On The Witness Stand -Essay on The Psychology and Crime*, New York, 1908 (<https://archive.org>).
- Myklebust T, “The Nordic Model of Handling Children’s Testimonies”, in: *Collaborating Against Child Abuse -Exploring the Nordic Barnahus Model-*, Palgrave MacMillan, 2017, (s.97-119).
- Orhan G/Ulukol B/Canbaz H, “Çocuk İzlem Merkezi Modeli ve Bu Modelde Gözlenen Sorunlar”, *Kriz Dergisi*, 2019, S.27(3), (s.178-186).
- Öztürk B/Tezcan D/Erdem M. R/Sırma-Gezer Ö/Saygılar-Kırıt Y. F/Alan-Akcan E/Özaydın Ö/Erden-Tütüncü E/Altınok-Villemin D/Tok M. C, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin, 2018.
- Pradel J, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü*, ISISC Kolokyumlarının Sentez Raporu (Türkçe’ye çeviren: Sulhi Dönmezer), İstanbul, 2000.
- Prechtel G, “Die Bedeutung der Glaubwürdigkeit und des persönlichen Eindrucks für die Beweiswürdigung”, *ZJS*, 4/2017, (s.381-395).
- Roxin C/Schünemann B, *Strafverfahrensrecht*, 27. Auflage, C.H. Beck, 2012.
- Sanchirico C. W, “Evidence and Object of Trial”, *Columbia Law Review*, 2001, Vol. 101, No. 6, (s.1227-1311).
- Sander G, “§ 261 StPO”, in: *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, Band 6, 26., neu

bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 2006.

Sarsıkoğlu Ő, “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, Y.6, S.22, (s.507-533).

Sokullu-Akıncı F, Polis -Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları-, Gümüş Basımevi, 1990.

Sporer S. L/Sauerland M/Kocab K, “Kapitel 9: Personenidentifizierung”, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, 2014, (s.156-182).

Steller M, “Gegenstandsbereiche und Methodik der psychologischen Begutachtung”, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 2, Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht (Hrsg. von KRÖBER Hans Ludwig- LEYGRAF Norbert-DÖLLING Dieter-SASS Henning), Springer, 2010, (s.85-212).

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.II, Seçkin, 2020.

Theune L, Polizeibeamte als Berufszeugen in Strafverfahren, Nomos, 2019.

Ünver Y, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, 2006, Y.1, S.2, (s.103-205).

Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 15. Baskı, Adalet, 2019.

Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 3, 15. Baskı, Adalet, 2019.

Volbert R, “Kapitel 22: Besonderheiten bei der aussagepsychologischen Begutachtung von Kindern (Textbox 22.1)”, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, 2014, (s.408-421).

Volk K/Engländer A, Grundkurs StPO, 8. neu bearbeitete Aufl., 2013.

Wolf T, “Scheinerinnerungen und „false memory“ – aktuelle rechtliche Fragen an die Aussagepsychologie”, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, 2019, Volume 13, (s.136-141).

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, 2018.

Yıldız A. K, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002.

Younger I, “Three Essays on Character and Credibility Under the Federal Rules”, Hofstra Law Review, 1976, Vol. 5, Issue 1, 1976, (s.7-14).

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, Vedat, 2005.

Zipf H, Strafprozeßrecht, zweite, neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 1977.

SORUŞTURMA ORGANLARI HESABINA HAREKET EDEN ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNİN KAMU MAKAMLARINA ATFEDİLEBİLİRLİĞİ – İFADE ALMADA YASAK USUL OLAN “ALDATMA” ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

Reşit KARAASLAN*

ÖZ

Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde ifade alma ve sorguda yasak usuller sayılmış; bu tür usullerle elde edilen ifadelerin rıza verilmiş olsa dahi delil olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde sayılan yasak usullerin birçoğunun ne anlama geldiği ve içeriğinin nasıl doldurulması gerektiği kendiliğinden anlaşılmaqla birlikte, aynı hususun aldatma için söylenemeyeceği açıktır. Zira maddede geöen aldatma kötü davranma, işkence, ilaç verme, cebir ve tehditte bulunma gibi diğer yasak usullerden farklı olarak insan onurunun mutlak ve açık ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca kolluğun başvurduğu her türlü hilenin aldatma kabul edilmesi halinde soruşturma organlarının hareket edemez hale geleceği ortadadır. Dolayısıyla yasak usul olarak aldatmanın ne anlama geldiği belirlenmelidir. İncelenmesi gereken diğer bir husus ise özel kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin ne zaman ifade alma olarak kabul edileceği ve bu rol değişiminin hangi durumlarda CMK m. 148 bağlamında “aldatma” olarak değerlendirileceğidir.

***Anahtar Kelimeler:** İfade alma, yasak usul, aldatma, özgür iradeyi sakatlayan aldatma, özel kişilerce elde edilen delil, soruşturmada tuzadığa düşürme yaŐadı*

“DECEPTION” AS A PROCEDURE FORBIDDEN DURING INTERROGATION AND NATURAL PERSONS’ ACTING ON BEHALF OF LAW ENFORCEMENT OFFICERS

Abstract

Procedures forbidden during the interview and interrogation are listed in the Article no. 148 of Criminal Procedure Code; and it is outlined that the statements based on such procedures cannot be accepted as evidence even if those are given out

* **Dr. ÖĞr. Üyesi**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı/ ESKİŞEHİR, **e-posta:** resitkaraaslan@anadolu.edu.tr

ORCID : 0000-0003-2931-4284.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933603

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 31/03/2021

of the suspect's free will. While it could be understood what most of these forbidden procedures mean and what they include, we cannot note the same thing for deception. Because unlike misconduct, torture, administering medicines or drugs, physical coercion and threatening, deception is not considered as absolute and clear violation of human dignity and it has been considered that investigating officers would be incapacitated in the event that all kinds of tricks the law enforcement officers practice are considered as deception. Therefore, what the deception as forbidden procedure means, should be defined. Another issue that needs investigating is when individuals' acting on behalf of and in the name of law enforcement officers will be considered as interrogation and in what cases this role reversal will be considered as deception in terms of the Article no. 148 of Criminal Procedure Code.

Keywords: *Interrogation, forbidden procedure, deception, deception that damages the free will, evidence got by natural persons, prohibition of the trap in the investigation*

GİRİŞ

Şüphe ile başlayan ve şüphenin yenilmesi ile tamamlanan ceza muhakemesi yürüyüşünde¹, şüpheli (CMK m. 2/1-a) ve sanığın (CMK m. 2/1-b) sıradan herhangi bir obje olmadığı, bilakis bu kişilerin şüphenin yenilmesi hususunda önemli roller üstlenen süje² oldukları tartışmasızdır. Bu kişiler, susma haklarını kullanmadıkları sürece³ “açıklama yapma özgürlüğü⁴”

¹ Ceza muhakemesinin yürüyüşü hakkında bakınız Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Nisan Kitabevi, 3. Baskı, Eskişehir, 2019, s. 55 vd.; Cumhur Şahin/Neslihan Gök-türk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2020, s. 43 vd.

² Süje olarak şüpheli ve sanık hakkında genel açıklamalar için bakınız Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 174 vd.; Karakehya, s. 126 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 217 vd., 559; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2020, s. 226 vd.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 187 vd.

³ Werner Beulke, Strafprozessrecht, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 13. Auflage, 2016, kn. 125; Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch, Verlag C.H. Beck, 29. Auflage, München, 2017, § 25 kn. 31 vd.; daha detaylı açıklamalar için Philipp Rau, Schweigen als Indiz der Schuld, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, s. 31 vd.

⁴ Alman öğretisinde “*Aussagefreiheit*” olarak adlandırılan bu özgürlüğün çıkış noktasının ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan “*kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi*” yani “*nemo tenetur ilkesi*” olduğu kabul edilmektedir, Sabine Gleß, Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Ge-

çerçevesinde, soruşturma (CMK m. 2/1-e) ve kovuşturma (CMK m. 2/1-f) aşamasında kolluk görevlilerine, Cumhuriyet savcılarına, hâkimlere veya mahkemelere yaptıkları açıklamalar ile maddi gerçeğin bulunmasına yardımcı olabilirler veyahut soruşturma ve kovuşturma makamlarının maddi gerçeğe ulaşmasını engellemeye çalışabilirler⁵. Zira şüpheli ve sanık kendi kaderini kendisi tayin edebilen bir süje olarak kendi özgür iradesine dayanan beyanları ile açıklama yapıp yapmamaya karar verebilecek durumdadır⁶.

Kanun koyucu da şüpheli veya sanığın kendi kaderini tayin edebilmesini sağlayacak mekanizmayı kurmak, korumak ve devamlılığını sağlamak için CMK'da bazı özel düzenlemelere yer vermiştir. Gerçekten de kanun koyucu bir taraftan zorla dahi kişilerin ifadesinin alınmasının veya sorguya çekilmesinin normatif dayanağını ortaya koymuş (CMK m. 145, 146); diğer taraftan ise kamu gücüyle karşı karşıya gelen şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde uyulması gereken hususları belirtmiştir (CMK m. 147, § 136 StPO). Bununla yetinmeyen kanun koyucu şüphelinin ve sanığın beyanının özgür iradeye dayanması gerektiğinin altını çizdikten sonra, bunu engelleyici kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi müdahalelerin yapılmasını kesin bir dille yasaklamış; yasak usullerle elde edilen delillerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir (CMK m. 148, § 136a StPO). Hatta kanun koyucu bununla da kalmayıp, hükmün yasak yöntemlerle elde edilen delillere dayanmasını, hukuka kesin aykırılık olarak kabul etmiştir (CMK m. 289/1-i).

Şüpheli ve sanık hakları ile kamunun yürütülmekte olan bir soruşturma veya kovuşturmanın tamamlanması hususundaki menfaatini dengelemeye yönelik bu düzenlemelerin⁷ CMK'da bulunmasının amacı, ceza muhakemesinin

richtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 4. Band, Teilband 1 - §§ 112-136a, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2019, § 136 kn. 27; “açıklama yapma özgürlüğü” hakkında Türk ve Alman Hukuku karşılaştırmalı detaylı bir çalışma için bakınız Mehmet Arslan, Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung, Duncker&Humblot, Berlin, 2015, s. 15 vd., 195 vd., 390 vd., 561 vd.

⁵ “Yalan söyleme hakkı” hakkında detaylı açıklamalar için Jens Tobias Gruber, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008, s. 23 vd.

⁶ Kıyaslayınız Serkan Meraklı, “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri”, in: Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1575 vd.

⁷ Kıyaslayınız Cumhuriyet Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1994, s. 99 vd.

amacı olan “maddi gerçeğe ulaşma” ile “her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşma çabasının kabul edilmezliği” arasındaki ilişkinin⁸ Kanuna yansıtılmasıdır⁹.

Bu bağlamda kanun koyucunun özellikle CMK m. 148’e özel bir anlam yüklediğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Zira bu madde, ceza muhakemesi alanında hukuk devletine verilen en önemli görev olan insan onurunu koruma ve onu güvence altına alma yükümlülüğünün normatif düzenlemelerdeki karşılığıdır¹⁰. Bu düşüncenin CMK m. 148’de yasak usul olarak belirtilen kötü davranma, işkence, ilaç verme, cebir ve tehditte bulunma gibi usuller açısından geçerli olduğu tartışmasızdır¹¹. Buna karşın yasak usul aldatmadan bahsedildiği an, hukuk uygulayıcısının ikileme düşme ihtimalinin hiç de azımsanmayacak ölçüde yüksek olduğu bilinmektedir¹². Zira “aldatma” diğer yasak usullerden farklı olarak insan onurunun mutlak ve açık ihlali olarak değerlendirilmemektedir¹³. Keza kolluğun başvurduğu her türlü hilenin “aldatma” kabul edilmesi halinde soruşturma organlarının hareket edemez hale geleceği kabul edilmektedir¹⁴.

Dolayısıyla yasak usul olarak aldatmadan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. İşte bu, çalışmanın amacıdır. Çalışmada ilk önce nelerin şüphelinin özgür iradesini sakatlayan ve dolayısıyla yasaklanan “aldatma”, nelerin ise “izin verilen trik/kriminalistik hile¹⁵” olarak kabul edileceği

⁸ Kıyaslayımız Centel/Zafer, s. 6 vd.; Karakehya, s. 6 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 41 vd.; Bahri Öztürk (Ed.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 31; Ünver/Hakeri, s. 45 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 79 vd.

⁹ Klaus Volk, Grundkurs StPO, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage, München, 2008, § 9 kn. 13.

¹⁰ Gleß, § 136a kn. 1, 3.

¹¹ Gleß, § 136a kn. 39.

¹² Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, Verlag C.H.Beck, 6. Auflage, München, 2008, kn. 654; Klaus Rogall, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, §§ 94-136a, 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2010, § 136a kn. 56; Şahin, s. 200.

¹³ Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung, Verlag C. H. Beck, 62. Auflage, München, 2019, § 136a kn. 12.

¹⁴ Gleß, § 136a kn. 39.

¹⁵ Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir, 1996, s. 289; Gleß, § 136a kn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 15; Rogall, § 136a kn. 56; Jan Schuhr, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band I, §§ 1-150, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, München, 2014, § 136a kn. 40.

tartışılacaktır¹⁶. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ise “izin verilen trik/kriminalistik hile” noktasında kendine has bir yer teşkil eden ve yasak usul olan aldatma çerçevesinde bugüne kadar özellikle Alman Hukukunda tartışmaları beraberinde getirmiş özel bir sorun ele alınacaktır. Özel kişilerin¹⁷ kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin, şüpheli ile temasa geçip delil elde etmesinin veya en azından bu yönde teşebbüste bulunmasının ne zaman ifade alma (CMK m. 147, § 136 StPO) olarak değerlendirileceği ve bu rol değişiminin hangi durumlarda CMK m. 148 (§ 136a StPO) bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceği incelenecektir.

I. KAVRAM OLARAK “ALDATMA”

A. Aldatma Kavramının Altında Yatan Hukuki Düşünce

İfade alanın gerçeği tahrif ederek veya gizleyerek ya da gerçek olmayan hususları gerçekmiş gibi takdim ederek, şüphelinin özgür iradesini ortadan kaldıran veya özgür iradesine zarar veren ve böylece de meram anlatma hakkı, kendini itham etmeme hakkı, susma hakkı gibi ceza muhakemesine hâkim birçok ilkeyi ihlal ederek son tahlilde adil yargılanma hakkını zedeleyen her

¹⁶ Çalışmada kolluk görevlilerinden bahsedilerek yasak usul olan aldatma kavramının soruşturma aşaması ile sınırlandırılması haklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Zira delil yasaklarının genellikle kolluk görevlilerinin hatalı eylemleri çerçevesinde tartışılan bir husus olduğu aşikârdır. Ancak pek tabii ki hâkim veya mahkeme tarafından yapılan sorguda da şüpheli veya sanığın aldatılması mümkündür. Bu şekilde bir olay gerçekten de yaşanmıştır. (A) kendisinin işlediği iddia olunan bir suç nedeniyle yürütülen kovuşturmada sanık ve başka bir kovuşturmada da tanık sıfatına sahiptir. Tanık olarak dinlendiği mahkemede (A) açıklama yapmak istemediğini, zira yapacağı açıklamaların kendi aleyhine de olabileceğini belirtir. Bunun üzerine mahkeme başkanı, (A)’nın yargılamasına bakan mahkeme başkanı ile görüştüğünü, bu nedenle “gönül rahatlığı ile konuşabileceğini” belirtir. Bunun üzerine (A) açıklamalar yapar. (A)’nın tanık olarak yaptığı açıklamalar, kendisi hakkında yürütülen kovuşturmada kendi aleyhine kullanılır, detaylar için Volker Galland, “Gleichzeitige Verletzung der §§ 55 und 136a StPO”, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 1991, s. 119. Ancak bu gibi durumların istisna olduğu kabul edilip, çalışma soruşturma aşaması ile sınırlandırılmıştır; zira soruşturma aşamasında kamu makamlarına hesabına hareket eden özel kişilerin varlığı da oldukça uzak bir ihtimaldir.

¹⁷ Bu noktada “resmi sifata sahip olmayan kişi” yerine “özel kişi” kavramının kullanılmış olmasının bilinçli bir tercih olduğu belirtilmelidir. Zira “özel kişinin eylemi” kavramı güvenilebilir kişilerin eylemlerini kapsadığı gibi soruşturmaya gizli olarak katılan bu nedenle ilk etapta resmi sifata sahip olan ancak eylemleri CMK’nın izin verdiği sınırların dışına çıkan bu nedenle hukuken özel kişilerin eylemleri ile aynı şekilde değerlendirilmesi gereken kişilerin de eylemlerini içine alan üst bir ibaredir. Alman Hukukunda da benzer bir tercihin yapıldığı görülmektedir, Sebastian Eckhardt, Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2009, s. 26 vd.; Martina Matula, Private Ermittlungen, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2012, s. 17 vd., 95 vd.: “Privatperson”.

türlü kasıtlı ya da kasıtlı olmayan davranış olarak tanımlanabilecek aldatma¹⁸, yasak ifade alma usulleri arasında sınırları en belirsiz olanı olarak kabul edilmektedir¹⁹. Zira aldatmanın bir hukuk devletinde kabul edilebilir olmadığı tartışmasızdır. Tartışmasız olan bir başka husus ise aldatmanın diğer yasak yöntemlerden farklı olarak insan onuruna mutlak aykırılık oluşturmadığıdır²⁰. Öyleyse aldatma kavramının içeriği öyle bir şekilde doldurulmalıdır ki, bir yandan ifade alma sırasında karşı karşıya gelen ceza muhakemesi süljelerinden güçsüz ve savunmasız olan şüphelinin CMK m. 147’de yer alan hakların eksiksiz bir şekilde kendisine sunulması suretiyle güçlenmesi ve savunma yapabilir konuma geçmesi ve böylece “silahların eşitlenmesi”; diğer taraftan ise soruşturma makamlarının şüpheyi yenme faaliyetlerinin aksamaması sağlanmalıdır²¹. Bu belirlemenin tam da son noktası, yani şüpheyi yenme faaliyeti çerçevesindeki her hilenin aldatma kabul edilmesi halinde, suçun aydınlatılması sürecinde kamu makamlarının işlevselliğinin felce uğramasının ihtimal dâhilinde olması, öğretinin aldatmayı neden dar yorumladığını²² kendiliğinden anlatır niteliktedir. Zira yapılacak olan dar yorum sayesinde, CMK m. 147’de yer alan hakları eksiksiz bir şekilde garanti altına alınan şüphelinin karşısında, bu kez de kanunun kendisine belli başlı noktalarda hile kullanmasına izin verdiği soruşturma makamları yerini alabilecektir. Bu, yani

¹⁸ Kıyaslayınız Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 104; Şahin, s. 203.

¹⁹ Eisenberg, kn. 654; Rogall, § 136a kn. 56; Şahin, s. 200. Aldatmanın sınırının ve içeriğinin belirlenmesinin zor olmasının bir diğer sebebi de ilk etapta aldatma olarak değil de diğer bir yasak usul olarak değerlendirilebilecek bazı durumların, aslında aldatma olarak kabul edilebileceği gerçeğidir. Örneğin CMK m. 148’de sayılan bir diğer yasak usul olan kanuna aykırı bir yarar vaat etme de birçok zaman aldatma olarak kabul edilebilir. Gerçekten de örneğin ifade alanın şüpheliye konuşursa tutuklanmayacağını söylemesi aldatma olarak değerlendirilebilecektir; zira bir kişinin tutuklanma(ma)sı kolluk görevlisinin yetkisi dâhilinde bir konu değildir. Buna karşın ifadeyi alanın kişiye tutuklanmaması için yardımcı olacağını söylemesi veya kanunlarda yer alan etkin pişmanlık gibi usuller hakkında şüphelinin bilgilendirilmesi, kanuna aykırı vaat kabul edilemez. Öyleyse görüldüğü üzere diğer yasak usullerin kapsamında değerlendirilebilecek bazı eylemlerin de bazen aldatma, bazen ise krininalistik hile kabul edilmesi mümkündür, kıyaslayınız Gleß, § 136a kn. 58; Kaymaz, s. 108; Şahin, s. 216.

²⁰ Gleß, § 136a kn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 12.

²¹ Kıyaslayınız Matthias Jahn, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057 vd.; Ralf Krack, “Der Normzweck des § 136a StPO”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSfZ), Yıl 2002, s. 120 vd.

²² Demirbaş, s. 288; Herbert Diemer, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Verlag C.H.Beck, 8. Auflage, München, 2019, § 136a kn. 19; Gleß, § 136a kn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 12; Rogall, § 136a kn. 56.

şüphelinin haklarını garanti altına almak ile soruşturma makamlarının şüphenin yenilmesi hususundaki menfaatlerini dengelemek, aynı zamanda CMK m. 148’de yer alan aldatmanın altında yatan hukuki düşüncüyü de açıklamaktadır: Susma hakkını kullanmadığı sürece, yani istemesi durumunda maddi gerçeğin ortaya çıkması veya çıkmaması için açıklama yapma özgürlüğüne sahip şüphelinin ağzından çıkan her bir kelime kendisinin özgür iradesine dayanması halinde “delil” olarak değerlendirilebilir. Bu delilin “kullanılabilir” olması ise, kolluğun başvurduğu hilenin “aldatma” olmamasına bağlıdır²³.

Ancak kabul etmek gerekir ki, CMK m. 148’de yer alan aldatmanın içeriğinin hangi düşünce ile doldurulması gerektiğini ortaya koymak yeterli değildir. Önemli olan bu unsurun içeriğinin nasıl doldurulması gerektiğini belirlemektir. Bu noktada öğreti zararsız yalan, ince hile gibi muğlak ifadelerin temel alınmasındansa; aldatma sonucu şüpheli veya sanığın özgür iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığı düşüncesinden hareket edilmesinin daha doğru olacağını savunmaktadır²⁴. Ne var ki son tahlilde bu kavramın da yoruma açık olduğu kabul edilmekte ve böylece kavramın içeriği, genellikle kazuistik bir yöntemle belirlenmektedir.

B. Aldatma Kavramının İçeriği

Aldatma kavramının içeriği doldurulurken “aldatmaya konu olabilecek hususlar” ile “aldatmanın işleniş şekli” olmak üzere ikili bir ayırım yapılması uygun olacaktır.

1. Aldatmanın Konusu Olabilecek Hususlar

Aldatma “olaya” veya “hukuki soruna” ilişkin olabilir.

Bugüne kadar ki yargı kararlarına konu olan olayları değerlendiren öğretiyeye göre, olaya ilişkin aldatmaya şu örnekler yol gösterici olacaktır: İfade almanın nedeni olarak şüpheliye bir şahsın ortadan kaybolması bildirilmişken aslında cesedin bulunması nedeniyle soruşturmanın kasten öldürme suçundan dolayı yürütülüyor olması²⁵; gerçekte böyle bir durum olmamasına rağmen şüpheliye, parmak izinin olay yerinde bulunduğuunun

²³ Kıyaslayınız Matthias Jahn, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057 vd.; Krack, s. 120 vd.

²⁴ Demirbaş, s. 289; Şahin, s. 201.

²⁵ BGH, Urteil vom 31-05-1990 - 4 StR 112/90 (BGHSt 37, 52).

söylenmesi²⁶; şüphelinin olayın olduğu saatte başka yerde olduğuna dair sunduğu kanıtların çürütül(e)memesine rağmen, şüpheliye sunduğu alibinin gerçeği yansıtmadığının kesin olarak anlaşıldığının bildirilmesi²⁷; mağdurun herhangi bir hayati tehlikesinin bulunmamasına rağmen şüpheliye mağdurun öldüğünün söylenmesi²⁸; mağdurun ölmesine rağmen şüpheliye mağdurun herhangi bir hayati tehlikesinin bulunmadığının söylenmesi ve böylece olayı basite indirgemek suretiyle ikrar elde etmeye çalışmak²⁹; herhangi bir görgü tanığının olmamasına ya da var olan görgü tanığının herhangi bir kimseyi betimleyememesine rağmen, şüpheliye tanık beyanlarından bahsedilmesi³⁰; suç ortaklarının örneğin şerikin ya da birlikte failin suçu ikrar ettiğinin söylenmesi³¹.

Hukuki soruna ilişkin aldatma hususunda ise şu örnekler yol gösterici olacaktır: Kolluğun şüpheliye kendisinin yalnızca tanık olarak dinlendiğini belirtmesi ve bu sebeple susma hakkının bulunmadığını ve/veya gerçeği söyleme mecburiyeti olduğunu söylemesi³²; kolluğun şüpheliye yapılan konuşmanın teknik anlamda ifade verme olmadığını, yapılanın yalnızca olayın aydınlatılması amacıyla gerçekleştirilen bir ön dinleme, dostane muhabbet olduğunu belirtmesi, ifade vermenin daha sonra gerçekleştirileceğine dair açıklamada bulunması³³; sükût ikrardan gelir denilerek, şüpheliye, susmasının suçluluğuna delil olarak değerlendirileceğinin bildirilmesi³⁴. Hukuki soruna ilişkin aldatmaya verilebilecek başka örnekler de mevcuttur: Şüpheliye yurtdışında işlenen eylemlerin yurtiçinde hiçbir şekilde cezalandırılmadığının açıklanması ve bu nedenle korkusuz bir şekilde beyanda bulunabileceğinin söylenmesi³⁵; karşılığında hapis cezası da öngörülen bir eylem için, itham

²⁶ Eisenberg, kn. 656.

²⁷ Eisenberg, kn. 656.

²⁸ Eisenberg, kn. 656.

²⁹ Eisenberg, kn. 656.

³⁰ Gleß, § 136a kn. 40; Şahin, s. 204.

³¹ Gleß, § 136a kn. 40; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 246; Şahin, s. 204. İfade alanın amacına ilişkin aldatmaya ise örnek olarak, kolluk görevlilerinin şüpheliye kendi amaçlarının verilen ifadede şüphelinin aleyhine sonuç doğuracak bir çıkarım olmadığı izlenimi uyandırması verilebilir, Gleß, § 136a kn. 40; Rogall, § 136a kn. 62; Şahin, s. 205.

³² Eisenberg, kn. 658; Şahin, s. 203.

³³ Gleß, § 136a kn. 40; Rogall, § 136a kn. 62.

³⁴ Eisenberg, kn. 658; Şahin, s. 203.

³⁵ Eisenberg, kn. 658.

konusu suçun yalnızca para cezası ile cezalandırıldığıının açıklanması³⁶; 18 yaşından küçüklerin hiçbir şekilde cezalandırılmadığının belirtilmesi³⁷; işlenen suçun açıkça zamanaşımına uğramamasına rağmen, itham konusu suçun zamanaşımına uğradığının açıklanması, yapılacak açıklamaların bu nedenle yalnızca dosyanın kapatılması için formalite olduğunun söylenmesi³⁸; ikrarın mutlaka ve her zaman cezayı hafifletici bir sebep olarak nazara alınacağıının açıklanması³⁹.

2. Aldatmanın İşleniş Şekli

(1) Tartışmasız olan husus, bilerek ve istenerek yapılan ve objektif olarak yanlış olan açıklamaların ve/veya yönlendirmelerin her halükârda aldatma olduğudur. Bu noktada aldatmanın konusu olabilecek hususlar arasında da bir ayırım yapılmamaktadır, diğer bir ifadeyle aldatmanın hukuki ya da fiili duruma ilişkin olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁰. Öğreti bu noktada bir adım daha ileri gitmekte ve aldatmanın mutlaka sözle yapılmasının gerekmediğini belirtmektedir. Öğretiye göre belli başlı davranışlar da bu kategori altında değerlendirilmelidir. Bu duruma örnek olarak da kolluğun suçta kullanılan silahı bulamadığı olayda, kullanılan silahın teknik özellikleri ile aynı başka bir silahı şüphelinin önüne koyarak, şüpheliye olayda kullanılan silahın bulunduğu izlenimini vermesi gösterilmektedir⁴¹.

(2) Buna karşın aldatmanın bilerek ve istenerek yapılmadığı, kolluğun şüphelide dikkatsizlik, yanlışlık sonucu yani taksirle sebep olduğu hataların aldatma kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır⁴².

Baskın görüşe göre taksirle sebep olunan aldatma, CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilemez⁴³. Zira CMK m. 148'de geçen aldatmanın maddi ceza hukukundaki karşılığı dolandırıcılık suçundaki aldatmadır. Tıpkı orada

³⁶ Gleß, § 136a kn. 40; Eisenberg, kn. 658; Şahin, s. 203.

³⁷ Eisenberg, kn. 658.

³⁸ Eisenberg, kn. 658.

³⁹ Gleß, § 136a kn. 40; Şahin, s. 204.

⁴⁰ Şahin, s. 207.

⁴¹ Gleß, § 136a kn. 41.

⁴² Demirbaş, s. 291.

⁴³ BGH, Beschluss vom 07-06-1983 - 5 StR 409/81 (BGHSt 31, 395); BGH, Urteil vom 24.08.1988 - 3 StR 129/88 (BGHSt 35, 328); BGH, Urteil vom 17.11.1989 - 2 StR 418/89 (NSTZ 1990, 195); Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 13; Rogall, § 136a kn. 59.

olduğu gibi şekli ceza hukukunda da aldatma belli bir amaca yönelmiş belli bir gaiye ulaşmak için ortaya konulmuş bir oyundur. Taksirle dolandırıcılıktan bahsetmek mümkün olmadığına göre, yanlışlıkla neden olunan aldatmadan da bahsetmek olanaksızdır⁴⁴.

Buna karşın haklı olarak savunulan diğer bir görüşe göre ise, maddi ceza hukuku ile şekli ceza hukuku arasında bir bağlantı kurmak hatalıdır. Aldatma unsurunun içeriği yalnızca CMK m. 148'in altında yatan hukuki düşünce ile açıklanmalıdır⁴⁵. Bu görüşün sonucu olarak da ifade alan kişinin bilgisizliğinden, dikkatsizliğinden, somut olayı kendinden kaynaklanan nedenlerle yanlış yorumlamasından dolayı yaptığı ve bu nedenle şüphelinin özgür iradesini sakatlayan açıklamaların da aldatma olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada aldatmanın konusu olabilecek hususlar arasında da bir ayırım yapılmamaktadır, diğer bir ifadeyle aldatmanın hukuki ya da fiili duruma ilişkin olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁶. Dolayısıyla örneğin karşılığında hapis cezası da öngörülen bir eylem için, itham konusu suçun yalnızca para cezası ile cezalandırıldığına açıklanması, ifade alanın kötü niyetli olup olmamasından tamamen bağımsız olarak aldatma kabul edilmelidir. Keza örneğin ifade devam ederken gelen bir bilgiyi kolluk görevlisinin yanlış yorumlaması ve mağdur ile diğer failin ismini karıştırması sonucu, şüpheliye diğer suç ortağının yakalandığını söylemesi durumunda da CMK m. 148 anlamında aldatma mevcuttur⁴⁷.

(3) Aldatmanın hukuki ya da fiili duruma ilişkin bazı bilgilerin saklanması veya açıklanmaması suretiyle de işlenebileceği genel olarak kabul görmektedir. Ancak öğretiyi haklı olarak iki hususun dikkatten kaçırılmaması gerektiğini ifade etmektedir: Bunlardan birincisi CMK m. 148 hükmünün izin verilen trik/kriminalistik hile olarak da adlandırılan sorgu tekniklerini yasaklamadığıdır.

⁴⁴ Rogall, § 136a kn. 59.

⁴⁵ Demirbaş, s. 291; Eisenberg, kn. 664a; Gleß, § 136a kn. 49 vd.; Şahin, s. 207. Bu görüşü savunan yazarlara göre maddi ceza hukuku ile şekli ceza hukuku arasında bir bağlantı kurmak hatalıdır; zira TCK m. 157'de yer alan aldatma unsuru ile netice haksızlığı yasaklanmaktadır. Buna karşın CMK m. 148'de yer alan aldatma yasağının amacı, şüphelinin özgür iradesinin sakatlanmasının önlenmesidir. Öyleyse CMK m. 148'de yer alan aldatma ile TCK m. 157'den farklı olarak netice değil, özgür iradeyi sakatlayan eylemlerin engellenmesi amaçlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle yasaklanan şey, hareketin haksızlığıdır. Dolayısıyla CMK m. 148 anlamında aldatmanın kasten veya taksirle meydana getirilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır, bakınız Eisenberg, kn. 664a.

⁴⁶ Gleß, § 136a kn. 49 vd.; Eisenberg, kn. 664a; Kaymaz, s. 106.

⁴⁷ Şahin, s. 207.

İkincisi ise CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsedilebilmesi için hilenin varlığının tak başına yeterli olmadığıdır; aldatma şüphelinin özgür iradesi üzerinde de etkili olmalıdır⁴⁸. Diğer bir ifadeyle öğretiyeye göre şüphelinin irade hürriyeti üzerinde hiçbir etki doğurmayan hileli davranış, sırf hileli olduğu için hukuka aykırı kabul edilmemektedir⁴⁹.

Bilginin saklanması suretiyle aldatma unsuruna bu şekilde yaklaşıldığı zaman, ortaya çıkan tablo şu şekilde özetlenebilir: CMK m. 147 ile soruşturma makamlarına yüklenen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumlarda otomatikman CMK m. 148 bağlamında aldatmadan bahsetmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Ne zaman ki CMK m. 147’de yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucu şüphelinin özgür iradesi sakatlanmıştır, bu durumda yasak usul sonucu elde edilmiş bir delilin varlığından bahsedilebilecektir. Bu, örneğin şüphelinin müdafî yardımından yararlanma hakkının açıklanmaması veya susma hakkının olduğunun şüpheliye bildirilmemesi durumlarında mevcuttur⁵⁰.

Her aldatmanın özgür iradeyi sakatlayan aldatma olmadığı hususu fiili duruma ilişkin bazı bilgilerin saklanması veya açıklanmaması hali için de geçerlidir. Buna göre soruşturma makamı tabiri caizse “elindeki tüm kartları masaya sermek” zorunda değildir⁵¹. Zira kolluğun şüpheliye hangi bilgilere sahip olduğunu açıklamak veya açıklamamak suretiyle ifade almayı yönlendirmeye çalışması tamamen ifade alma tekniğini ilgilendiren bir durumdur⁵² ve CMK m. 148 böylesi kriminalistik hileyi yasaklamak amacı gütmemektedir. İfade almanın amacı, şüpheliye kendisine yüklenen suçun anlatılması ve şüphelinin bu iddiaya yanıt vermesidir; yoksa soruşturma makamlarının suç hakkında elde ettikleri tüm bilgiyi şüpheliye aktarması değildir. Öyleyse kolluk görevlisi şüpheliye gerçek dışı bir şey söyleyemese de tüm gerçeği de aktarmak zorunda değildir; kolluk görevlisi şüphelinin söylediklerinin doğru olup olmadığını kontrol etmek amacıyla sahip olduğu bazı bilgileri şüpheliye aktarmayabilir⁵³. Bu bağlamda örneğin suçta kullanılan

⁴⁸ Gleß, § 136a kn. 42 vd.

⁴⁹ Şahin, s. 204.

⁵⁰ BGH, Beschluss vom 19. 10. 2005 - 1 StR 117/05 (NSTZ-RR 2006, 181).

⁵¹ Kaymaz, s. 106.

⁵² İfade alma/sorguya çekme taktikleri hakkında detaylı açıklamalar için Öztürk (Ed.), s. 374 vd.

⁵³ Gleß, § 136a kn. 43; Şahin, s. 204 vd.

silahın bulunduğunu kolluk görevlisi şüpheliye söylemek zorunda değildir; zira CMK m. 148 ile yasaklanan husus bulunmadığı halde silahın bulunduğu şeklindeki ifadelerle şüphelinin özgür iradesinin sakatlanmasıdır.

(4) Aldatmanın işleniş şekli hususunda üzerinde tartışılan diğer bir husus ise, soruşturma makamlarının şüphelide var olan hatadan yararlanması halidir. Diğer bir ifadeyle soruşturma makamlarının aktif bir davranışla şüpheliyi hataya düşürmeleri durumunda, diğer şartların da varlığı halinde, CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsetmek hususunda herhangi bir duraksama yaşamaya gerek bulunmamaktadır⁵⁴. Buna karşın soruşturma makamlarının şüphelide hali hazırda var olan bir hatayı kullanmasının, soruşturma makamlarının kendisinin sebep olmadığı şüphelideki bir hatadan faydalanmasının CMK m. 148 anlamında aldatma olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceği hususunda bazı noktalara dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira ifade alma soruşturma makamları ile şüphelinin karşı karşıya geldiği ve birbirleri ile iletişime geçtikleri bir zaman dilimidir. İletişimin olduğu her yerde taraflardan birinin iletişim konusu hakkında hataya sahip olması ve diğer tarafın da kendisinin sebep olmadığı bu hatadan faydalanması, kendi lehine kullanması hukukun cevaz verdiği bir durumdur. Kanun koyucu iletişimde bulunan taraflardan birinde var olan hatayı karşı tarafın kullanmasını engellemek istediği zaman, bunu açıkça düzenlemek zorundadır⁵⁵.

CMK m. 148’de yer alan aldatma unsuruna da bu şekilde yaklaşmak ve sağlıklı sonuçlar için hukuki ve fiili olay ayırımı yapmak yerinde olacaktır:

CMK m. 147, kanun koyucunun iletişime geçen taraflardan birini koruma altına aldığı normlara örnektir. Dolayısıyla şüphelide var olan hukuki olaya ilişkin bir hata söz konusu olduğunda, soruşturma makamları bu hatayı düzeltmekle yükümlüdürler. Zira bir hukuk devletinde soruşturma makamları ile karşı karşıya geldiklerinde kişiler, CMK m. 147’de yer alan aydınlatma yükümlülüğünün ceza adalet sistemine katılan makamlarca güvence altına alındığına dair haklı güven duyarlar. Bu nedenle örneğin bir şüphelinin kendisine baro tarafından bir müdafî atanacağını bilmemesi sebebiyle müdafî istemediğini söylemesi durumunda, kolluk görevlisi şüphelide var olan bu hatayı düzeltmekle yükümlüdür⁵⁶. Hatta öğretî CMK m. 147/1-b’de yer alan şüpheliye “*yüklenen suç anlatılır*” ifadesinden dolayı, işlenen suçla ilişkin

⁵⁴ Eisenberg, kn. 669.

⁵⁵ Kıyaslayımız Gleß, § 136a kn. 1, 3, 46 vd.

⁵⁶ Şahin, s. 206.

şüphelide var olan hukuki hatanın da düzeltilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna örnek olarak da etkin pişmanlık gibi kanun koyucunun o suça ilişkin lehte bazı düzenlemeler yaptığını düşünen şüphelinin sırf bu hatadan dolayı açıklama yapmaya hazır olduğu durumlar gösterilmektedir⁵⁷.

Tamamen farklı değerlendirilmesi gereken husus ise şüphelide var olan fiili olaya ilişkin hatanın soruşturma makamlarınca kullanılmasıdır; zira ceza adaletine katılan kamu organlarının var olan fiili hatayı düzeltmesini emreden bir normun var olmaması karşısında bu makamların şüphelide var olan hatayı kullanmaları yasak usul olarak değerlendirilemez. Buna örnek olarak şüphelinin belirli delillerin zaten bulunmuş olduğuna dair hatası zikredilebilir⁵⁸. Bu noktada öğretinin haklı olarak ortaya koyduğu tek sınır, kolluğun var olan hatayı herhangi bir biçimde kuvvetlendirmesi diğer bir ifadeyle hatayı derinleştirmesidir. Böylesi bir durum mevcut ise, şüphelide var olan hata kullanılamaz⁵⁹.

Mevcut olan hatanın kullanılması ile mevcut olan hatanın derinleştirilmesi arasındaki sınırın her zaman kolay çizilemediği de bir gerçektir. Örneğin suç işlerken filme alındığını düşünen şüpheli kolluk görevlisine dönerek hiçbir şansı kalmadığını söylemiştir. Bunun üzerine kolluk görevlisi yalnızca kafa sallamıştır. Yukarıda belirtilen genel kurallar çerçevesinde bu durumda var olan hatanın izin verilen ölçüde kullanıldığı kabul edilebilir. Buna karşın aynı örnekte kolluk görevlisi sadece kafa sallamasa, ayrıca bir de şüphelinin sözlerini açıkça teyit etse, bu durumda var olan bir hatanın derinleştirilmesi söz konusu olacağından, CMK m. 148 anlamında aldatmanın var olduğu kabul edilmelidir⁶⁰.

(5) Bu başlık altında üzerinde durulması gereken son husus imalı soru, çift anlamlı soru, telkin edici soru gibi isimlerle adlandırılabilen, soru sorulan kişiyi belli bir tarafa yönlendirmeyi amaçlayan (evet-hayır sorularında olduğu gibi) yahut lafız ve kapsam bakımından belirli bir cevabı gerektiren veya kesin olmayan ve hatta olup olmadığı dahi belli olmayan bir olguyu, kesinmişçesine veyahut olmuşçasına kabul ederek formüle edilen sorulardır. Bu tip sorulara çeşitli örnekler vermek mümkündür: Olay yerinde olmadığını

⁵⁷ Kıyaslayımız Gleß, § 136a kn. 47.

⁵⁸ Eisenberg, kn. 669.

⁵⁹ Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 17.

⁶⁰ Kıyaslayımız Eisenberg, kn. 669.

söyleyen şüpheliye “olay yerini neden terk ettiniz?”⁶¹; olay yerinde kimseyi görmediğini söyleyen kişiye, “söz konusu kişiyi herhalde akşam saatlerinde olay yerinde gördünüz?”⁶²; banka soygununu tek olarak işlediğini söyleyen kişiye “suç ortağın ne tür bir arabayla kaçtı?”⁶³ veyahut “Ahmet’le hırsızlık yaptın değil mi?”⁶⁴ diye sorulması; meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğini söyleyen kişiye “şahsa vurduğunuzu kabul ediyorsunuz o zaman”⁶⁵; şahısla uzun bir zamandır görüşmediğini söyleyen kişiye, yalnızca birkaç gün önce oynanan bir maça atfen “o zaman en son Türkiye – Sırbistan maçı olduğu akşam beraberiniz”⁶⁶ denmesi.

Gerek “kolluk karşısındaki kişinin doğru söyleyip söylemediğini bu tip sorularla anlayabilir, dolayısıyla bu tip sorular her halükârda caizdir” diyen görüş⁶⁷ gerekse de “bir hukuk devletinde hiç kimse gafil avlanmamalıdır, dolayısıyla bu tip sorulara hiçbir zaman cevaz verilmemelidir” diyen görüş⁶⁸, CMK m. 148’in altında yatan hukuki düşünce ile yani şüphelinin haklarının korunması ile kamunun suçların aydınlatılması hususundaki menfaatinin dengelenmesi ile bağdaşmamaktadır⁶⁹. Daha önce belirtildiği üzere CMK m. 148 her türlü hileyi değil, yalnızca şüphelinin özgür iradesini sakatlayan hileyi aldatma olarak kabul etmektedir. Buna karşın yukarıda verilen örneklerde istisnasız şekilde özgür iradeyi sakatlayan bir aldatmanın mevcut olduğunu söylemek zordur⁷⁰. Örneğin olay yerinde olmadığını söyleyen şüpheliye “olay yerini neden terk ettiniz?” diye sormak, şüphelinin özgür iradesini sakatlamamakta, yalnızca bu kişinin doğru söyleyip söylemediğini kontrol etmeye yardımcı olmaktadır. Keza kolluğun meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğini söyleyen kişiye “şahsa vurduğunuzu kabul ediyorsunuz

⁶¹ Kıyaslayınız Karsten Gaede, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, §§ 151-332, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, München, 2016, § 241 kn. 22.

⁶² Eisenberg, kn. 589 dn. 58.

⁶³ Volker Prasch, Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten, Köln, 2002 <<https://kups.ub.uni-koeln.de/1009>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021, s. 225.

⁶⁴ Kaymaz, s. 108.

⁶⁵ Kıyaslayınız Eisenberg, kn. 672.

⁶⁶ Kıyaslayınız Prasch, s. 231.

⁶⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 25.

⁶⁸ Prasch, s. 224 vd.

⁶⁹ Eisenberg, kn. 672; Gleß, § 136a kn. 51; Şahin, s. 208.

⁷⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki şüphelinin veya sanığın çocuk olması gibi özel durumlarda farklı düşünmek uygun olabilir, Şahin, s. 208.

o zaman” demesi, otomatikman kolluğun önyargılı olduğu ve bu nedenle şüphelinin ne derse desin meramını anlatmakta başarısız olacağı anlamına gelmemelidir. İfade almadaki somut duruma bağlı olarak kolluğun bu sorusu, şüphelinin mağdura vurup vurmadığını kontrol etmeye yönelik sıradan bir soru olarak da algılanabilir. Buna karşın, meşru savunmadan bahsetmenin mümkün olmadığı bir olayda kolluğun şüpheliye “meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğiniz belli olmasına rağmen, siz hala mağdura vurduğunuzu ikrar etmiyor musunuz?” diye sorması farklı değerlendirilmelidir⁷¹.

II. SORUŞTURMA MAKAMLARI HESABINA HAREKET EDEN ÖZEL KİŞİLERCE ELDE EDİLEN DELİL

A. SORUNA GENEL BAKIŞ

Şu ana kadar yapılan açıklamalar, şüphelinin, karşısındaki kişinin kamunun ajanı olduğu hususunda tam bir bilince sahip olduğu durumlarda, diğer bir ifadeyle soruşturma makamları adına hareket ettiği her halinden anlaşılan kişi ile şüphelinin karşı karşıya geldiği durumlarda CMK m. 148 anlamında aldatmadan ne anlaşılması gerektiğini ve aldatmanın işleniş şekillerinin neler olduğunu ortaya koymuştur.

Ancak şüphelinin karşısındaki kişinin, soruşturma makamları adına hareket eden resmi sığata sahip bir kişi olmaması da mümkündür. Keza resmi sığata sahip kişinin bu sıfatını açıkça belli etmeden şüpheliyle iletişime geçerek delil elde etmeye çalışması da olasıdır. Diğer bir ifadeyle şüphelinin, kendisiyle iletişime geçen kişinin soruşturma makamları ad ve hesabına hareket ettiğini bilmemesi ve bu bilgisizliği sırasında kendi aleyhine beyanda bulunması ihtimal dâhilindedir. Böylesi bir ihtimalde soruşturma makamları ad ve hesabına hareket ettiği açıkça anlaşılmayan kişinin eyleminin CMK m. 148 anlamında aldatma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenmesi gereken önemli bir husustur.

Etrafıca açıklamaları hak eden bu sorun, bir taraftan özel kişilerce delil elde edilen olaylara diğer taraftan da gizli koruma tedbirleri kapsamında kimliğini saklayan kolluk görevlisi ile şüphelinin bir araya geldiği olaylara

⁷¹ Eisenberg, kn. 672. Öğretide aldatmanın işleniş şekli olarak incelenen bir başka husus ise ifade alma sırasında gizli ses-görüntü kaydı alınmasıdır. Kabul gören görüşe göre şüpheliye hiçbir bilgi vermeksizin veya herhangi bir kaydın olmayacağına dair güvence verilmesine rağmen (off-record/kayıt dışı konuşma) ifade alma sırasındaki beyanın kayda alınması aldatma olarak kabul edilmelidir, Gleß, § 136a kn. 52; Şahin, s. 208 vd.; ayrıca bakınız CMK m. 147/1-h.

benzemektedir. Ancak bu yakın ilişki, bu alanlarda ortaya konan genel ilkelerin olduğu gibi şüphelinin iletişime geçtiği kişinin soruşturma makamları ad ve hesabına hareket ettiği olaylara aktarılabilmesi anlamına gelmemektedir. Zira özel kişilerin delil elde etmeye yönelik girişimde bulunmalarını yasaklayan bir normun bulunmaması ve bu nedenle bu tür eylemlerin caiz olması⁷² ile özel kişilerin delil elde etmeye çalışırken yapmış oldukları eylemlerin soruşturma makamlarına isnat edilip edilmeyeceği meselesi⁷³ birbirleriyle karıştırılmaması gereken iki ayrı husustur. Keza gizli koruma tedbirlerinin aldatma üzerine kurulmuş bir yapı olduğu inkâr edilemese de bu aldatma bizzat kanun koyucu tarafından öngörülmüş ve delile ulaşmak için hukuka uygun addedilmiş bir yoldur. Bizzat kanun koyucunun cevaz verdiği bir yöntemin, öngörülen kuralların dışına çıkılmadığı sürece, yasak usul olarak değerlendirilemeyeceği izahtan varestedir.

Öyleyse birbiri ile karıştırılmaması gereken üç ihtimal, konunun daha rahat anlaşılabilmesi için net şekilde ortaya konulmalıdır:

(1) Şüpheli ile iletişime geçen ve delil etme amacıyla hareket ettiğini saklayan kişi, yalnızca kendi ad ve hesabına hareket edebilir. Bu ihtimal bugüne kadar Yargıtay kararlarına⁷⁴ konu olan ve Türk Hukukunda “özel kişilerce elde edilen delillerin akıbeti” başlığı altında tartışılan tek olay grubu olarak dikkat çekmektedir⁷⁵. Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda yetkili mercilerce

⁷² Gunhild Godenzi, *Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, Yıl 2008, s. 503 vd.; Hannah Stoffer, *Wie viel Privatisierung verträgt das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, s. 142 vd.

⁷³ Godenzi, s. 503 vd.; Stoffer, s. 217 vd., 263 vd., 321 vd., 358 vd., 426 vd.

⁷⁴ YCGK, E. 2012/5-1270, K. 2013/248, T. 21.5.2013; YCGK, E. 2010/5-187, K. 2011/131, T. 21.6.2011.

⁷⁵ Kıyaslayınız Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 211 vd.; İsa Başbüyük, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Yıl 2017, s. 161 vd. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753614>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021; Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 317 vd.; Ali İhsan Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişimin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)*, Yıl 2011, Sayı 92, s. 31 vd. <<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-668>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021; Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 162 vd.; Yusuf Yaşar, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Yıl 4, Sayı 14, Temmuz 2013, s. 353 vd.

suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde, katılan sanıkla yapmış olduğu görüşmeleri kaydetmiştir. Yargıtay bu şekilde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesini tartışmıştır. Yargıtay'a göre hukuka aykırı elde edilen bir delilin varlığından bahsedilemez. Keza özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlardan birinin oluştuğunun da kabulü mümkün değildir⁷⁶. Yargıtay'ın

⁷⁶ Yarg. 18. CD., 16.05.2017, E. 2015/33931, K. 2017/5905: "Ceza Genel Kurulunun 21.05.2013 tarih ve 2012/5.MD-1270 esas ve 2013/248 Sayılı kararında da belirtildiği üzere, 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri için de yasada öngörülen usuller dairesinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle bir kişinin, bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmeleri ile ortam konuşmalarını kayda alması işleminin 5237 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Çünkü yapılan işlemin anılan madde kapsamında değerlendirilmesi için maddede belirtilen işlemlerin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereklidir. Katılanın sanıkla telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ettiği sırada, sanık hakkında yetkili organlarca başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığından, dolayısıyla 5271 Sayılı CYY'nın 2. maddesinde tanımlanan şüpheli veya sanık kavramlarının konuşmalarını kayıt edildiği aşamada sanık yönünden söz konusu olmaması, 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler hakkında uygulanmasının mümkün bulunması karşısında da, katılan tarafından elde edilen kayıtların 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım tarzı değildir. Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın sanıkla telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 5237 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir. Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 Sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır. Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur. Öğretide, 'Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır' (Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), 'kayıt altına alma' gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, 'kayıtları takip organlarına verme' ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır.

ulaştığı sonucun doğru olup olmadığı bu çalışmada değerlendirilmeyecektir. Zira delil elde etme saikiyle eylemde bulunan özel kişinin hareketi sözlük anlamı itibarıyla aldatma olarak değerlendirilebilecek ise de bu kişi ne kimliğini saklayan bir kamu görevlisi ne de soruşturma makamları ad ve hesabına hareket bir kişidir. Delil toplayan kişi yalnızca kendi ad ve hesabına hareket etmektedir. Bu durumda ifade almadan bahsedilemeyeceğine göre yasak usul olan aldatmadan da bahsetmek olanaksızdır; dolayısıyla da CMK m. 148'in bu başlık altında değerlendirilebilecek eylemlere doğrudan uygulanması söz konusu olamayacaktır⁷⁷.

(2) Bu çalışmanın kapsamı dışında kalması gereken diğer bir konu ise koruma tedbirleri kapsamında hareket eden ve bu nedenle soruşturma makamları adına hareket ettiğini gizleyerek şüpheli ile temasa geçen kamu görevlilerinin eylemleridir.

Bilindiği üzere kişiye yönelik koruma tedbirleri, gözaltına almada, tutuklamada olduğu gibi bazen görünen, derhal fark edilen şekilde gerçekleşmekte bazen ise gizli soruşturma tedbirleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekâlâ delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.” (Erdağ, TBB Dergisi, 2011(92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Katılanın, sanıkla telefonda yaptığı görüşmeleri kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 Sayılı CYY'nin 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hâkim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği tehdit ve hakaret suçlarıyla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kayıtların, yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, katılanın sanıkla telefonda yaptığı görüşmeyi kaydetmek suretiyle elde ettiği hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtların değerlendirilmesi suretiyle sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” (kazancı)

⁷⁷ Bu nedenle gerek delil yasaklarına ilişkin normların herkes için geçerli olduğunu ve bu nedenle özel şahıslarca elde edilen hukuka aykırı delillerin kesinlikle değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş (Ünver/Hakeri, s. 634 vd.) hakkında gerekse de delil yasaklarına ilişkin normların yalnızca soruşturma ve kovuşturma makamlarını muhatap aldığını belirterek özel şahıslarca elde edilen hukuka aykırı delillerin - delil elde edilirken ağır insan hakkı ihlali olması durumu istisna olmak üzere - ceza muhakemesinde kullanılabileceğini haklı olarak savunan görüş (Beatrice Brunhöber, “Privatisierung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess”, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2010, s. 586 vd.; Godenzi, s. 503 vd.; Johannes Kaspar, “Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung”, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2013, s. 210 vd.; Stoffer, s. s. 217 vd., 263 vd., 321 vd., 358 vd., 426 vd.) hakkında değerlendirme yapılmasına bu çalışma kapsamında gerek bulunmamaktadır.

Bu tür tedbirlerden biri de kolluk görevlilerinin kendi kimliklerini saklamak suretiyle soruşturma yapmalarıdır. Gizli olarak soruşturmaya katılan kişi, bazen gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi⁷⁸ bazen ise gizli soruşturmacı⁷⁹ olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Ne var ki gizli olarak soruşturmaya katılan kişinin ne zaman gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi ne zaman ise gizli soruşturmacı olarak kabul edileceği her zaman kolay yanıtlanabilecek bir soru değildir⁸¹. Ancak Yargıtay kararlarına konu olan olaylar ve bunların hukuki değerlendirmeleri göz önünde bulundurulduğunda denilebilir ki örneğin uyuşturucu madde ticareti⁸² konusunda görünüşte satıcı veya alıcı olarak görev

⁷⁸ Kıyaslayınız CMK m. 160, 161. Alman Hukukunda bu kişilere gizlice soruşturan polis memuru (*nicht offen ermitteltnde Polizeibeamte – NoeP*) da denilmektedir, Gottfried Plagemann, “Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)*, Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, s. 163 <<https://dergipark.org.tr/pub/iuchkd/issue/1330/15686>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.

⁷⁹ Kıyaslayınız CMK m. 139 ve § 110a StPO (*verdeckter Ermittler - VE*), metin için Feridun Yenisey/Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu – Strafprozessordnung (StPO)*, Almanca Metin – Türkçe Çeviri, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 133.

⁸⁰ Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi kavramı kanuni dayanağını, bir suçun işlendiği izlenimini öğrenen Cumhuriyet savcısının emrindeki kolluk görevlilerince her türlü araştırmayı yapacağını düzenleyen genel hüküm niteliğindeki CMK'nın 160 ve 161. maddelerinde bulmaktadır. Buna karşın gizli soruşturmacı kavramı ise CMK m. 139 göz önüne alındığında, var olması gereken suç şüphesi, kimin hangi süre için tedbire başvurabileceği, söz konusu suçun katalog suçlardan birisi olması ve daha birçok açıdan çok daha katı ve farklı usul ve esaslara tabi kılınmıştır, kıyaslayınız YCGK, 26.05.2015, E: 2015/10-68, K: 2015/166.

⁸¹ İki kavram arasındaki fark şu şekilde özetlenebilir: Belli bir şüpheliye veya az sayıda şüpheliye temas ederek, sürekli olmayan şekilde, yani bir defa veya ara sıra, kimliğini saklayarak soruşturma yapan kişinin gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi olduğu kabul edilmektedir. Öyleyse bir kimsenin gizli soruşturmacı kabul edilebilmesi için, bu kişinin, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinden farklı olarak, sadece isim ve adres gibi bilgilere ilişkin değil, aile durumu ve diğer kişisel verileri de kapsayacak şekilde uydurma bir kimliğe sahip olması gerekmektedir. Ayrıca bu uydurma kimliğin gizli olarak soruşturmaya katılan kişiye uzun süreli olarak verilmesi de diğer bir şarttır, kıyaslayınız Muhammed Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, in: *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Yıl 2018, Sayı 38, s. 103 vd.; Plagemann, s. 163 vd.

⁸² Kıyaslayınız YCGK, 26.05.2015, E: 2015/10-68, K: 2015/166: “19.11.2012 günü saat 13.30 sıralarında, Fatih İlçesi’nde gezmekte olan alıcı rolündeki görevlilerin yanına gelen ve kendisini G. olarak tanıtan bir kişinin görevlilere “burada ne geziyorsunuz” dediği, görevlilerin “öylesine dolaşıyoruz” diye cevap vermesi üzerine “hiç öylesine dolaşılıyor haliniz yok, şekliniz kaymış oğlum, sizin halinizden ben anlarım, isterseniz size yardımcı olurum” dediği, görevliler “nasıl yardımcı olabilirsin” diye sorduğunda “ne istiyorsunuz, taş mı, toz mu, ot mu arıyorsunuz, söyleyin bakalım” deyince, görevlilerin “sende ne var” demesi üzerine “bende yok ama size kanal yaparım” diyerek görevlilere “(...) nolu telefonu arayın, A. diye bir arkadaş var, kendisi hasta, senin yanına daha önce uğramış, tribe girdi, doktor parası 150 Liraymış deyin, parola bu, ikna olmazsa ben konuşurum, hadi arayın” dediği, bu

yapan kişi veya gerçek kimliğini saklayarak, farklı soruşturmalarda aynı takma isimle sürekli olmayan bir şekilde görev yapan kişi, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisidir; zira tüm bu sayılan hallerde soruşturmacı kimliğini sadece şüpheliye karşı saklamaktadır. Buna karşın gerçek olmayan kimlik ne zaman ki bir soruşturmada uzun süreli kullanılır ve bu kimlik ile önceden somutlaştırılmayan, sayısı belli olmayan kişiler, gizli olarak soruşturmaya katılan kişinin kimliği hakkında yanıtılır, bu durumda soruşturmacının gizli soruşturmacı olduğu kabul edilir⁸³.

şahsın verdiği telefonu arayan görevlilerin telefonu açan şahsa parolayı söyledikleri ve iki saat sonra Fatihte buluşmak üzere randevulaştıkları, saat 16.10 sıralarında randevu yerine gelen sanığın görevlilere “ben sizi tanımıyorum, sizi kim gönderdi” diye sorduğu, görevlilerin “Gani” diye cevap verdikleri, sanığın “isimden çıkaramadım, yüzünü görsem tanırım, bu işler sıkıntılı, normalde ben içirmeden kimseye mal vermem ama şu an yer müsait değil, buraya kadar gelmişsiniz, size yardımcı olayım, boş gitmeyin bari, ne istiyorsunuz ?” dediği, görevlilerin “sen de ne var” diye sordukları, sanığın “bende eroin var, 200 Lira verin size on numara mal getireyim” demesi üzerine görevlilerin sanığa 200 Lira parayı verdikleri, parayı alan sanığın “on dakika bekleyin malı alıp geleyim” diyerek gittiği ve bir süre sonra beyaz kağıda sarılı vaziyette daralı ağırlığı 2,3 gram gelen eroin maddesini görevlilere verip “beni her zaman arayabilirsiniz, numaramı biliyorsunuz, artık sizi tanıyorum, fotoğrafınızı aldım” diyerek uzaklaşıp gittiği, alıcı görevlilerin yeni deliller elde etmek için herhangi bir müdahalede bulunmadıkları, 14.03.2013 günü saat 11.00 sıralarında sanığı telefonla arayan görevlilerin saat 13.30 sıralarında Mısır Çarşısı önünde sanıkla buluştukları, sanığın ceketinin sağ dış cebinden çıkardığı çizgili beyaz kâğıda sarılı daralı ağırlığı 2,5 gram gelen eroin maddesini görevlilere verdiği ve anlaştıkları gibi 150 Lirayı alarak gittiği, görevlilerin tüm bu alışverişleri ve diyalogları gizli kamera ile kaydederek, sanıktan satın aldıkları uyuşturucu maddeleri tutanakla teslim ettikleri, anlaşılmaktadır. Ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen suçlar için gizli soruşturmacı görevlendirilemez. Nitekim öğretilerdeki hâkim görüş de CMK’nın 139/7. maddesinde belirtilen suçların ancak bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde gizli soruşturmacı kullanılabilceği yönündedir. Kolluk görevlilerinin, CMK’nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delilleri toplamak amacıyla, alıcı rolüne girerek, suçta azmettirmeden veya teşvik etmeden şüpheliden uyuşturucu madde satın alması mümkündür. Bu durumlarda adli kolluk görevlisinin 5271 sayılı CMK’nın 139. maddesi uyarınca değil, 160 ve devamı maddeleri uyarınca görevlendirilmesi yeterlidir. Somut olayda; sanığa isnat olunan uyuşturucu madde ticareti suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olması nedeniyle, mahkemece 5271 sayılı CMK’nın 139. maddesi uyarınca “gizli soruşturmacı” görevlendirilmesine karar verilmesi isabetli bulunmayıp, alıcı rolüne girerek sanıktan uyuşturucu madde satın alan görevlinin gizli soruşturmacı değil “gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görevlinin ancak suçta azmettirmeden veya teşvik etmeden elde ettiği deliller hukuka uygun olacaktır.” (kazancı)

⁸³ Ancak pek tabii ki altı çizilmesi gereken husus önceki dipnotta zikredilen kararın 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önceki bir zamana ilişkin olduğudur. Şu anda yürürlükte olan CMK m. 139/7-a (1) uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188) suçu çerçevesinde gizli soruşturmacı, söz konusu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde yapıp yapılmadığına bakılmaksızın görevlendirilebilmektedir. Söz konusu değişiklik hakkında detaylı açıklamalar için bakınız Koray Doğan, “Soruşturma-

İster gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin isterse de gizli soruşturmacının eylemleri söz konusu olsun, her iki ihtimalde de hile ve aldatmaca olduğu açık olmakla birlikte⁸⁴, bu eylemlerin CMK m. 148 bağlamında aldatma olmadığı aşikârdır⁸⁵. Zira tüm bu tedbirler hukuki dayanaklarını CMK'dan almaktadır ve bizzat kanunun cevaz verdiği bir yöntemin yasak usul olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁶.

Ancak bu sonuç, CMK'da öngörülen kuralların dışına çıkılmadığı sürece geçerlidir. Öyleyse bu noktada çok önemli bir hususun altı çizilmedir. Yukarıda ulaşılan sonuç yalnız ve yalnız soruşturmaya gizli olarak katılan kamu görevlisinin, kimliğini gizlemek suretiyle şüpheli ile temasa geçmesinin

da Tuzağa Düşürme Yasası", Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 969 vd., özellikle 973 vd. Söz konusu bu değişikliğin ne ölçüde yerinde olduğu öğretide haklı olarak sorgulanmaktadır. Gerçekten de öğretiye göre "*Kanaatimizce de münferit olaylarda, bir örgütle mücadele söz konusu değil iken alıcı kılığında uyuşturucu satıcısı ile irtibata geçen (...) kolluk görevlisi, bir gizli soruşturmacı değil kimliğini gizleyen kolluk görevlisi statüsündedir. Bu tür işlemler için gizli soruşturmacı görevlendirilmesine gerek yoktur. Doğası gereği bir gizli soruşturmacıdan söz edilebilmesi için bir suç örgütüne ihtiyaç vardır. Gizli soruşturmacı münferit bir olay için değil, suç faaliyetleri süreklilik arz eden örgüt hakkında bilgi edinmek, özellikle hiyerarşik yapıyı ortaya koyabilmek için görevlendirilir. (...) CMK m. 139/7'de yapılan değişiklik ise gizli soruşturmacı ile kimliğini gizleyen kamu görevlisi arasındaki ayrımı aykırı şekilde, süreklilik arz etmeyen uyuşturucu ticareti suçları bakımından da gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin önünü açtığı için yerinde değildir.*", Doğan, s. 975 vd.

⁸⁴ Arndt Sinn, "Ermittlungen im Darknet", in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 13; Arndt Sinn, "Karanlık Ağ'da Soruşturma", (Çev. Köker N), in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 22.

⁸⁵ Aynı sonucun bilişim teknolojileri kullanılarak uygulanan koruma tedbirleri olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135), teknik araçlarla izleme (CMK 140) gibi tedbirler için de geçerli olacağı kuşkusuzdur; zira tüm bu tedbirler hukuki dayanaklarını CMK'dan almaktadır ve bizzat kanunun cevaz verdiği bir yöntemin, belirlenen kuralların dışına çıkılmaması şartıyla, yasak usul olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, kıyaslamamız Gleß, § 136a kn. 4.

⁸⁶ Kıyaslamamız Gleß, § 136a kn. 4. Ancak bu kişilerce yapılan eylemlerin CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilmeyeceğinin belirtilmesi yalnızca bu çalışmanın kapsamıyla ilgili bir husustur. Diğer bir ifadeyle soruşturmaya gizli olarak katılan kamu görevlilerinin eylemleri gerek maddi gerekse de şekli ceza hukuku bakımından birçok başkaca problemi beraberinde getirmektedir. Bu noktada özellikle belirtilmesi gereken husus gizli olarak soruşturmaya katılan bir adli kolluk görevlisinin, bu kişi ister gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi isterse de gizli soruşturmacı olarak soruşturmaya katılsın, suç şüphesi altındaki kişiyi bir suç işlemek için provoke etmesi ve bu suçun işlenmesi sırasında da şüphelinin yakalanması olarak ifade edilen devlet eliyle provokasyon halidir. Ajan provokatör ve bununla ilgili hukuki sorunlar açısından bakınız, Doğan, s. 969 vd.; Dieter Rössner/Christoph Safferling, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2017, s. 15 vd.; Goya Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, Duncker&Humblot, Berlin, 2014, s. 19 vd.

yasak usul olmadığını ifade etmektedir. Keza CMK m. 148 anlamında aldatma olmayan diğer bir durum soruşturmaya gizli olarak katılan kişilerin CMK m. 139, 160, 161 hükümleri ile hukuka uygun addedilen eylemleridir. Buna örnek olarak gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin veya gizli soruşturmacının şüpheliye uyuşturucu madde satması veya bu kişiden uyuşturucu madde alması, şüpheli ile yapılacak olan veya yapılmakta olan bir sevkiyat sebebiyle yemek yenmesi, sevkiyatın sağlanması için gerekli olan işlerin birlikte veya koordineli şekilde şüpheli ile yapılması, şüpheli ile seyahat edilmesi verilebilir.

Bu anlatımlardan da anlaşılacağı üzere, CMK m. 139, 160, 161 hükümlerinin çizdiği sınır, soruşturmaya gizli olarak katılan kişilerin eylemlerinin belli durumlarda CMK m. 148 anlamında aldatma olarak kabul edilebileceğine de işaret etmektedir. Daha basit bir ifadeyle örneğin⁸⁷ CMK m. 139, gizli soruşturmacının kimliğini saklamasını ve bu şekilde kendisine verilen görevi yerine getirirken yapması zorunlu olan eylemleri meşrulaştırmaktadır. Buna karşın CMK m. 139, şüphelinin özgür iradesini sakatlayan aldatmaya izin vermemektedir⁸⁸.

Bu durumu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır: CMK m. 139, gizli soruşturmacının şüpheliye, soruşturma konusu suç ile ilgili doğrudan soru sormasına olanak vermektedir. Ancak gizli soruşturmacı işlendiği iddia edilen suçun soruşturulması için gereken genel çerçevenin dışına çıkarak, somutlaştırılmış, spesifik tek bir husus hakkında şüpheliden bilgi almak amacıyla hareket ederse, bunun için şüpheli ile özel bir ilişki yaratırsa veyahut var olan ilişkiyi sırf bir hususa ilişkin bilgiyi almak adına kötüye kullanırsa ya da şüphelinin aleyhine olan bir beyanı şüpheliden elde etmek amacıyla şüpheli üzerinde baskı kurarsa, *bu durumda detayları çalışmanın ilerleyen kısımlarında etraflıca açıklanacağı üzere*, fonksiyonel anlamda ifade almadan bahsedilmelidir⁸⁹. Bunun sonucu olarak da bu tür eylemler

⁸⁷ Bu açıklamalar *mutatis mutandis* gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi için de geçerlidir.

⁸⁸ Gunnar Duttge, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07”, in: Juristen Zeitung (JZ), Yıl 2008, s. 261 vd.; Bijan Nowrouzian, “Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden? – Zur grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Täuschung im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2015, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Michael Soiné, “Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2010, s. 597 vd.

⁸⁹ Kıyaslayınız EGMR Urt. v. 5.11.2002 (Beschwerde Nr. 48539/99) - Allan v.UK (JR 2004, 129); Große Kammer des EGMR, Urt. v. 21.1.2009 (Beschwerde-Nr. 4378/02) – Bykov v.

CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilir; zira şüphelinin kendi aleyhine delil vermeye hile yoluyla neden olunmasını, CMK m. 139 hukuka uygun hale getirmemektedir⁹⁰.

Benzer düşünceler susma hakkını kullanan şüpheli için de geçerlidir. Şüpheli susma hakkını kullanmış ise, artık bu kişinin karşısına gizli soruşturmacının⁹¹ çıkartılması ve bu sayede şüphelinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmasına tabiri caizse zemin hazırlanması da yasak usul olarak değerlendirilmelidir. Zira susma hakkını kullanan şüphelinin karşısına bu kişinin daha önceden tanıdığı veya örneğin tutukevinde yeni tanıştığı ve “kendi mahallesinden” olduğunu düşünerek güven duyduğu gizli soruşturmacının çıkartılması, CMK m. 139 hükmü ile hukuka uygun hale getirilemeyen hile olarak değerlendirilmelidir⁹².

(3) Düşünülebilecek son ihtimal ise soruşturma makamları adına hareket ettiğini gizleyerek şüpheli ile temasa geçen özel şahısların ve/veya son tahlilde özel kişi olmakla birlikte sahip olduğu bazı özelliklerden dolayı güvenilir kişi⁹³ olarak ayrı bir isimlendirmeyi hak eden kişilerin eylemleridir. Özel şahısların veyahut bir örgüte üye olan veya olmayan ancak her hâlükârda suç örgütü ile bağlantısı olan, kolluk görevlilerine olabildiğince düzenli aralıklarla bilgi sızdıran ve bu sayede soruşturmalarda resmi makamlara yardım eden; hiçbir şekilde kolluk görevlisi olmayan ancak kimliği saklı tutulan, işadamı, taksi şoförü, hayat kadını, otel sahibi, esnaf, memur gibi aslında farklı işlerle iştigal eden kimse olarak tanımlanabilecek güvenilir kişilerin⁹⁴ eylemleri yukarıda yer alan diğer iki ihtimalin iç içe geçmiş halidir.

İşte tam da bu durum, hukuki değerlendirmeyi oldukça zorlaştırmaktadır. Gerçekten de ilk ihtimalden farklı olarak özel kişi kendi ad ve hesabına hareket

Russland (JR 2009, 514).

⁹⁰ Kıyaslayımız Duttge, s. 261 vd.; Nowrousian, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Soiné, s. 597 vd.

⁹¹ Bu açıklamalar *mutatis mutandis* gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi için de geçerlidir.

⁹² Kıyaslayımız Duttge, s. 261 vd.; Nowrousian, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Soiné, s. 597 vd.

⁹³ Alman Hukukunda “*Vertrauensperson – V-Mann/V-Person*” olarak isimlendirilen bu kişiler hakkında bakınız Plagemann, s. 164 vd.

⁹⁴ Güvenilir kişi hakkında oldukça detaylı açıklamalar için Veli Özer Özbeke, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerekirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 33 vd.

etmemekte, böylece “ifade almadan bahsedilemeyeceğinden bahisle CMK m. 148’in uygulama alanı bulamayacağını” söylemek mümkün olmayacaktır. İkinci ihtimalden ise farklı olarak, şüpheli ile karşı karşıya gelen kişi bir kamu görevlisi değil, aksine bir özel kişidir. Bu tür kişilerin kimliklerini saklayarak şüpheli ile temasa geçmesine cevaz veren bir normun bulunmaması karşısında, ikinci ihtimalden farklı olarak “kanunun izin verdiği bir eylemin yasak usul olan aldatma olarak değerlendirilmesi mümkün değildir” denemeyecektir.

(4) Bu anlatılanlar ışığında çalışmanın bundan sonraki bölümünde ele alınacak esas sorun ortaya net şekilde konulabilir: Resmi sığfata sahip olmayan kişilerin, örneğın güvenilir kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin, şüpheli ile temasa geçip delil elde etmesinin veya en azından bu yönde teşebbüs etmesinin ne zaman ifade alma (CMK m. 147, § 136 StPO) olarak değerlendirileceğı ve bu rol değışiminin hangi durumlarda CMK m. 148 (§ 136a StPO) bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceğı incelenektir. Ayrıca gizli soruşturmacının veya gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin susma hakkını etkisiz kılmaya yönelik, CMK m. 139, 160, 161 hükümleri ile hukuka uygun addedilemeyen ve bu nedenle hukuken özel kişilerin eylemi olarak irdelenebilecek⁹⁵, hilelerinin hangi durumlarda CMK m. 148 (§ 136a StPO) bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceğı de değerlendirilecektir.

B. ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNİN RESMİ MERCİLERE İSNADİYETİ

1. UYGULAMADAN ÖRNEK OLAYLAR

Olay 1: (A) hakkında uyuşturucu madde ticareti yaptığı iddiası ile soruşturma yürütölmektedir. (A)’nın eşı olan (B) kocasının daha az ceza alması için kolluk görevlisi (C)’nin yanına giderek, diğere şüpheli (D) ile görüşebileceğini belirtir. (B) ayrıca (C)’nin istemesi ve gerekli ekipmanı sağlaması halinde (D) ile yaptığı görüşmeyi kayıt altına alabileceğini belirtir. Bunun üzerine (C) gerekli ekipmanı sağlar. Ayrıca CMK m. 140 uyarınca gerekli izinler de alınır⁹⁶. (D) ile görüşmesini kayda alan (C), (D)’ye bu

⁹⁵ Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki başlığında yer alan “özel kişi” ibaresi çalışmanın alanını daraltmamaktadır; zira “özel kişi” güvenilir kişilerin ve soruşturmaya gizli olarak katılan ancak eylemleri CMK’nın izin verdiği sınırların dışına çıkan kişilerin de eylemlerini içine alan bir ibaredir. Alman Hukukunda da benzer bir tercihin yapıldığı görölmektedir, Eckhardt, s. 26 vd.; Matula, s. 17 vd., 95 vd.

⁹⁶ Bu olayda CMK m. 140’ın şart koştuğı gerekli izinlerin alınmış olması, tek başına CMK m. 148 bağlamında aldatmanın varlığını reddetmek için yeterli değildir. Yukarıda CMK m.

konuşmanın yalnızca ikisi arasında kalacağına dair söz verir. Görüşme sırasında (D) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur⁹⁷.

Olay 2: (A), işleyeceği bir suça eşlik etmesi için (B)'den yardım ister. Uzun yıllardan bu yana güvenilir adam olarak polise bilgi sızdıran (B), bu istek üzerine kolluk görevlilerinin yanına gider, emniyet amirliğinin telefonundan (A)'yı arayarak, eşlik edeceğini belirtir. CMK m. 135 bağlamında herhangi bir karar alınmamış olmasına rağmen⁹⁸, kolluk görevlisi (C), bu görüşmeyi dinler. Görüşme sırasında (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur⁹⁹.

Olay 3: Kolluk görevlisi (C), mağdur (B)'den şüpheli (A)'yı aramasını ister. Bu isteği kabul eden (B), (C)'nin görev için kendisine verilen telefonundan (A)'yı arar. Görüşmeyi (C) de dinler. Bu görüşmede (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur¹⁰⁰.

Olay 4: Şüpheli (A), daha sonra tanık olarak dinlenen (B)'ye 11.02.1994 tarihinde işlenen yağma ile ilgili olarak ikrar içerikli açıklamalarda bulunur. (B), kolluk görevlisi (C)'ye şüpheli (A)'nın kendisine telefonda yapmış olduğu açıklamaları anlatır. Bunun üzerine (C), CMK m. 135 bağlamında herhangi bir karar alınmamış olmasına rağmen güvenilir kişi olarak gördüğü (B)'den (A)'yı aramasını ve suç konusu olaya dair bilinçli sorular sorarak aynı konuşmayı tekrarlamasını ister. (A)'nın Mısır kökenli olması ve (B) ile olan telefon görüşmesini Arapça gerçekleştirmesinden dolayı, (A) ile

139 örneği çerçevesinde ortaya konan düşünce tarzı burası için de geçerlidir.

⁹⁷ BGH, Beschluss vom 31.03.2011 - 3 StR 400/10 (NStZ 2011, 596).

⁹⁸ Bu olayda CMK m. 135'in aradığı şartların gerçekleşmemiş olması, dinlemeyi hukuka aykırı hale getirecektir. Ancak söz konusu bu hukuka aykırılığın varlığı, soruşturma organlarının izlediği yolun CMK m. 148 anlamında aldatma olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusuna yanıt vermeyecektir. Bu nedenle somut olayda yasak usul olarak aldatmanın varlığı ayrıca araştırılmalıdır. Keza somut olayda CMK m. 135'e uygun davranılmış olsaydı da bu durum kolluğun takip ettiği yolun aldatma olmadığı anlamına gelmeyecekti. CMK m. 135'e uygun davranılması elde edilen delili koruma tedbiri çerçevesinde hukuka uygun hale getirmektedir. Bu şekilde hukuka uygun hale gelen delil son tahlilde izlenen yol nedeniyle CMK m. 148 anlamında yasak usul olarak değerlendirilebilir. Öyleyse bu ve aşağıdaki olaylarda CMK m. 135'e uygun davranılmış olması ya da davranılmamış olması tek başına, yasak usul olarak aldatmanın varlığını ret ya da kabul için yeterli bir dayanak noktası olmayacaktır. Bu nedenle, CMK m. 135'e uygun hareket edildiğinin ya da CMK m. 135'e aykırı hareket edildiğinin belirtilmesi yalnızca karara konu olan olayı mümkün mertebe eksiksiz aktarma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Öyleyse son tahlilde yukarıda CMK m. 139 örneği çerçevesinde ortaya konan düşünce tarzı burası için de geçerlidir.

⁹⁹ BGH, Urteil vom 17.03.1983 - 4 StR 640/82 (BGHSt 31, 304).

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 08.10.1993 - 2 StR 400/93 (BGHSt 39, 335).

(B) arasındaki görüşmeyi yalnızca (C) değil aynı zamanda tercüman (D) de dinlemiştir. Özellikle (D)'nin tanık sıfatıyla anlatımları, (A) hakkındaki mahkûmiyet kararının en önemli gerekçesi olur¹⁰¹.

Olay 5: (A), karısının öldürülmesi için suç örgütlerine mensup kişilerle görüşmeler yapmakta, bu kişilere binlerce Euro para önermektedir. 01.03.2006 tarihinde (A) adam öldürmeye akim kalan azmettirmeden¹⁰² dolayı 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılır. Hapishanede geçirdiği süre zarfında (A), bir mafya örgütü lideri olan (B) ile tanışır ve karısının öldürülmesi için (B)'ye 150.000 Euro para önerir. (B) bu teklifi kabul ettiğini açıklar. Ancak 20.03.2007 tarihinde (B) durumu infaz kurumu müdürüne anlatır. Bunun üzerine kolluk kuvvetleri olayı aydınlatmak için çalışmalara başlar. 24.05.2007 tarihinde gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi (C), (B)'nin adamı olarak (A)'yı infaz kurumunda ziyaret eder. Bu görüşmede (C), (A)'ya iki kadın fotoğrafı gösterir ve öldürülmesi istenen kadının hangisi olduğunu sorar. (C)'nin fotoğraflarını gösterdiği kadınlardan biri (A)'nın eşi olan (D) diğeri ise (D)'ye benzeyen başka bir kadın olan (E)'dir. (C), (A)'ya emin olmak için sorduğunu, öldürülmesi istenen kişinin (D) olduğunu bildiğini ama bir aksilik olmaması için (A)'nın son kez onayını alması gerektiğini belirtir. (A) bunun üzerine başını sallayarak onaylar. (A)'nın başını sallaması (A) hakkında ikinci defa yapılan adam öldürmeye akim kalan azmettirme ilişkin yargılamada (A) aleyhine delil olarak kullanılır¹⁰³.

Olay 6: (A) işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Bu soruşturmadan tamamen bağımsız başka bir soruşturma kapsamında şüpheli olan (B), kolluk görevlisi (C) tarafından tabiri caizse “ayarlanır”. (C) ile (B) arasındaki anlaşmaya göre (B), (A) ile aynı koğuşa girecek, (C)'nin direktifleri ile belirlenmiş soruları (A)'ya soracak; eğer ki istenilen bilgiler elde edilirse,

¹⁰¹ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200); BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502). Türk Hukukuna ilişkin herhangi bir açıklama yapmayan, olayı yalnızca Alman Hukuku bakımından irdeleyen Türkçe bir çalışma için Ufuk Toprak, “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Cilt 1, Yıl 2, Sayı 7, Yıl 2011, s. 257 vd.

¹⁰² Alman Ceza Kanunu'nun 30. paragrafına göre (§ 30 StGB), birini suç işlemeye azmettiren kişi, azmettirmenin sonuçsuz kalması halinde, azmettirilen suça teşebbüsle cezalandırılmaktadır. Sonuçsuz (akim) kalan azmettirmenin Türk Hukukunda cezalandırılmıyor olması, karara konu olan olayda yasak usul olan aldatmanın kabul edilip edilmeyeceğine yönelik açıklamalar açısından herhangi bir öneme sahip değildir.

¹⁰³ BGH, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10 (BGHSt 55, 138).

(B) kendisi hakkındaki soruşturmada bazı kolaylıklar elde edecektir. Her şey anlaşmaya uygun yürür. (A) koğuştta (B) ile yaptığı konuşma sırasında kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. (B), (A)'nın bu açıklamalarını, (A)'ya karşı yürütölen kovuşturmada mahkeme önünde tanık sıfatıyla tasdik eder¹⁰⁴.

Olay 7: (A) işlediğı iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Bu soruşturmada tamamen bağımsız başka bir soruşturma kapsamında şüpheli olan (B) de aynı yerde tutuklu olarak bulunmaktadır. Zamanla (A), (B)'ye güvenir ve (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. (B) duyduklarını kolluk görevlisi (C)'ye anlatır¹⁰⁵. Somut olayda *olay 6*'dan farklı olarak (B) (C)'nin bilgisi dâhilinde hareket etmemiştir.

Olay 8: (B) işlediğı iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. (B) bulunduğu koğuştta diğere tutuklulara, kendisinin doğaüstü güçlere sahip olduğunu belirtmekte ve onların kahve fallarına bakarak kendileri hakkındaki soruşturmalara pozitif şekilde etki edebileceğini söylemektedir. Ancak (B)'nin bir de şartı bulunmaktadır. Gerçekten de (B) doğaüstü güçleri ile kolluk görevlilerini, savcılarını, hâkimleri vs. etkileyebilmesi için diğere tutuklulara işledikleri iddia olunan suç hakkında kendisine detaylı açıklamalarda bulunmaları gerektiğini belirtmektedir. Tutuklu (A), (B)'ye inanır. (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. (B) duyduklarını kolluk görevlisi (C)'ye anlatır. Somut olayda (B)'nin (C)'nin bilgisi dâhilinde hareket edip etmediğı kesin olarak ortaya konulamamıştır¹⁰⁶.

Olay 9: İspanya/Mayorka'da bulunan evinde 15 yaşındaki bir çocuğı öldürdüğü iddiasıyla (A), Almanya'ya döndüğünde tutuklanmıştır. İfade alma sırasında (A) susma hakkını kullanmıştır. (A)'dan bilgi almak amacıyla gizli soruşturmacı (B) görevlendirilmiştir. Tutukluluk süresi boyunca da (B), (A)'nın güvenini kazanmıştır. (A) ve (B), içeriden çıktıkları zaman birlikte yapacakları işlerin hayalini kurmuşlar, bu işlerin planlarını yapmışlardır. Her şey (B)'nin planladığı şekilde ilerler. Dışarıda oldukları bir zaman, (B)'nin sorduğı ısrarlı sorular üzerine (A), olayı tüm detaylarıyla anlatır. (A)'nın bu şekilde hareket etmesinin önemli bir sebebi, (B)'nin (A)'ya kendisi hakkında her şeyi bilmediğı sürece yeterli güven duymayacağını ve ortak iş yapmayacağını söylemesidir. Oysaki (A)'nın dışarıda tutunmasının yegâne

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 28.04.1987 - 5 StR 666/86 (BGHSt 34, 362).

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 27.09.1988 - 1 StR 187/88 (NJW 1989, 843).

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 21.07.1998 - 5 StR 302/97 (BGHSt 44, 129).

yolu (B) ile arasını iyi tutmasıdır¹⁰⁷.

Olay 10: Uzun yıllardan bu yana güvenilir adam olarak polise bilgi sızdıran (B), kolluk görevlisi (C)'nin talimatıyla şüpheli (A)'nın yakın çevresi ile ilişkiye girer, bu kişilerin güvenini kazanır. (A)'nın nişanlısı (D), (B)'ye (A)'nın aleyhinde kullanılabilecek açıklamalarda bulunur. (A) hakkında yürütülen kovuşturmada (D) tanıklıktan çekinme hakkını kullanır. Buna rağmen (B), (D)'den duyduğu bilgileri mahkemede anlatır. Bu anlatımlar üzerine (A) hakkında mahkûmiyet kararı verilir¹⁰⁸.

Olay 11: (A) işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Kolluk görevlisi (C), (A)'nın eşi olan (B) ile (A)'nın baş başa görüşmelerine izin verir. (A) ve (B) buldukları odada gözle görülen hiçbir kayıt cihazı vb. diğer teknik cihazın olmamasına güvenerek, baş başa kimsenin dinlemediği bir görüşme yaptıkları inancıyla konuşmaya başlarlar. Bu konuşma sırasında (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. Oysaki kolluk görevlisi (C), (A) ve (B)'nin bulunduğu odayı gizlice dinlemekte ve kayda almaktadır¹⁰⁹.

Olay 12: (A) işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Kolluk görevlilerine yardım eden bilirkişi (B), (A)'nın sesinin kayda alınması durumunda ses kaydı karşılaştırması yapabileceğini belirtir. Ancak ifade alma sırasında (A) ses kaydı karşılaştırılması yapılmasını, dolayısıyla sesinin kaydedilmesini reddetmiştir. (A) infaz kurumuna geri döndüğünde, orada infaz koruma memuru olan (C) ile yaptığı görüşmeler kayda alınır. Bu konuşmalarda (A) işlediği iddia edilen suç hakkında herhangi bir açıklama yapmamış, (C) de bu yönde bir soru sormamıştır. (A) ile (C) arasındaki görüşmede sadece (A)'nın infaz kurumundaki düzeni ile ilgili konuşmalar yapılmıştır. Zira amaç sadece (A)'nın sesinin kayda alınmasıdır. Ses kaydı karşılaştırması sonucu (A) hakkında mahkûmiyet kararı verilir¹¹⁰.

Olay 13: (A)'nın işlediği iddia edilen cinsel saldırı nedeniyle ifadesi alınmaktadır. Mağdur olan (B), kolluk görevlisi (C)'ye, kendisine cinsel

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 26.07.2007 - 3 StR 104/07 (BGHSt 52, 11). Türk Hukukuna ilişkin herhangi bir açıklama yapmayan, olayı yalnızca Alman Hukuku bakımından irdeleyen Türkçe bir çalışma için Ufuk Toprak, "Gizli Soruşturmacı Yöntemiyle Şüphelinin Susma Hakkı Arasındaki Uyum Sorununa Kısa bir Bakış", in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 62, Yıl 2011, s. 52.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 21.07.1994 - 1 StR 83/94 (BGHSt 40, 211).

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 29.04.2009 - 1 StR 701/08 (BGHSt 53, 294).

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 09.04.1986 - 3 StR 551/85 (BGHSt 34, 39).

saldırıda bulunan kişiyi sesinden tanıyabileceğini belirtir. Bunun üzerine (B), (C)'nin gözetiminde (A)'nın ifadesinin alındığı odanın yanındaki odaya geçirilir. (B) burada yan odada ifadesi alınan (A)'yı sesinden tanıdığını belirtir. (B)'nin bu açıklaması (A) hakkında verilen mahkûmiyet kararında önemli rol oynar¹¹¹.

Olay 14: (A) hakkında işlediği iddia olunan bir suç nedeniyle CMK m. 135'te yer alan şartlara uygun bir şekilde koruma tedbiri uygulanmakta yani (A)'nın telefonu dinlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır. Kolluk görevlisi (C), (A)'nın kocası olan (B)'yi arar ve gerçeğe uygun olarak (A) hakkında yürütülen soruşturmada bahseder ve (A)'nın yakalanması için gerekli işlemlerin başlatıldığını açıklar. Her şey (C)'nin planladığı gibi ilerler. Gerçekten de (B), (C)'nin verdiği bilgiler karşısında derhal karısı (A)'yı arar ve onu uyarır. Bu konuşma sırasında (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. Bu açıklamalar (A) hakkında verilen mahkûmiyet kararında önemli rol oynar¹¹².

2. ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİNİN (BGH) GÖRÜŞÜ

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (BGH) özel kişilerin resmi makamlar ad ve hesabına hareket ederek delil toplamaya çalıştığı olaylara yaklaşımı hakkında bir özet çıkartılmak istendiğinde, yukarıda verilen tüm örnek olayların tek tek incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Bunun yerine *olay 4'e* ilişkin Mahkemenin 5. Dairesinin vermiş olduğu kararı¹¹³ ve daha sonra aynı olaya ilişkin Mahkemenin Büyük Senatosunun ortaya koymuş olduğu kararı¹¹⁴ ana hatlarıyla zikretmek yeterli olacaktır¹¹⁵.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 24.02.1994 - 4 StR 317/93 (BGHSt 40, 66).

¹¹² BGH, Urteil vom 09.05.1985 - 1 StR 63/85 (BGHSt 33, 217).

¹¹³ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200).

¹¹⁴ BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502).

¹¹⁵ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, çalışmanın konusu yasak usul olan aldatmadır. Dolayısıyla örnek olaylarda tartışılması gereken diğer hususlar çalışmanın konusu değildir. Örneğin *olay 10'*da elde edilen delil tanıklıktan çekinme hakkı kullanıldığı için muhakemede delil olarak kullanılamaz. Güvenilir kişinin duyduğunu anlatan tanık olarak dinlenmesi de hukuka uygun değildir. Keza *olay 11'*de yine de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. Zira CMK m. 140 kişilerin kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde takip edilmesine izin vermektedir. *Olay 14'*te de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. CMK m. 135 iletişimin dinlenmesine ve kayda alınmasına izin vermekte ise de bu izin, kolluk görevlilerinin sebep olmadığı, tamamen şüphelinin kendi hâkimiyeti çerçevesinde icra edilen

(a) Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (*BGH*) 5. Dairesine göre, kolluğun, özel kişileri “ayartarak”, sahnelenen oyuna uygun olarak bu kişilerin şüpheli ile telefon görüşmesi yapmasını sağlaması ve yapılan bu telefon görüşmesini dinlemesi; bunu yaparken de oynanan bu gizli oyunun doğal sonucu olarak şüpheliye haklarının bildiril(e)memesi, § 136 StPO’nun (CMK m. 147) ihlal edilmesi demek değildir. Zira Daireye göre “ifade alma” teknik olarak anlaşılması gereken bir kavramdır. Kolluğun şüpheliden bilgi almaya çalıştığı her hal ve durum ifade alma olarak değerlendirilemez. Kanuna göre ifade alma esnasında uyulması gereken bilgilendirme/ aydınlatma yükümlülüğü (§ 136 StPO, CMK m. 147) yalnızca şekli anlamda ifade alma halinde, yani soruşturma makamı adına hareket eden kişinin şüphelinin karşısına resmi görev ve amacını belli ederek çıktığı durumlarda yerine getirilmesi gereken bir zorunluluktur. Dolayısıyla da yalnızca şekli anlamda ifade almadan bahsedildiği bu durumlarda, şüpheli *nemo tenetur* ilkesinin bir uzantısı olarak susma hakkı hususunda bilgilendirilmelidir. Öyleyse kişinin kendini itham etmeme hakkının ihlalden kaynaklanan delil yasağı da yalnızca şekli anlamda ifade alma sırasında ihmal edilen aydınlatma yükümlülüğünün sonucunda söz konusu olacaktır. Somut olayda ise özel kişi kolluğun kendisinden sorulması istediği soruları sormuş olsa dahi, resmi sıfatla hareket eden kimse konumunda değildir; bu sebeple § 136 StPO’nun (CMK m. 147) *doğrudan* bir ihlali söz konusu değildir.

Ancak Daireye göre *nemo tenetur* ilkesinin uzantısı olan susma hakkının ihlalden ve buna bağlanan delil yasağından yalnızca şekli anlamda ifade almadan bahsedildiği zamanlarda söz etmek, şüpheli hakları açısından sakıncalı sonuçları beraberinde getirecektir. Şüpheli, şekli anlamda ifade alma sırasında sahip olduğu haklardan, “ifade alma benzeri” durumlarda da faydalanmalıdır¹¹⁶. Diğer bir ifadeyle Daireye göre özel kişilerin kolluk tarafından bilinçli şekilde kullanıldığı durumlarda şüphelinin ağızdan çıkan her bir kelime, bu kelime kolluk tarafından yapılan ifade almada şüphelinin ağızdan çıkmış gibi değerlendirilmelidir. Zira kolluk tarafından sahnelenen oyun sırasında ağızdan çıkan kelime ile şekli anlamda ifade alma sırasında ağızdan çıkan kelime arasında delil değeri bakımından bir fark yoktur.

telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması için geçerlidir. Ancak bu açıklamalar, somut olaylarda aldatmanın olup olmadığı hakkında bir değerlendirme yapılmasına görüldüğü üzere yetmemektedir. Dolayısıyla aldatmanın olup olmadığı ayrıca incelenmelidir.

¹¹⁶ İfade alma benzeri durum, Alman Hukukunda “*vernehmungsähnliche Situation*” olarak adlandırılmaktadır.

Öyleyse kolluk tarafından sahnelenen oyun sırasında elde edilen delilin akıbeti şekli anlamda ifade almada kazanılan delilin tabi olduğu kurallara göre incelenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında, Daireye göre her ne kadar somut olayda § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *doğrudan* ihlali yoksa da § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *dolaylı* ihlali vardır. Zira bir hukuk devletinde mademki kolluk ile karşı karşıya gelen şüpheliye susma hakkı tanınmıştır; öyleyse bu hak şüphelinin kolluk ad ve hesabına hareket eden özel kişi ile karşı karşıya geldiğinde de tanınmalıdır. Aksi düşünce, yani kolluk ad ve hesabına hareket eden özel kişinin “ifade alma benzeri” bir durumda elde ettiği bilgilerin hukuki değerlendirilmesinde § 136 StPO'nun (CMK m. 147) göz ardı edilmesi, *nemo tenetur* ilkesinin ve buna bağlı olarak susma hakkının kullanılmasının dolaylı ihlali anlamına gelecektir. Daireye göre bu açıklamalar ışığında somut olayda susma hakkının ihlalinin doğan bir delil yasağını kabul etmek gerekmektedir.

Daire son olarak kolluğun şüpheliden bilgi almak için özel kişileri kullanmasının § 136a StPO (CMK m. 148) anlamında aldatma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin açıklamalarda bulunmuştur: Daireye göre şüpheli ile temasa geçen kişinin, kolluk ad ve hesabına delil toplayan bir kişi olduğunu saklaması her ne kadar sözlük anlamıyla aldatma olarak değerlendirilebilecek ise de bu durum tek başına § 136a StPO (CMK m. 148) anlamında aldatmanın kabulü için yeterli değildir; zira § 136a StPO (CMK m. 148), yasak usul olan aldatmadan bahsedilebilmesi için hilenin şüphelinin özgür iradesini sakatlayacak kadar ağır olmasını şart koşmaktadır¹¹⁷.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (BGH) 5. Dairesi, *olay 4'e* ilişkin verdiği bu kararı, konunun önemine istinaden Büyük Senatoya taşımıştır.

(b) Büyük Senato, 5. Daireden farklı olarak Kanunun ifade almadan yalnızca şekli anlamda ifade almayı anladığını belirtmiş, “ifade alma benzeri” durum diye bir kavramın yürürlükteki hukukta var olmadığını altını çizmiştir. Diğer bir ifadeyle Büyük Senato, § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *doğrudan* ihlali edilmediği hususunda 5. Daire ile aynı yönde görüş bildirmiş; buna karşın § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *dolaylı* ihlali noktasında ise 5. Daireden farklı içtihatla bulunmuştur; zira ifade alma benzeri durum uydurma bir kavramdır.

Büyük Senato, § 136a StPO (CMK m. 148) bağlamında da 5. Daireden daha dar bir yorumu tercih etmiştir. Gerçekten de Büyük Senato,

¹¹⁷ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200).

5. Daireden farklı olarak “özgür iradeyi sakatlamaya elverişli aldatmanın bulunmamasından” değil, “aldatmanın bulunmamasından” bahsetmiştir. Büyük Senatoya göre, Kanunda kullanılan şekliyle aldatma somut olayda bulunmamaktadır; zira hiç kimse bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmesinin içeriğinin kolluğa aktarılmayacağına dair güven beslememelidir. Diğer bir ifadeyle suçun aydınlatılması söz konusu olduğunda herkes, telefonda yaptığı görüşmelerden kolluğun bir şekilde haberdar olabileceğini bilmek ya da bunu öngörebilir durumda olmak zorundadır.

Tüm bu açıklamalardan sonra Büyük Senato düşüncelerini bir kez daha şu şekilde özetlemiştir: § 136 StPO (CMK m. 147), şekli anlamda ifade almadan bahsedilebilen durumlarda şüphelinin konuşma veya konuşmama hakkını bilerek hareket etmesini güvence altına almaktadır. İfade alma benzeri durumlarda, aydınlatma/bilgilendirme zorunluluğundan bahsedilemez. Soruşturma makamları adına hareket eden özel kişilerin gerçek amacını saklayarak şüpheliden bilgi edinmeye çalışması, § 136a StPO (CMK m. 148) anlamında aldatma olarak değerlendirilemez¹¹⁸.

3. ALMAN ÖĞRETİSİNİN YAKLAŞIMI

Alman öğretisinin soruşturma organları ad ve hesabına hareket eden özel kişilerin eylemlerinin resmi makamlara isnat edilip edilmeyeceği hususunda ne şekilde bir yol izlediği sorusu cevaplanmak istendiğinde ortaya çıkan tablo şu şekilde özetlenebilir: Öğretide yapılan tartışmalar yukarıda zikredilen ve Alman Hukukunda yol gösterici kabul edilen iki karar arasındaki benzerlikler ve farklılıklar çerçevesinde şekillenmektedir. Dolayısıyla da ifade almadan ne anlaşılması gerektiği hususunda tartışmalar yaşanmakta, buna karşın kolluğun özel kişileri ayartıp delil elde etmesinin yasak usul olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.

(1) Gerçekten de özel kişilerin iletişime geçme saikini sakladıkları olaylarda ifade almadan veya en azından ifade alma benzeri durumdan bahsedilip edilemeyeceği hususunda görüş ayrılığı yaşanmaktadır. Ancak bir hususun altı çizilmelidir. Öğreti, Büyük Senatonun hiçbir şüpheye yer bırakmayan açıklamalarına rağmen son tahlilde özel kişilerin kolluk makamlarının ad ve hesabına delil topladığı durumlarda da ifade almadan bahsedilmesi gerektiğini belirtmekte; tartışma § 136 StPO (CMK m. 147) hükmünün doğrudan mı dolaylı mı uygulama bulacağı hususunda yaşanmaktadır.

¹¹⁸ BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502).

Gerçekten de öğreti kamu makamları adına hareket eden özel kişilerin şüpheli ile karşı karşıya geldiği durumların da aydınlatma/bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazarların bir kısmı resmi sığata sahip olmayan ancak resmi makamın sahnelediği oyun çerçevesinde hareket eden kişilerin şüpheli ile karşı karşıya geldikleri durumları ifade alma olarak değerlendirmekte ve böylece § 136 StPO'nun (CMK m. 147) doğrudan uygulama alanı bulunduğunu belirtmekte¹¹⁹; bir kısmı ise bu tip durumlarda şekli anlamda ifade almadan bahsedilemeyeceğini ancak ifade alma benzeri durumun varlığından dolayı § 136 StPO'nun (CMK m. 147) kıyasen (analog) uygulanması gerektiğini savunmaktadır^{120, 121}

(2) Buna karşın iş özel kişilerin eylemlerinin kamu organlarına § 136a StPO'da (CMK m. 148) yer alan aldatma unsuru üzerinden isnat edilip edilmeyeceğine dair soruya cevap vermeye geldiği zaman, öğreti ile *BGH*'nin büyük ölçüde görüş birliğine vardığı görülmektedir.

Gerçekten de öğretideki baskın görüş yukarıda özetlenen kararlarda yer alan gerekçelerle meseleye yaklaşmaktadır. Bu nedenle öğreti, şüphelinin haklarının özel kişilerin soruşturma makamlarının ad ve hesabına hareket

¹¹⁹ Gleß, § 136a kn. 15.

¹²⁰ Beulke, kn. 481d vd.; Eisenberg, kn. 571, 638; Robert Esser, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2004, s. 100; Karsten Gaede, "Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 495 vd.; Joachim Renzikowski, "Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2008, s. 167; Claus Roxin, "Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg", in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1995, s. 467 vd.; Claus Roxin, "Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen", in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1997, s. 19 vd.; Schuhr, § 136a kn. 81.

¹²¹ Büyük Senato ile aynı yönde görüş bildiren yazarlar da mevcuttur, Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, C.F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2007, kn. 891; Michael Lemke, Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, C.F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2009, § 136a kn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 4. Diğer bir görüş ise yapılan tartışmaların temeline ifade alma kavramının oturtulmasını hatalı olarak değerlendirmekte, Kanunun şekli anlamda ifade almadan bahsettiğini, ifade alma benzeri durum kavramının muğlak bir ifade olduğunu, usul kanunlarının bu kavramın içeriğini dolduramayacağını, tartışmanın Alman Anayasasında yer alan insan onuru kavramı çerçevesinde yürütülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak da özel kişilerin kamu ad ve hesabına hareket ettikleri olaylarda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali § 136 StPO (CMK m. 147) çerçevesinde değil, yalnızca § 136a StPO (CMK m. 148) çerçevesinde değerlendirilmelidir, MAHLSTEDT, s. 50 vd., 137, 138 vd.

ederek dolandırıldığı olayları, bilgilendirilme hakkı, susma hakkı, açıklama yapma(ma) hürriyeti gibi hepsi birbiriyle bağlantılı olan haklar çerçevesinde ve/veya *nemo tenetur* ilkesi çerçevesinde değerlendirmekte ve son tahlilde yalnızca § 136 StPO'nun (CMK m. 147) ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Baskın görüşe göre, şüphelinin yapılan görüşmenin içeriğinden kolluk görevlilerinin haberinin olmayacağına dair inancının özel kişi tarafından zedelenmesi, aldatmanın kabulü için yeterli değildir; zira aldatma § 136a StPO'nun (CMK m. 148) şart koştuğu ölçüde şüphelinin özgür iradesini zedelememektedir¹²².

Azınlıkta kalan görüş ise, öğretinin büyük kısmının ve *BGH*'nin aldatma unsuruna ilişkin açıklamalarını fazla yüzeysel bulmakta, konuya daha detaylı yaklaşıldığı zaman¹²³ ulaşılabilecek sonucun farklı olacağını savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre de soruşturma makamları özel kişileri delil etmek amacıyla kullanabilir; bu kişilerin kimliklerini saklaması da aldatma değildir. Ancak yasak usul olarak aldatmanın olup olmadığı kimliğin saklanması çerçevesinde değil, özel kişinin şüpheli ile iletişime geçme saikini saklaması çerçevesinde ele alınmalıdır. Bir hukuk devletinde § 136a StPO (CMK m. 148) hükmünün varlığı, kanun koyucunun elde edilen delil bakımından kalite zafiyeti yaşanmamasını istediğine işaret etmektedir. Dolayısıyla kimliğini saklayan özel kişi ile iletişime geçen şüphelinin kendi aleyhine delil verirken özgür iradesiyle hareket ettiği savunulabilecek bir görüş değildir. Keza *BGH* ve öğretilerde çok sayıda yazar tarafından kullanılan “şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin kolluğa duyduklarını anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukuken bir fark yoktur” şeklindeki yaklaşım da isabetsizdir. Şüpheli kişi karşısındaki kişinin gerçek kimliğini düşünerek değil, gerçek saikini düşünerek iletişime geçmektedir. Şüpheli, iletişime geçtiği kişinin kolluk adına çalışan bir kişi olduğunu bilseydi, kendi aleyhine olan açıklamaları yapmayacaktı. Bu, tek başına yasak

¹²² Gleß, § 136a kn. 44; Lemke, § 136a kn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 4 vd.; Rogall, § 136a kn. 67 vd.; Claus Roxin, “Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Yıl 1995, s. 465 vd.; Claus Roxin, “Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Yıl 1997, s. 18 vd.

¹²³ Mahkeme kararlarında ve öğretilerde § 136a StPO'nun yeterince tartışılmadığı hususunda Matthias Jahn, “Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2000, s. 442 vd.; Martin Popp, “Polizeilich veranlaßtes Telefongespräch mit dem Tatverdächtigen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Yıl 1998, s. 95 vd.

usul olan aldatmanın kabulü için yeterlidir¹²⁴.

4. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Özel kişinin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmesinin, şüpheli ile temasa geçip delil elde etmeye çalışmasının ne zaman ve hangi şartlar altında ifade alma (CMK m. 147) olarak değerlendirileceği ve bu rol değişiminin hangi durumlarda CMK m. 148 bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceği hususunda, görülebildiği kadarıyla, yol gösterici kabul edilebilecek bir yargı kararı Türk Hukukunda mevcut değildir¹²⁵.

¹²⁴ Beulke, kn. 136, Eisenberg, kn. 638; ayrıca bakınız Kühne, kn. 896.

¹²⁵ Kıyaslayınız Mehmet Arslan, Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung, Duncker&Humblot, Berlin, 2015, s. 488. Ancak yine de şu karar zikredilmelidir: Yarg. 1. CD., T. 16.02.2004, E. 2003/3819, K. 2004/299: “İncelenen dosyaya göre; belediyede temizlik işçisi olarak çalışan maktûlün her zamanki gibi, olay günü de saat 01.00 civarında evine geldiği, kapının, karısı olan sanık M. tarafından açıldığı, ardından yemek yediği ve sabah saat 10.00 sıralarında öldüğünün M. tarafından komşulara duyurulduğu dosya kapsamı ile sabittir. Tanık S. dışında görgü tanığı bulunmayan olay tartışmalı olup, tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Öyle ki; öncelikle olay gecesi evde olduğuna ilişkin kuşku bulunmayan ve olayı görmediğini duymadığını söyleyen M.’den şüphelenilmiş, nitekim baştan itibaren sanık muamelesi gören M., 27.2.2002 tarihinde tutuklanmış, 8.3.2002 tarihli iddianame ile de kocasını öldürmekten hakkında kamu davası açılmıştır. Başlangıçta diğer sanıklara yönelik bir kuşku oluşmamıştır. Ne zaman ki, olay gecesi evde olduğu anlaşılan, M. ile maktûlün müşterek çocukları 1995 doğumlu S., anneannesinin yanından amcası D. tarafından alınmış, bundan sonra D., S.’nin olay hakkında bilgisi olduğundan bahisle, onun söylediklerini teyp kasetine kaydederek C. Savcısına getirmiştir, o zaman diğer sanıklar hakkında da kovuşturma başlatılmıştır. Çünkü kasetteki kayda göre, S. dayıları, C. ve E.’yi suçlamakta, öldürücü hareketi ise dayısı C.’nin yaptığını söylemektedir. S.’nin benzer beyanları C. Savcısı huzurunda da 21.5.2002 tarihinde tekrar etmesi üzerine, C. ve E. aynı gün gözaltına alınmışlar ve 24.5.2002 tarihine kadar gözaltında tutulmuşlardır. 24.5.2002 tarihinde her ikisinin de kolluk tarafından ifadeleri alınmak istenmiş, ancak her ikisi de kollukta susma hakkını kullanacaklarını, C. Savcısına ifade vermek istediklerini belirtmişlerdir. Aynı tarihte sanıklar C. Savcısı huzurunda hazır edilirken, bir kolluk görevlisi ile C. arasında geçen konuşmalarla, C.’nin kendisinin de yardımı olmakla birlikte suçu E.’nin işlediği şeklindeki ikrarlarını kapsayan ve gizli çekildiği anlaşılan videokaseti C. Savcısına sunulmuştur. Bu kasetteki görüntülerin 21.5.2002 ile 24.5.2002 arasındaki bir tarihte çekildiği anlaşılmaktadır. Sonuçta, soruşturmanın devam eden aşamalarında her iki sanıkta suçu inkâr etmiş, C., kasetteki mülakati işkence görmekten korktuğu için yaptığını söylemiştir. Mahkeme, belirtilen delillere istinaden hüküm kurmuştur. Şu hâlde yerel mahkeme hükmünü üç önemli delile dayandırmıştır. Bu delillerden birincisi, küçük S.’nin konuşmalarının yer aldığı ve amcası D. tarafından kaydedilen teyp kasetidir. İkincisi, S.’nin kasetteki kayıtları teyit eden aşama ifadeleri, üçüncüsü ise polis tarafından C.’den habersiz olarak gizli kamera ile kaydedilmiş olan, C.’nin ikrarını havi videokasetidir. Gerekçeli kararın 4. sayfasının son paragrafındaki ifade aynen şöyledir: “ C.’nin görüntülü kasete alınan oluş kısmında açıklanan ikrarının baskıya dayalı olduğu ve ifadenin usule uygun şekilde alınmadığı yolundaki savunmaları yerinde değildir, bilirkişi ve taraf vekilleri hazır olduğu halde mahkeme heyetine kasetin ifadenin alınması sırasında ve öncesinde zabıtaca sanık C.’ye herhangi bir baskı yapılmadığı ifadesine başlarken biraz tutuk olduğu, 5-10 saniye

Ancak Türk Hukukunda da tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi kolluk görevlilerinin ad ve hesabına hareket eden özel kişilerin delil elde etmesini yasaklayan bir normun bulunmadığı düşünüldüğü zaman, Türkiye’de de kolluk görevlilerinin sahneye koydukları oyunlarda, şüpheli ile iletişime geçen kişinin özel bir kişi olması pek tabii ki mümkündür. Dolayısıyla meselenin Türk Hukuku bakımından da ele alınması gereklidir. Ancak bu yapılırken iki ülke hukuku arasındaki farklılıklar nedeniyle, Alman Hukuku çerçevesinde ortaya konan ilkelerin Türk Hukukuna olduğu gibi aktarılmasının mümkün olmadığı unutulmamalıdır¹²⁶.

sonra rahat bir şekilde adeta amacına ulaşmış bir insanın iç huzuru içerisinde olayı anlattığı görülmüştür Bu nedenlerle sanıklar vekilinin bu yöne ilişkin savunmaları kabule şayan görülmemiştir.” Yine gerekçeli kararın 4. sayfasının 3. paragrafının son cümleleri şu şekildedir: “Olay mahallinin görüntülenmesiyle ilgili kaset çözümü ve sanık C.’nin poliste ikrarı ve olayın oluşunu açıklayan konuşması ile ilgili görüntü kasetinin çözümü hakkında tespit tutanağı ve kasetin heyetçe izlenmesinde görüldüğü üzere tanık S.’nin anlatımlarıyla esas itibarıyla örtüşmektedir, bu durumda tanık S.’nin ifadesine itibar edilmemesi yönündeki savunma yerinde görülmemiştir.” Buradaki ifadelerden, C.’nin ikrarını içeren videokasetinin hükme esas alındığı, suçun sübutu, sanıkların suç içerisindeki etkinlikleri ve iştirakin derecesinin münhasıran bu delile dayandırıldığı, dosya içerisinde mevcut olduğu belirtilen diğer delillerin bu delili destekleyen yan deliller olarak değerlendirildiği görülmektedir. 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK’un 135/a maddesi yasak sorgu yöntemlerini tarif etmiştir. Yine 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK’un 254/2. hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı açıktır. Dosyadaki olayda, sanık C. kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan videokasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir.” (Kazancı)

¹²⁶ Bu noktada şu açıklamaların faydalı olacağı düşünülmektedir. (1) Alman Ceza Usul Kanunu (StPO), CMK’dan farklı olarak şüpheli (*Beschuldigter*) kavramını soruşturma evresine ait bir kavram olarak değil, üst bir başlık olarak değerlendirmiş; kendisine karşı ceza muhakemesi yürütülen kişiyi ifade etmek için kullanılmıştır. Hal böyle olunca § 157 StPO bir kez daha ayırım yapmış ve “*Angeschuldigter*” kavramı ile aleyhine savcılık tarafından kamu davası açılması maksadıyla mahkemeye başvurulmuş kişiyi (“*ara soruşturmadaki sanık*”, Yenisey/Oktar, s. 255), “*Angeklagter*” kavramı ile ise aleyhine savcılık tarafından açılan kamu davasının mahkeme tarafından kabul edilip hakkında yargılama başlanan kişiyi (“*ceza davalısı sanık*”, Yenisey/Oktar, s. 255) ifade etmiştir, Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel, Strafprozessrecht, Verlag C.H.Beck, 7. Auflage, München, 2017, kn. 69, 166, 178 (söz konusu bu eserin Türkçe çevirisi için bakınız Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Çev. Oktar S), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 72, 144, 153.) (2) Alman Ceza Usul Kanunu, yine CMK’dan farklı olarak ifade alma ve sorguya çekme kavramlarının ne anlama geldiğini belirtmemiştir (sırf bu durum dahi Almanya’da doçentlik tezlerine konu olmaktadır, bakınız Antje Schumann, Verhör, Vernehmung, Befragung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, s. 3 vd.). Hal böyle olunca da CMK m. 147’in karşılığı olan ve “şüphelinin ilk sorgusu” başlığını taşıyan § 136 StPO’nun ve CMK m. 148’in karşılığını oluşturan § 136a StPO’nun yalnızca hâkimlik sorgusu için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Savcılığın ve kolluk görevlisinin şüpheliyi sorgulamasının hukuki daya-

a. İfade Alma Kavramı Ne Anlama Gelmektedir?

Türk Hukuku bakımından değerlendirme yapılırken öncelikle ifade alma teriminden ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır:

CMK'da yer alan düzenlemeler, özellikle de CMK m. 147 ile ifadenin tutanağa bağlanacağına, bu tutanakta ifade alma işleminin nerede ve ne zaman yapıldığının ve tarihe ilişkin bilgilerin yer alacağına keza ifade almada hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatlarının neler olduğunun belirtileceğinin ortaya konması; CMK m. 148/4 ile müdafî hazır bulunmadan kollukça alınan ifadenin hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağına belirtilmesi; CMK m. 148/5 ile de şüphelinin tekrar ifadesinin alınması gerektiğinde bunun savcı tarafından yapılacağına emredilmesi, ifade almadan şekli anlamda ifade almanın anlaşıldığını ortaya koymaktadır¹²⁷.

Ancak ifade almanın şekli anlamda anlaşılması ciddi sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Kanun koyucunun bir taraftan şüphelinin özellikle susma hakkı hususunda bilgilendirilmesini emrettiğini belirtmek ancak bunu yalnızca şekli anlamda ifade alma hali için geçerli kılmak, buna karşın aynı kanun koyucunun şekli anlamda bir ifade almadan bahsedilmediği durumlarda şüphelinin susma hakkını korumadığını iddia etmek, kolluk görevlilerine adeta CMK m. 147'de yer alan aydınlatma/bilgilendirme yükümlülüğünü nasıl görmezden gelebilecekleri, bunları nasıl dolanabilecekleri hususunda yol göstermek olacaktır¹²⁸. Bunun ise bir hukuk devletinde kabul edilemez

nağın § 163a StPO oluşturmakta ve bu kişilerin şüphelinin sorgusu sırasında §§ 136, 136a StPO'nun belirlediği kurallara uymaları gerektiği kabul edilmektedir.

¹²⁷ Türk öğretisinde de şekli anlamda ifade almadan hareket edildiği kabul edilebilir, kıyaslayınız Centel/Zafer, s. 265 vd.; Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Aşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 315 vd.; Karakehya, s. 208 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 243 vd.; Öztürk (Ed.), s. 359 vd.; Ünver/Hakeri, s. 573 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 616.

¹²⁸ Bu noktada şu açıklamaların faydalı olacağı düşünülmektedir. Gerek Alman gerekse de Türk Hukukunda şüpheli sıfatının ne zaman başladığı hususunda farklı fikirler ileri sürülebilir. Gerçekten de sübjektif teoriye göre şüpheli sıfatının kazanıldığı an, yetkili makamların iradi bir işlemi yaptıkları andır. Diğer bir ifadeyle kamu makamlarının kişiyi açıkça bir suçla itham etmesi ile kişi şüpheli sıfatını taşımaya başlar. Objektif teori ise şüpheli sıfatının kazanılması için soruşturmanın şeklen başlamış olmasını şart koşmaktadır. CMK m. 48'in varlığı, yani şüpheli-tanık kavramının kanun koyucu tarafından kabul edilmesi nedeniyle her iki teoriyi reddeden karma teoriye göre ise, şüpheli sıfatı bir tedbire başvurulması ile kazanılır. Bu bakımından kolluğun şüphe duyduğu izlenimini veren ilk soru ile şüpheli sıfatı kazanılmış olur, teoriler hakkında Şahin, s. 38 vd.; Rössner/Safferling, s. 2 vd. Tam da bu an ile yani kolluğun o kişiye karşı belli bir oranda şüphe duyduğu izlenimini yaratan ilk soruyu

olduğu açıktır¹²⁹. Öyleyse yalnızca üniformalı ya da üniformalı olmasa bile soruşturma makamları adına hareket ettiği her halinden anlaşılabilir kolluk görevlisi ile şüphelinin karşı karşıya gelmesine değil¹³⁰, soruşturma makamları adına hareket eden özel kişilerin gerçek amacını saklayarak şüpheliden bilgi edinmeye çalışmasını da ifade alma olarak değerlendirilmek en uygun yol olacaktır.

Ulaşılan bu sonuç İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (*İHAM*) vermiş olduğu kararlar ile de uyumludur:

sorması ile ifade alma (CMK m. 147) başlamıştır. Dolayısıyla kolluk kişiye haklarını söz konusu soruyu sormadan bildirmek zorundadır. Bu bakımdan örneğin şahsın açıklamalarından sonra kolluğun kişiyi var olan şüpheye rağmen tanık olarak dinleyip kolluğun kişiye haklarını “duyacaklarını duyduktan sonra” bildirmesi, CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilmelidir; zira “*her ne kadar soruşturma makamları şüphelinin değerlendirilmesinde bir ölçüde takdir yetkisine sahip iseler de somut şüphe durumunda veya soruşturma makamının kendi tahminine göre şüpheli olarak görünen kişiyi bu role dâhil etmekte keyfi olarak gecikme hakkı yoktur*”, Şahin, s. 43. Ancak gerçek hayatta ifade almanın başlama anı ve/veya bir kimsenin şüpheli sıfatını kazanması anı her zaman kolay saptanamamaktadır. Bundan dolayı Alman öğretisinde kolluğun “*ön bilgi edinme faaliyetlerinin*” (*informativische Befragung*) ifade alma olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla kolluk, araştırmanın hemen başında, soruşturulması gereken bir suç olup olmadığını öğrenmek, kimlerin hangi sıfatla (tanık veya şüpheli) olayla ilgililerinin bulunup bulunmadığını anlamak için, ön bilgi edinmeye yönelik sorular sorabilir. Bu durumda tıpkı olay yerindeki şahıslarla yapılan “*spontan açıklamalarda*” (Şahin, s. 86; Ünver/Hakeri, s. 576) olduğu gibi, kolluğun CMK m. 147’den kaynaklanan herhangi bir bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (Yenisey/Nuhoğlu, s. 564 vd.); zira irtada teknik olarak ifade alma bulunmamaktadır, Eisenberg, kn. 509, Şahin, s. 59 vd. Ancak ne zaman ki soruşturmanın devamında kendisinden ön bilgi alınan kişinin şüpheli olduğu anlaşılır ve bu kişinin CMK m. 147’de yer alan hakları hatırlatılmadan ön bilgi alma çerçevesinde yaptığı açıklamaların kendisinin aleyhine olduğu anlaşılırsa, bu bilgilerin şüpheliye veya daha sonraki sanığa karşı kullanılması mümkün değildir, Eisenberg, kn. 510.

¹²⁹ Kıyaslayınız Duttge, s. 261.

¹³⁰ Bu noktada Şahin’in CMUK ve CMK arasındaki terminoloji farklılıklarına da dikkat etmek suretiyle yapmış olduğu şu açıklamayı aynen aktarmanın faydalı olacağı düşünülmektedir: “*Sorgu, sadece sanığın şekli anlamda sorgusu, kapalı bir mekânda, karakoldaki sorgu odası denen yerde veya savcı ya da hâkim huzurunda yapılan bir faaliyet olarak anlaşılabilir. Böyle bir anlayış, sorgu kavramını son derece sınırlandırmak sonucunu doğurur. Gerçekte sorgu, koşturma organının, sanığın kendini suçlaması sonucunu doğurabilecek bir açıklamada bulunmasını gerektiren veya onu bu yönde bir beyanda bulunmaya sevk edecek her türlü davranışı içine alacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Sorgu kavramının ancak bu şekilde anlaşılması halinde sanığın, başta susma hakkı üzere, hazırlık soruşturmasında ve dolayısıyla sorguda sahip bulunduğu hakları bir anlam ifade edebilir. Bu nedenle CMUK’nun 135. Maddesinde yer alan ve sanığın, ilk olarak, karakolda ve mahkemede yapılacak olan sorgusundan önce haklarının öğretileceği şeklinde bir anlayışa sevk eden ifade biçimi, kanaatimizce isabetli olmamıştır.*” (Şahin, s. 64). Pek tabii ki bu açıklamalar öncelikle şüpheli sıfatının kazanılması anına ilişkindir. Ancak bunun, özel kişilerin kamu makamlarının ad ve hesabına hareket ettikleri olaylara da aktarılması mümkündür.

(1) *İHAM*, *Allan vs. UK* kararında ifade alma teriminin içeriğinin fonksiyonel bir bakış açısı ile doldurulması gerektiğini belirtmiştir. Yukarıda verilen örneklere oldukça benzeyen bir olayı¹³¹ değerlendiren Mahkeme, İngiltere'nin Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. *İHAM*, öncelikle Sözleşmenin yalnızca devletleri muhatap aldığını ifade eden 1. maddesi hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Mahkemeye göre her ne kadar somut olayda adil yargılanma hakkını ihlal eden kişi resmi sığata sahip bir kolluk görevlisi değilse de özel kişinin kamu makamları ad ve hesabına hareket ettiği düşünöldüğünde, bu kişinin eylemi kamu makamlarına isnat edilmelidir. Mahkeme daha sonra da kişinin kendini itham etmeme hakkına ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Mahkemeye göre bu hak adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu hak, kamu organlarının sahnelediği bir oyun aracılığıyla ihlal edilirse, ihlali fiiliyatta gerçekleştiren kişi özel kişi olsa dahi, Sözleşmeye aykırılık doğacaktır. Zira kamu makamları susma hakkını kullanan şüpheli üzerinde güvenilir kişi aracılığıyla güç kullanmış/baskı kurmuş, uyguladığı bu güç/kurduğu bu baskı, şüpheliyi kendini itham etmeye zorlamıştır¹³².

Söz konusu bu kararın ne anlama geldiği ortadadır: Özgürlüğünden alıkonulan ve susma hakkını kullanan şüpheliden bilgi almak amacıyla kamu makamları özel kişileri “ayartır” ve kamu makamları bu özel kişiler aracılığıyla şüphelinin karşısına çıkarsa, fonksiyonel olarak ifade almadan bahsetmek gerekmektedir. Öyleyse bu karar ile Mahkeme, kamu makamları ile şüphelinin karşı karşıya geldiği durumlarda, şüphelinin özgür iradesini sakatlayan ve kamuya isnat edilen haksız eylemleri yalnızca şekli anlamda ifade alma ile sınırlamamış; haksız ve irade özgürlüğünü sakatlan eylemlerin özel kişilerin kamu adına şüpheli ile karşı karşıya geldiği anlarda da mevcut

¹³¹ Başvurucu (*Allan*) ve bir başka suç ortağı olduğu iddia edilen kişi (G), birden çok yağma işledikleri iddiasıyla yakalanmıştır. Başvurucunun, (G) ile kaldığı oda sürekli olarak dinlenmiş ve kayda alınmıştır. Başvurucu, ifadesi alınırken sürekli olarak susma hakkını kullandığını beyan etmiştir. Kolluk, Başvurucu ile (G) arasındaki konuşmalardan herhangi bir delil elde edemeyince, bu sefer Başvurucunun kaldığı odaya güvenilir kişi olan (H)'yi yerleştirmiştir. Kolluk görevlilerince (H)'ye verilen görev Başvurucuyu “konuşturmak”tır. İlerleyen tarihlerde bir gün, kolluk Başvurucunun bir kez daha ifadesine başvurmak için, onu polis merkezine götürür. Bu sırada diğer kolluk görevlileri de (H)'nin vücuduna ses kayıt sistemi yerleştirir. Polis merkezinden döndükten sonra (H), Başvurucuya çeşitli sorular sorar. (H) yerleştirilen sistemin çalışmadığını, ancak polis merkezinden döndükten sonra Başvurucunun suçunu ikrar ettiğini açıklar. (H)'nin bu açıklamaları mahkûmiyet kararında rol oynar.

¹³² EGMR Urt. v. 5.11.2002 (Beschwerde Nr. 48539/99) - *Allan v.UK* (JR 2004, 129).

olabileceğini belirtmiştir¹³³.

(2) *Allan vs. UK* kararı her ne kadar oldukça ilerici bir karar olsa da karara konu olan olayda Başvurucunun kamu makamlarının gözetiminde bulunuyor olması ve susma hakkını kullanmış olması, fonksiyonel ifade almaya ilişkin ortaya konan ilkelerin uygulama alanına ilişkin bazı soru işaretlerine neden olmuştur¹³⁴. Daha basit bir ifadeyle şüpheli örneğin gözetiminde değilse, daha önce hiç şekli anlamda ifade alma gerçekleşmemişse ve de şüpheli susma hakkını kullanmamışsa, fonksiyonel ifade almadan yine de bahsedilebilecek midir? Bu soruya yanıt oldukça kafa karıştırıcı ve yanlış anlaşılmalara meydan verecek şekilde kaleme alınsa da yine *İHAM* tarafından *Bykov vs. Rusya* kararında cevaplanmıştır.

Karara konu olan olayı¹³⁵ değerlendiren Mahkeme, oyçokluğuyla Rusya'nın Sözleşmenin 6. maddesini değil, 8. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Bu çalışma için önemli olan husus, Rusya'nın 6. maddeyi ihlal etmediğine dair kabulün gerekçesidir. Bu nedenle açıklamalar yalnızca bu bölümle ilgili olarak sınırlandırılabilir:

Mahkemeye göre Rusya 6. maddeyi ihlal etmemiştir; zira somut olayda *Allan vs. UK* kararına konu olan olaydan farklı olarak Başvurucu ne gözetim altına alınmış veya tutuklanmış ne de daha önce susma hakkını kullanmıştır. Ayrıca Başvurucu, güvenilir kişi sıfatıyla kolluk makamları ad ve hesabına çalışan

¹³³ Bu yönde detaylı açıklamalar için Esser, s. 102 vd.

¹³⁴ Karsten Gaede, "Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 496 vd.

¹³⁵ Başvurucunun (*Bykov*) Eylül 2000'de yanında çalışan (V)'ye eski ortağı (S)'yi öldürmesini söylediği iddia edilmektedir. (V), Başvurucunun söylediği iddia olunan emri kolluk görevlilerine aktarır ve hatta (V) yanında Başvurucunun verdiği iddia edilen silahı da getirir. Bunun üzerine kolluk görevlileri, (S)'nin evinde iki ceset bulunduğu, bunlardan birinin (S) olduğu yönünde haber kanallarında sahte bir haber dolaşmasını sağlar. Bu yönde haberlerin çıkmasından sonra (V), kolluk görevlilerinin talimatıyla, Başvurucunun evine gider. Bu ziyaretten önce (V) ayrıca kolluk görevlilerinin kendisine sağladığı ekipmanlar ile donatılır. Başvurucunun yanına giden (V), Başvurucuya talimatını yerine getirdiğini belirtir ve hatta (S)'ye ait olduğunu iddia ettiği bir takım kişisel eşyaları teslim eder. Bu eşyalar daha sonra Başvurucuda bulunur. Rus Mahkemesi Başvurucuyu akim kalan adam öldürmeye azmettirmeden dolayı cezalandırır. Mahkeme, Başvurucu hakkında mahkûmiyet kararı verirken, öncelikle (V)'nin anlatımlarına, çok sayıda tanık ifadesine, Başvurucu ile (S) arasındaki eskiye dayanan husumeti ortaya koyan kanıtlara dayanır. (V)'nin kolluk görevlilerinin sahnelediği oyun çerçevesinde Başvurucunun yanına gittiği zaman kayıt altına alınan konuşmalara ise mahkûmiyet gerekçesinde yer verilirse de mahkûmiyet kararına bu kayıtlar tek başına gerekçe oluşturamaz.

kişinin “patronu” konumundadır ve dolayısıyla da onunla konuşurken, tamamen özgür iradesi çerçevesinde hareket edebilmektedir. Diğer bir ifadeyle *Allan vs. UK* kararına konu olan olaydan farklı olarak kamu makamları şüpheli üzerinde güvenilir kişi aracılığıyla güç kullanmamış/baskı kurmamış, şüpheliyi kendini itham etmeye zorlamamıştır¹³⁶.

Mahkemenin bu açıklamaları, ilk bakışta şüphelinin örneğin gözaltında olmadığı, susma hakkını kullanmadığı olaylarda fonksiyonel ifade almadan bahsedilemeyeceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Ancak bu çıkarım yanıltıcı olacaktır. Mahkemenin *Allan vs. UK* kararına atıf yapması dahi tek başına, şüphelinin kamu makamlarının gözetimde olmadığı, susma hakkını kullanmadığı olaylarda dahi güvenilir kişi olan özel kişinin eylemlerinin kamu makamlarına isnat edilebileceği anlamına gelmektedir. Daha basit bir ifadeyle, Mahkeme Başvurucunun “dışarıda” olmasına önem atfetmemiştir. Mahkemeye göre karara konu olan olay ile *Allan vs. UK* kararına konu olan olay arasındaki fark başkadır. *Bykov vs. Rusya* kararına konu olan olayda, Başvurucu yalnızca ses kayıtları dolayısıyla değil, diğer birçok başka delile dayanarak mahkûm edilmiştir. Dolayısıyla Mahkemeye göre *Bykov vs. Rusya* kararına konu olan olayda, *Allan vs. UK* kararına konu olan olaydan farklı olarak kamu makamları Başvurucu üzerinde yeterli “baskı” kuramamıştır¹³⁷.

Bu, şu anlama gelmektedir: Şüpheli ile kamu makamları daha önce şekli anlamda ifade almada karşı karşıya gelmese de ve/veya şüpheli susma hakkını kullandığını belirtmese de kamu makamları özel kişileri kullanarak şüpheli üzerinde açıklama yapması yönünde baskı kurabilir. Baskı kurulduğu an, bu baskının bizatihi kendisi adil yargılanma özgürlüğünü ihlal edebilir; zira şüphelinin “dışarıda” olduğu durumlarda dahi kamu makamlarının sahneye koydukları oyun, şüphelinin açıklama yapma(ma) özgürlüğünü zedeleyebilecektir¹³⁸.

(3) Tüm bu açıklamalardan sonra CMK m. 147, 148 anlamında ifade almadan ne anlaşılması gerektiği şu şekilde ifade edilebilir: İfade alma, resmi

¹³⁶ Große Kammer des EGMR, Urt. v. 21.1.2009 (Beschwerde-Nr. 4378/02) – Bykov v. Russland (JR 2009, 514).

¹³⁷ Karsten Gaede, “Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 497.

¹³⁸ Karsten Gaede, “Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 497.

sıfata sahip ya da sahip olmayan ancak her halükârda kamu makamları ad ve hesabına hareket eden kişilerin, şüpheliden işlendiği iddia olunan suç hakkında bilgi almaya çalışmasıdır. Şüphelinin gözaltı, tutukluluk gibi kamu makamlarının gözetiminde olup olmaması önemli değildir. Keza daha önceden şekli anlamda bir ifade alma sırasında şüpheli ile kamu makamlarının karşı karşıya gelmiş olup olmaması da önemli değildir. Şüphelinin daha önce susma hakkını kullanıp kullanmadığı da önemsiz diğer bir husustur¹³⁹. Bu bakımdan “ifade alma benzeri durum” terminolojisini kabul edip etmemek yalnızca bir tercih meselesidir. Böylesi bir terminoloji kabul edilmese dahi CMK m. 147, 148 hükümlerinin uygulama alanı şekli anlamda ifade alma ile sınırlanamaz.

b. CMK m. 148’in İradeyi Bozan Aldatmayı Şart Koşmaması Ne Anlama Gelmektedir?

İfade almanın şekli anlamda değil fonksiyonel anlamda anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi, tek başına yukarıda zikredilen örneklerde otomatikman, başkaca hiçbir inceleme yapmadan yasak usul olan aldatmanın varlığını kabul etmek demek değildir. Zira yasak usul aldatmanın varlığı için öncelikle bir hile olacak ve bu hile, şüphelinin özgür iradesini sakatlayacaktır. Ancak özgür iradeyi sakatlayan hile, CMK m. 148 (§ 136a StPO) anlamında aldatmadır.

İşte tam da bu noktada iki ülke hukuk sistemi arasındaki en temel farklardan birine dikkat çekmek ve Alman Hukukunda ortaya konulan düşüncelerin olduğu gibi Türk Hukukuna aktarılamayacağına işaret etmek gerekmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere Alman Hukukunda yukarıdaki örnek olayların § 136a StPO anlamında aldatma olarak değerlendirilmemesinin altında yatan temel gerekçe, söz konusu olaylardaki aldatmanın, özgür iradeyi sakatlayan aldatma olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle somut olaylardaki aldatma, Kanunun aradığı “özgür iradeyi sakatlama” eşliğini geçememektedir¹⁴⁰.

¹³⁹ Kıyaslayınız Armin Engländer, “Das nemo-tenetur-Prinzip als Schranke verdeckter Ermittler”, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2008, s. 167.

¹⁴⁰ BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502); Gleß, § 136a kn. 44; Lemke, § 136a kn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 4 vd.; Rogall, § 136a kn. 67 vd.; Claus Roxin, “Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1995, s. 465 vd.; Claus Roxin, “Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1997, s. 18 vd.

Ancak CMK m. 148, böylesi bir eşiği şart koşmamaktadır. Bilindiği üzere yasak usulleri düzenleyen norm, Türk Hukukuna mülga CMUK zamanında girmiştir. Yasak usulleri düzenleyen CMUK m. 135a/1 hükmüne göre “İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi *iradeyi bozan* bedeni veya ruhi *müdahaleler* yapılamaz.” Buna karşın yasak usulleri düzenleyen CMK m. 148/1 ise “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal *müdahaleler* yapılamaz.” hükmünü içermektedir¹⁴¹.

Görüldüğü üzere CMK m. 148/1, CMUK m. 135a/1’den farklı olarak “*iradeyi bozan müdahalelerden*” değil, yalnızca “*müdahalelerden*” bahsetmiştir. Bu durumun ne anlama geldiği açıktır: Türk Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak, yasak usul olan aldatmadan bahsedilmek için, aldatmanın şüphelinin özgür iradesini zedelemesi şart değildir¹⁴². Aksi düşünce CMK m. 148/1’in ilk cümlesinden de çıkartılamaz; zira ilk cümle CMUK m. 135a/1’de de yer almaktaydı.

Çalışmada kabul edilen bu görüşe çeşitli açılardan karşı çıkmak pek tabii ki mümkündür. Gerçekten de CMK m. 148/1 hükmünün ilk cümlesinin sonunu ve ikinci cümlesinin başlangıcını “*özgür iradeyi engelleyici nitelikte*” şeklinde beraber okumak mümkündür. Keza CMK m. 148’in gerekçesinde yer alan “*Birinci fıkranın ikinci tümcesinde yer alan ve özgür iradeyi engelleyici nitelikteki eylemler ashında örnek olarak gösterilmektedir: Kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddet gibi*

¹⁴¹ Bu noktada CMK m. 148’in değil, CMUK m. 135a/1’in § 136a StPO ile uyumlu olduğu belirtilmelidir. § 136a StPO - Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbot: “(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose.” Metnin çevirisi: “Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma veya hipnoz *suretiyle*, şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü engellenemez.” (Yenisey/Oktar, s. 121).

¹⁴² Bu yönde haklı çıkarım için Mehmet Arslan, “Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 794: “148. maddede artık “*iradeyi bozan*” tabirine yer verilmemiş olmasının, şüphelinin ifade verme özgürlüğünün lehine anlaşılması gerekir. Bunun sonucu olarak, maddede belirtilen veya irade özgürlüğünü diğer şekillerde ihlal eden yöntemlere başvurulmuş olması halinde; bunun gerçekten iradeyi bozup bozmadığı konusunda ayrıca olumlu bir tespitle bulunulması gerekli değildir.”

bazı araçlar uygulanamaz. Bu hallerin ortak nitelikleri ruhsal veya bedensel müdahale olarak, iradeyi bozmalarıdır.” şeklindeki açıklamalar hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kanun koyucunun şüphelinin özgür iradesini zedeleyen aldatmayı şart koştuğunu göstermektedir. Lakin yine de birinci ve ikinci cümlelerin farklı cümleler olduğu keza gerekçenin bağlayıcı olmadığı unutulmamalıdır.

Ancak ister “aldatmanın şüphelinin özgür iradesini zedelemesi şart değildir” şeklinde ifade edilebilecek burada savunulan görüş isterse de “aldatmanın şüphelinin özgür iradesini zedelemesi şarttır” şeklindeki aksi görüş kabul edilsin, son tahlilde bu görüş ayrılığının en azından bu çalışmada incelenen temel mesele bakımından çok büyük bir fark yaratmadığı göz ardı edilmemelidir. Zira hangi görüş kabul edilirse edilsin, bir sonraki başlıkta detaylıca açıklanacağı üzere soruşturma organları adına hareket eden özel kişilerin elde ettikleri delilin akıbetinin Türk ve Alman Hukuklarında farklı değerlendirilmesinin sebebi, aldatmanın özgür iradeyi sakatlamasının gerekip gerekmediğine dair yapılan tartışma değil, iki ülke hukuk sisteminin delil yasaklarına farklı bakışıdır.

c. Delil Yasaklarına İlişkin Türk ve Alman Hukuklarındaki Farklı Yaklaşım Yasak Usul Aldatma İçin Ne Anlama Gelmektedir?

Türk Hukukunun aldatmanın kabulü için herhangi bir eşik öngörmemesinin doğru bir tercih olmadığı belirtilmelidir. Zira aldatma kavramının içeriği öyle bir şekilde doldurulmalıdır ki, bir taraftan CMK m. 147’de yer alan haklar garanti altına alınmalı diğer taraftan ise soruşturma makamlarının şüpheyi yenme faaliyetlerinin aksamaması sağlanmalıdır¹⁴³. Bu nedenden dolayı CMK m. 148’in açık hükmüne rağmen, “tıpkı Alman Hukukunda” olduğu gibi, ancak ve ancak özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsedildiği durumlarda, yasak usul olarak aldatmanın varlığı kabul edilmelidir.

Ancak “tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi” şeklindeki ifade, yukarıda zikredilen örnek olaylara ilişkin verilen kararlarda “özgür iradeyi sakatlayan aldatmayı” reddederken ileri sürülen “özel kişilerin gerçek saiklerini saklamaları aldatma değildir, zira insanlar karşısındaki kişinin ne saikle hareket ettiğinden bağımsız olarak, kendi aleyhine delil vermek zorunda olmadığını

¹⁴³ Kıyaslayımız Mathias Jahn, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057 vd.; Krack, s. 120 vd.

bilmektedirler” şeklindeki düşüncenin¹⁴⁴ de Türk Hukukuna aktarılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Aksine delil yasaklarına ilişkin Türk ve Alman Hukuklarındaki farklı yaklaşım, yukarıda zikredilen örnek olaylarda farklı düşünülmesini gerekli kılmaktadır.

Alman Hukukundaki yaklaşımın neden reddedilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalara Alman Hukukundan bir örnekle başlamak yararlı olacaktır. Yukarıda zikredilen *olay 5*'i inceleyen *BGH*, kararında aldatmanın varlığını dahi tartışmamış¹⁴⁵, sanki Kanunda aldatmayı yasaklayan bir norm yokmuş gibi davranmıştır¹⁴⁶. *BGH*'nin aldatmadan tek kelime dahi bahsetmemesinin sebebinin ne olduğu bilinmemekle birlikte, kesin olan tek husus, bu tercihi haklı kılan hiçbir nedenin olmadığıdır¹⁴⁷.

Alman Hukukunun bu isteksizliğinin nedeni üzerinde durulmalıdır: Alman Hukuku, Türk Hukukundan farklı olarak, delil yasakları hususunda genel geçer bir kurala yer vermemiştir. Diğer bir ifadeyle Alman Hukukunda, Anayasa m. 38/6'nın ve CMK m. 217/2'nin karşılığı bulunmamaktadır. Alman Hukuku § 136a StPO'nun (CMK m. 148) da dâhil olduğu yalnızca birkaç normda elde edilen delilin kullanılmasını mutlak biçimde yasaklamış; bunun dışında delil yasakları meselesini öğreti ve içtihadı bırakmıştır¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Kıyaslayınız *BGH*, Urteil vom 17.03.1983 - 4 StR 640/82 (BGHSt 31, 304); *BGH*, Urteil vom 08.10.1993 - 2 StR 400/93 (BGHSt 39, 335); *BGH*, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); *BGH*, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200); *BGH*, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502); *BGH*, Urteil vom 21.07.1998 - 5 StR 302-97 (BGHSt 44, 129); *BGH*, Urteil vom 09.04.1986 - 3 StR 551/85 (BGHSt 34, 39); *BGH*, Urteil vom 24.02.1994 - 4 StR 317/93 (BGHSt 40, 66); *BGH*, Urteil vom 09.05.1985 - 1 StR 63/85 (BGHSt 33, 217).

¹⁴⁵ *BGH*, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10 (BGHSt 55, 138).

¹⁴⁶ Aynı yönde eleştiri için Stoffer, s. 385.

¹⁴⁷ Kıyaslayınız Joachim Kretschmer, “Schutz vor staatlich veranlassten Zwang und inszenierter Täuschung”, in: Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2010, s. 345 vd.; § 136a StPO'nun mahkeme kararlarında yeterince tartışılmadığı hususunda Matthias Jahn, “Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2000, s. 442 vd.; Popp, s. 95 vd.

¹⁴⁸ Alman Hukukuna özgülenmiş delil yasaklarına ilişkin Almanca çok sayıda kaynak olsa da bu ülke hukukuna ilişkin bir çeviri için bakınız Claus Roxin, “İspat Hukukunun Esasları” (Çev. Ünver Y), in: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Yıl 2005/2, s. 265 <<https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00131.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.

Delil yasaklarına ilişkin hangi yaklaşımın benimsenmesi gerektiği bu çalışmanın konusu değildir. Bu nedenle sadece bu çalışma kapsamında önemli olan hususlara değinmek yeterlidir:

(1) Türk Hukuku, delil yasakları meselesine, hukuk uygulayıcısına oyun alanı bırakmayan, götürü¹⁴⁹ şekilde yaklaşmaktadır. Ne var ki bu “radikal değerlendirme karşıtı yaklaşım¹⁵⁰”, “değersiz hatalar¹⁵¹” göz ardı edilmek istendiği zaman, Anayasa ve Kanundaki açık düzenlemeleri reddetmek durumunda kalan Yargıtay uygulamasına sebebiyet vermektedir¹⁵². Daha

¹⁴⁹ Anayasa m. 38/6: “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”; CMK m. 217/2: “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*”

¹⁵⁰ Hans Kudlich (Çev. Tepe, İ), “Bağımlı Delil Değerlendirme Yasaklarının Gerçekleşmesinde Kanıtama Yükünün Dağıtımı İçin Bir Model Olarak Objektif İsnadiyet Teorisi”, in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Prof. Dr. Veli Özer Özbek’e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 331.

¹⁵¹ Kudlich (Çev. Tepe), s. 331 dn. 11.

¹⁵² YCGK, E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.03.2012: “Arama kararının ne şekilde infaz edileceği, aramanın yapıldığı 15.02.2007 tarihinde yürürlükte olan 5271 sayılı CYY’nin 119. maddesinin 4. fıkrasında; “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, konutta yapılan arama sırasında; Cumhuriyet savcısının, (veya) İhtiyar heyetinden iki kişinin, (veya) iki komşunun, Hazır bulundurulması gerekmektedir. Buna karşın uyumsuzluğa konu olayda, aramaya on dört kolluk görevlisi ile sanığın katıldığı, bununla birlikte Yasanın arama sırasında bulunmasını istediği diğer kişilerin katılmadığı, bunun da şeklen hukuka aykırı olduğu ve 5271 sayılı CYY’nin 217. maddesinin 2. fıkrasında; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” şeklindeki hüküm uyarınca, arama sonucu elde edilen delilin hukuka uygun biçimde elde edilen delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülebilir ise de; usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınma da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ve ele geçirilen delillerin “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Öğretide de; Prof. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Doç. Dr. Veli Özer Özbek tarafından hazırlanan Uygulamalı Ceza Muhakemesi isimli eserde bu konudan bahsedilirken, ikili bir ayırım yapılarak, bu tasnifte; hak ihlalinin niteliği üzerinde durulup, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak “mutlak delil yasakları” ve “nisbi delil yasakları” kavramlarının ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Buna göre mutlak delil yasakları; 1- Sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlaması, 2- Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 3- Sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlanmaması, (susma hakkı, müdafı tayini isteme hakkı gibi) 4- Hayatın gizli alanına (özel hayatta değil) yapılan müdahaleler, Olarak sayılmış, bunların dışında kalan durumlarda ise hâkim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak “kamu yararı” bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsedilmiştir. Bu bağlamda; illiyet

da önemlisi, delil yasakları meselesine “basit” yaklaşım, CMK’nın içindeki ahengi de bozmaktadır. Anayasa m. 38/6’ya ve de CMK m. 217/2’ye yer verilen bir sistemde CMK m. 148/3 hükmünün ne amaca hizmet ettiği anlaşılammaktadır¹⁵³.

(2) Alman Hukuku ise delil yasaklarına götürü şekilde yaklaşmamaktadır. Bu da delil yasaklarına ilişkin ortaya konan görüşlerin kimi zaman kafa karıştırıcı, birçok zaman kazuistik ve somut olaya bağlı olsa da¹⁵⁴ son tahlilde yaşayan bir canlı gibi sürekli kendini yeni olaylara hazırlayabilmesine imkân tanımaktadır.

Ne var ki bu durum, her zaman şüpheli lehine olmamaktadır:

§ 136 StPO’da (CMK m. 147) yer alan aydınlatılma hakkının ihlal edilmesine ne sonuç başlanacağı önceleri oldukça tartışmalıydı. *BGH*, önceleri § 136 StPO (CMK m. 147) hükmünün basit, yalın bir düzen normu

bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; “herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılması” gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın ceza yargılamasında hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açabilecek son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği kuşkusuzdur. Her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, olayımızda olduğu gibi “Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, CYY’nin 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.06.2007 gün ve 147-159 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.” (kazancı)

¹⁵³ Bu hususta oldukça yerinde bir tespit için Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 407 vd.: “Diğer ülke sistemlerinin tecrübelerinden yararlanılması doğru bir yaklaşım olsa da sistemin diğer bileşenleri göz önüne alınmadan ve gereği gibi anlaşılmeden kopyalanması, sadece sorunlu hukuk uygulamalarına yol açmaktadır. Bu duruma iyi bir örnek, CMK m. 217/2’deki mutlak nitelikteki genel yasağın yanında, CMK m. 148/3’te, şüpheli veya sanıktan yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması ile elde edilen beyanların kullanılmasına ilişkin yasağa ayrıca yer verilmiş olmasıdır. Kanatimizce bu hüküm hukuki değil, sadece tarihi ve psikolojik bir değere sahiptir.”

¹⁵⁴ Alman Hukukunun delil yasakları yaklaşımı hakkında etraflıca açıklamalar için Şenol, s. 163 vd. Ayrıca Türk Hukuk literatüründe delil yasakları hususunda sürekli atıf yapılan Anglosakson Hukuku bakımından çok detaylı açıklamalar için Murat Volkan Dülger, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 129 vd.

olduğunu belirtmiş ve kamu organlarının şüphelinin bilgilendirilme hakkını ihlal etmelerine herhangi bir sonuç bağlamamıştır¹⁵⁵. Daha sonraları ise *BGH*, ihlali yapan kişiye göre bir ayrıma gitmiştir. Hâkimin, aydınlatma görevini ihlal etmesine “duruşma için ne geçerliyse, önsoruşturma için de o geçerlidir” düşüncesi ile değer atfetmiştir¹⁵⁶. Daha sonra ise *BGH* bir adım daha ileri gitmiş, kolluk tarafından şüphelinin aydınlatılma hakkının ihlal edilmesini de delil yasağı olarak nitelemiştir¹⁵⁷.

§ 136 StPO’nun (CMK m. 147) uygulama alanının genişlemesi, § 136a StPO’nun (CMK m. 148) uygulama alanının daralmasına neden olmuştur. Zira delil yasağına ilişkin değerlendirme § 136a StPO’nun (CMK m. 148) uygulama alanından çıkartılıp, § 136 StPO’nun (CMK m. 147) uygulama alanına dâhil edilmiştir¹⁵⁸.

İşte tam bu nokta şüpheli için olumsuzlukları beraberinde getirmiştir. § 136a StPO (CMK m. 148) elde edilen delilin kullanılmasını mutlak şekilde yasaklamaktayken, § 136 StPO (CMK m. 147) elde edilen delilin kullanılmasını mutlak şekilde yasaklamamaktadır; zira bu hükme aykırılık, yasak usullerden farklı olarak kanun yoluyla değil, yalnızca içtihat yoluyla delil yasaklarına dâhil edilmiştir¹⁵⁹.

İçtihat yoluyla yaratılan delil yasağının ne anlama geldiği de açıklanmalıdır: Her somut olayda mahkeme delil elde etmeyi düzenleyen hükmün ihlali olan netice ile işlendiği iddia olunan suçun aydınlatılmasındaki toplumsal menfaati tabiri caizse bir terazinin iki kefesine oturarak, bir karşılaştırma yapacaktır¹⁶⁰.

¹⁵⁵ *BGH*, Urteil vom 31.05.1968 - 4 StR 19/68 (BGHSt 22, 170).

¹⁵⁶ *BGH*, Beschluss vom 14.05.1974 - 1 StR 366/73 (BGHSt 25, 331); *BGH*, Beschluss vom 07.06.1983 - 5 StR 409/81 (BGHSt 31, 401).

¹⁵⁷ *BGH*, Beschluss vom 27.02.1992 - 5 StR 190/91 (BGHSt 38, 214).

¹⁵⁸ Kıyaslayınız Tobias Mahlstedt, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei – Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, Duncker&Humblot, Berlin, 2011, s. 30 vd., 50 vd., 137, 138 vd.

¹⁵⁹ Kıyaslayınız *BGH* Beschluss vom 09.01.2020 – 5 StR 628/19 (BeckRS 2020, 1419).

¹⁶⁰ Kıyaslayınız *BGH*, Urteil vom. 03.05.2018 – 3 StR 390/17 (NSStZ 2019, 227); *BGH*, Urteil vom 06.03.2018 – 1 StR 277/17 (NSStZ 2019, 36); *BGH*, Ur. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15 (BGHSt 61, 266); *BGH*, Urteil vom 20. 12. 2012 - 3 StR 117/12 (BGHSt 58, 84); *BGH*, Ur. v. 22. 12. 2011 – 2 StR 509/10 (BGHSt 57, 714); *BGH*, Ur. v. 13. 1. 2011 – 3 StR 332/10 (BGHSt 56, 127); *BGH*, Urteil vom 14. 8. 2009 - 3 StR 552/08 (BGHSt 54, 69); *BGH*, Urteil vom 18. 4. 2007 - 5 StR 546/06 (BGHSt 51, 285); *BGH*, Urteil vom 22. 11. 2001 - 1 StR 220/01 (BGHSt 47, 172); *BGH*, Urteil vom 11. 11. 1998 - 3 StR 181–98

Alman Hukuku, kendini itham etmeme hakkı, susma hakkı gibi hakların ihlali ile bu ihlal sayesinde elde edilen delil ve bu delil ile aydınlatılan suçun haksızlık içeriğini tıpkı bir terazide olduğu gibi karşılaştırırken, bir adım daha ileri gitmekte ve tartının dengesinin kamu makamları lehine bozulması için değişik enstrümanları da mahkemelere sunmaktadır.

İlk enstrüman “nitelikli aydınlatma”, “nitelikli bilgilendirme” (*qualifizierte Belehrung*) olarak adlandırılan yükümlülüktür¹⁶¹. Bu kavram, şüphelinin hakları hususunda bilgilendirilmediği bir anda yaptığı açıklamaların, belirli bir usulden sonra kullanılabilmesine hizmet etmektedir¹⁶². Buna göre ilk ifade alma sırasında hakları konusunda bilgilendirilmeyen şüpheli ile kamu makamları bir kez daha ifade alma için karşı karşıya geldiklerinde, söz konusu bu ikinci ifade almada kamu makamları eğer ki ilk olarak usulüne uygun şekilde § 136 StPO’da (CMK m. 147)¹⁶³ yer alan hakları şüpheliye bildirir ve de daha sonra ikinci ifade almaya kadarki açıklamalarının hiçbirisinin muhakemede kullanılmayacağını belirtirse, şüphelinin nitelikli aydınlatmadan sonraki beyanları, yani ikinci ifade almadaki açıklamaları, muhakemede kullanılabilir¹⁶⁴.

İkinci enstrüman ise “itiraz çözümü” (*Widerspruchslösung*) olarak adlandırılan husustur¹⁶⁵. Buna göre şüphelinin hakları hususunda doğru bir şekilde bilgilendirilmemesi durumunda veya şüphelinin ifadesinin müdafii

(BGHSt 44, 243); BGH, Beschluss vom 27-02-1992 - 5 StR 190/91 (BGHSt 34, 218); BGH, Urteil vom 17-03-1983 - 4 StR 640/82 (BGHSt 31, 304); BGH, Urteil vom 22. 2. 1978 - 2 StR 334/77 (BGHSt 27, 355); BGH, Urteil vom 21. 2. 1964 - 4 StR 519/63 (BGHSt 19, 325).

¹⁶¹ Bu konuda Türkçe açıklamalar için Meraklı, s. 1572 vd.

¹⁶² BGH, Urteil vom 18. 12. 2008 - 4 StR 455/08 (BGHSt 53, 112).

¹⁶³ Türk Hukuku bakımından dikkat edilmesi gereken husus, CMK m. 148/5 hükmüne göre şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı doğduğunda, bu işlemin ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağıdır. Bu hükmün şüpheli açısından olumlu olduğu kesindir. Ancak yasak usulle elde edilen delilin kesin olarak kullanılmayacağı açıkken, söz konusu hükmün CMK m. 148’de değil konuyla ilgili olan CMK m. 147’de düzenlenmesi gerekirdi. Bu bağlamda içerik olarak doğru hükmün yanlış yerde düzenlendiği belirtilmelidir.

¹⁶⁴ Gleß, § 136 kn. 81, 106; Karl Heinz Gössel, in: Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 1. Band, Einleitung; §§ 1-47, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2016, “Einleitung Abschnitt L – Beweisverbote”, kn. 161; Klaus Rogall, “Grund und Grenzen der qualifizierten Belehrung im Strafprozess”, in: Festschrift für Klaus Geppert, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 519 vd.

¹⁶⁵ Bu konuda Türkçe açıklamalar için Şenol, s. 181 vd.; Ufuk Toprak, “Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Deliller ve İtiraz Çözü-mü”, in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 56, Yıl 2011, s. 31 vd.

hazır bulunmaksızın alınması durumunda, söz konusu hukuka aykırılığı mahkeme, ancak ve ancak sanığın veya müdafin duruşmada bunu dile getirmesi halinde dikkate alabilecektir. İtiraz olmadığı sürece § 136 StPO'nun (CMK m. 147)¹⁶⁶ ihlalinden kaynaklanan hukuka aykırılık, delilin muhakemede kullanılabilmesine engel teşkil etmeyecektir¹⁶⁷.

Kendiliğinden anlaşılma ile birlikte, altı çizilmesinde fayda bulunan nokta gerek nitelikli aydınlatma yükümlülüğünün¹⁶⁸ gerekse de itiraz çözümünün¹⁶⁹, § 136a StPO'nun (CMK m. 148) mutlak değerlendirme yasağı öngörmesi sebebiyle yasak usullerle elde edilen deliller açısından uygulama olanağının bulunmadığıdır.

(3) Bu başlık altında son olarak, kamu makamları ad ve hesabına delil elde etmek için eylemde bulunan özel kişilerin faaliyetlerinin § 136a StPO'nun (CMK m. 148) uygulama alanından çıkartılıp, § 136 StPO'nun (CMK m. 147) uygulama alanına dâhil edilmesinin Türk Hukuku açısından ne anlama geldiği açıklanmalıdır.

Türk Hukukunun ortaya koymaya çalıştığı radikal yaklaşım, değersiz hatalar söz konusu olduğunda isabetsiz ve uygulanamazdır¹⁷⁰; buna karşın CMK m. 148/3 ile Anayasa m. 38/6, CMK m. 217/2 hükümlerinin ortaya koymak istedikleri konsept dikkate alındığında, yasak usuller söz konusu

¹⁶⁶ Türk Hukuku bakımından dikkat edilmesi gereken husus, CMK m. 148/4 hükmüne göre müdafî hazır bulunmaksızın alınan ifadenin, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağıdır. Bu hükmün şüpheli açısından olumlu olduğu kesindir. Ancak yasak usulle elde edilen delilin kesin olarak kullanılmayacağı açıkken ve de rıza olsa dahi bu tür delillerin kullanılmayacağı da zaten düzenlenmişken, söz konusu hükmün CMK m. 148'de değil konuyla ilgisi olan CMK m. 147'de düzenlenmesi gerekirdi. Bu bağlamda içerik olarak doğru hükmün yanlış yerde düzenlendiği belirtilmelidir.

¹⁶⁷ Detaylar için Bernd Kuhn, "Die Widerspruchslösung", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2010, s. 891 vd.

¹⁶⁸ Gössel, kn. 162; Klaus Rogall, "Grund und Grenzen der qualifizierten Belehrung im Strafprozess", in: Festschrift für Klaus Geppert, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 538 vd.

¹⁶⁹ Gössel, kn. 55.

¹⁷⁰ Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 1995, s. 47 vd.: "İllet bağ, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeyen bir değerlendirme, herhangi bir hakın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinde uzun vadede son derece ağır sonuçların doğmasına yol açabilir. Burada her şekli aykırılık aynı zamanda hak ihlaline de yol açar gibi toptancı bir iddianın ileri sürülmesi mümkündür; ancak böyle bir iddianın gerçeklerle alakası bulunmamaktadır."

olduğu zaman Türk Hukukunun konuya Alman Hukukundan çok daha cesurca yaklaşabileceği ortadadır. Zira yukarıda örnek olarak zikredilen olaylarda Alman Hukukunun özgür iradeyi sakatlayan aldatmayı reddetmesinin altında yatan neden, aslında somut olaylarda özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın olmaması değil; Alman Hukukunun delil yasaklarına ilişkin şüpheli, çekingen yaklaşımıdır. Hal böyle olunca da yukarıda örnek olarak zikredilen olaylarda özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın mevcut olup olmadığı, Alman Hukukundaki baskın görüşün ortaya koyduğu düşüncelerden bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir¹⁷¹.

d. Sorunun Çözümü: Maddi Ceza Hukukunda Kabul Edilen Objektif İsnadiyet Teorisinin Şekli Ceza Hukukuna Aktarılması

Hukuk sistemi otonomi prensibine dayanmaktadır. Nasıl ki maddi ceza hukukunda rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez¹⁷², şekli ceza hukukunda da şüphelinin rızası ile vermiş olduğu beyan, beyanın şüphelinin lehine ya da aleyhine olup olmamasına bakılmaksızın, delil yasaklarına tabi olmaz. Ancak otonomi prensibi de belli sınırlara tabidir. Gerçekten de TCK m. 26/2 rıza hususunda bir sınırlama öngörmüş ve rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasını şart koşmuştur. Keza CMK m. 148/3 yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak kullanılamayacağını belirtmiştir.

Otonomi prensibinin doğal sonucu, kişinin ne tür tehlikelere atılacağına keza tehlikelere karşı nasıl ve hangi oranda kendisini koruyacağına ya da kendisine sunulan hukuki olanaklardan ne ölçüde imtina edeceğine kendisinin

¹⁷¹ Bu noktada Kaymaz'ın CMUK ve CMK arasındaki terminoloji farklılıklarına da dikkat etmek suretiyle yapmış olduğu şu açıklamayı aynen aktarmanın faydalı olacağı düşünülmektedir: “*Yaygın olarak kullanılan bir aldatma yöntemi, gözaltına alınan veya tutuklanan sanığın yanına suçlu görünümünde bir zabıta memurunun konulması ve bu memurun sanık ile sohbet esnasında öğrenmiş olduğu bilgiler; sanığın söylemiş olduğu sözler ile ilgili olarak tanık sıfatıyla dinlenerek delil elde edilmesidir. (...) Ancak bu yöntem, öncelikle dürüstlük ilkesine aykırı olduğu gibi, bu şekildeki bir uygulama ile sanığın susma hakkı da bertaraf edilmektedir. Ayrıca bu koşullar altında konuşan sanığın beyanlarının serbest irade ürünü olduğunu söylemek de güçtür. Çünkü sanığın beyanlarının serbest irade ürünü olduğunu söyleyebilmesi için, sanığın konuştuğu kişinin memur olduğunu bilmesi ve söylemiş olduğu sözlerin aleyhine delil olarak kullanılacağı konusunda bilgi sahibi olması gereklidir. Bu bakımdan zabitanın hile yolu ile sanıktan elde ettiği bilgiler ile ilgili olarak tanıklık yapması suretiyle elde edilen deliller hukuka aykırıdır.*”, Kaymaz s. 105 vd.

¹⁷² Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 493 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 288 vd.; İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 374 vd.

karar vereceğidir¹⁷³. Bu düşünce, maddi ceza hukukunda objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde kendisine yer bulmaktadır. Fail, tipik neticeyi gerçekleştiren hukuken önemli bir tehlike ya da risk yaratmış ise netice ona objektif olarak isnat edilebilir; zira artık netice üçüncü bir kişinin ya da bir rastlantının eseri değil, bilakis failin eseridir. Buna karşın bir kimsenin kendi isteği ile nedensellik sürecine katılması ve zarar görmesi durumunda, gerçekleşen netice buna katılan diğer kişiye isnat edilmemektedir¹⁷⁴.

Ancak bu anlatımlardan, “mağdurun kendisi için tehlike yarattığı durumlarda, netice faile isnat edilemez” şeklinde bir sonuç çıkartılmamalıdır. Objektif isnadiyet teorisi iki hususun birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini ifade eder. Eğer mağdur olayın gelişimine tamamen hâkim olarak, kendisinin zarar görmesini göze alarak, neticenin meydana gelmesini sağlayacak şekilde hareket etmiş ise, bu neticeye katkı sunan üçüncü kişi, neticeden sorumlu değildir. Buna karşın eğer mağdur olayın gelişimine tamamen hâkim değilse, kendi özgür iradesini sakatlayan durumlar mevcut ise ve üçüncü kişi de bunu bilerek mağdurun kendisi için tehlike yarattığı olaya nedensel katkıda bulunmuş ise, üçüncü kişinin sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁷⁵.

Öyleyse kişinin verdiği rızanın aldatma gibi bir nedenden dolayı geçersiz olması veya üçüncü kişinin, mağdurun sahip olduğu bilgiden daha fazla bilgiye sahip olması ya da mağdurun sahip olmadığı özel bir bilgiye sahip olması sebebiyle, rızanın sakatlandığı hallerde, üçüncü kişiyi neticeden sorumlu tutmak gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişi, mağdurun rızasının herhangi bir sebeple sakatlandığı bir olayda, tipik eylemin geneline hâkim ise ve bu nedenle de tipik olayın gelişimini dizginleyebilme egemenliğine sahip ise, mağdur kendisi için bir tehlike yaratmış olsa dahi, neticeden sorumlu tutulacaktır. Zira mağdur, otonomisinin sekteye uğradığı bu tip durumlarda, bağımsız ve özgür iradesiyle hareket edememektedir. Böylesi bir durumda

¹⁷³ Jörg Eisele, Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2012, s. 577 vd.; Thomas Rönnau, “Grundwissen – Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2019, s. 119 vd.; Gerhard Timpe, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2014, s. 53 vd.

¹⁷⁴ Kıyaslayınız Akbulut, s. 340 vd.; Koca/Üzülmez, s. 137 vd.; Özgenç, s. 191 vd., 196 vd.

¹⁷⁵ BGH, Urteil vom 05.08.2016 – 1 StR 328/15 (BGHSt 61, 21); BGH, Urteil vom 28.01.2014 – 1 StR 494/13 (BGHSt 59, 150); BGH, Urteil vom 29.04.2009 – 1 StR 518/08 (BGHSt 53, 288); BGH, Urteil vom 20.11.2008 – 4 StR 328/08 (BGHSt 53, 55); BGH, Urteil vom 11.12.2003 – 43StR 120/03 (BGHSt 49, 34); BGH, Urteil vom 07.02.2001 – 5 StR 474/00 (BGHSt 46, 279); BGH, Urteil vom 14.02.1984 – 1 StR 808/83 (BGHSt 32, 262).

üçüncü kişi tıpkı dolaylı faillikte olduğu gibi, mağduru adeta araç olarak kullanmaktadır¹⁷⁶.

Fark edileceği üzere objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde ortaya konulan “riskin dağıtılması” düşüncesinin ceza muhakeme hukukuna da aktarılması mümkündür. Öyleyse özel kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin sonucunda şüphelinin kendini itham eden açıklamalarının hangi durumda CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edileceği hususunda ve bu aldatma sonucu şüphelinin özgür iradesinin sakatlanmasının ne zaman kamu makamlarına isnat edilen netice olacağına belirlenmesinde objektif isnadiyet teorisinden faydalanmak mümkündür¹⁷⁷. Zira “kamu makamlarının özel kişiler aracılığıyla şüpheli ile temasa geçmesi” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin hukuken önemli sayılan risk yaratması” ve de “özgür iradesi zedelenmiş şüphelinin kendini itham eden açıklamalarda bulunması” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin eseri olan netice” olarak değerlendirilebilecektir.

Öyleyse ortaya çıkan tablo şu şekilde özetlenebilir:

(1) Kamu makamlarınca sahneye konulan bir oyunun sonucu olan özel kişi ile şüpheli arasındaki görüşme, özel bir görüşme olarak kabul edilemez. Bu görüşmenin hem yapılış şeklinin hem de içeriğinin kamu makamlarına isnat edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla şüphelinin özgür iradesinin sakatlandığını reddeden görüşlerin ısrarla vurguladığının aksine, özel kişinin şüphelinin anlattıklarını kolluk görevlilerine nakletmesi, hayatın içindeki olağan risk olarak değerlendirilemez. Diğer bir ifadeyle “hiç kimse bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmesinin içeriğinin kolluğa aktarılmayacağına dair güven beslememelidir; şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin duyduklarını kolluğa anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukuken bir fark yoktur, ikincisinde olduğu gibi ilk ihtimalde de elde edilen delil hukuka uygundur¹⁷⁸” şeklindeki yaklaşım isabetli değildir.

¹⁷⁶ Eisele, s. 577 vd.; Rönnau, s. 119 vd.; Timpe, s. 53 vd.

¹⁷⁷ Aynı yönde haklı çıkarım için Jürgen Wolter, “Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts – Zur objektiven Zurechnung im Strafprozessrecht, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2012, s. 240 vd.

¹⁷⁸ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200); BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSS 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502).

Kabul etmek gerekir ki başkalarının hukuka uygun davranacağına ilişkin güven sınırsız değildir. Keza bir suç isnadı altında kamu organları ile karşı karşıya gelindiğinde, herkes, kendisinden kamu organlarının delil elde etmeye çalışacağını bilir. Ancak bir hukuk devletinde herkes kamu organlarının CMK'nın belirlediği sınırlar içerisinde hareket edeceğine dair güven duyar. Bu haklı güven ne zaman ki kamu organlarının yönlendirmesiyle oynanan bir oyun neticesinde boşa çıkartılır, bu halde elde edilen delilin kalitesi¹⁷⁹ zedelenmiş olur ve bunun da kamu makamlarına isnat edilmesi gerekir. Dolayısıyla şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin kolluğa duyduklarını anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukukten önemli bir fark bulunmaktadır. Kamu makamlarının özel kişileri, sırf şüpheli ile görüşmek amacıyla harekete geçirmesi durumunda, kamu organları şüphelinin duyduğu haklı güveni zedelemekte; oynanan oyundan bir haber olan şüpheliyi işlediği iddia olunan suçun aydınlatılmasında, tıpkı dolaylı failin başkasını suçta araç olarak kullanması gibi, bir araç olarak kullanmakta, kısacası ondan hukuk devletinin izin verdiği çerçevenin dışına çıkarak yararlanmaktadır¹⁸⁰.

Öyleyse özel kişinin gerçek saikini soruşturma makamlarının sahnelediği oyun çerçevesinde saklanması ve şüpheli ile yaptığı örneğin telefon görüşmesinin ya da baş başa görüşmenin içeriğini kolluğa aktarması, tek başına şüphelinin özgür iradesini sakatlamaya yeterli bir aldatmadır. Aksine bir düşünce şüpheliyi ceza muhakemesinin süjesi değil, yalnızca kendisinden bilgi elde edilen objesi haline getirmek demek olacaktır. Bunun ise, amacı, maddi gerçeği her ne pahasına olursa olsun bulmak olmayan modern ceza muhakemesi hukuku ile bağdaşmadığı açıktır.

(2) Şüphelinin kamu organlarınca sahneye konulan oyun sonucunda kendi aleyhine delil verdiği olaylar ile objektif isnadiyetin ortadan kalktığı kişinin kendisini isteyerek zarara veya tehlikeye soktuğu olayların benzer şekilde değerlendirilemeyeceği ortadadır. Dolayısıyla “şüpheli kendi aleyhine delil vermek zorunda olmadığını bilmektedir; buna rağmen şüpheli kendini itham etmişse, aleyhe yapılan açıklamalar artık şüphelinin kendi sorumluluk alanına dâhildir” şeklindeki düşünce¹⁸¹ isabetsizdir. Zira şüphelinin açıklamalarını

¹⁷⁹ Kıyaslayımız Kudlich (Çev. Tepe), s. 331 dn. 7.

¹⁸⁰ Haklı güven unsuruna dayanan diğer yazarlar için Wolter, s. 239 dn. 16; Rüdiger Zuck, “Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchüberwachung in der Untersuchungshaft”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2010, s. 21.

¹⁸¹ Wolfgang Mitsch, “Tod auf Mallorca – Verwertungsverbot wegen unzulässiger verdeckter

“kişinin kendi eyleminden sorumlu tutulması” düşüncesinden hareketle şüpheliye isnat edebilmek için şüphelinin somut olaya hâkim olabilmesi gereklidir. Bu şekilde bir hâkimiyetin olmadığı yerde ise kişinin kendi aleyhine delil vermesine ilişkin riskin şüpheliye yüklenmesi mümkün değildir¹⁸².

(3) Çok gerekli olan hukuki değere ulaşmak, örneğin işlenen bir suçun aydınlatılmasında kamunun sahip olduğu menfaati korumak için daha az öneme sahip olan hukuki değer ihlal edilmesine, örneğin izin verilen trik çerçevesinde kamu makamlarının kriminalistik hilelere başvurusu suretiyle şüpheliye aldatılmasına cevaz veren düşünce de objektif isnadiyet teorisindeki ismiyle izin verilen risk düşüncesi¹⁸³ de şüphelinin haklarının makul ölçüde korunmasına yardım edecektir. Gerçekten de özel kişinin gerçek saikini saklamak suretiyle şüpheli ile temasa geçmesinde izin verilen risk, şüphelinin karşısındaki kişinin kimliği hususunda aldatılmasıdır. Buna karşın ne zaman ki kamu makamları özel kişiler vasıtasıyla şüphelinin kendisi aleyhine delil vereceği bir ortamı hazırlar, bu durumun kamu makamlarına isnat edilmesi gereklidir. Diğer bir ifadeyle şüphelinin kendi aleyhine delil vermesine neden olan olaylar silsilesinin bizatihi kendisi özgür iradeyi sakatlayan aldatma olarak kabul edilmelidir; zira susma hakkının dolanılması *nemo tenetur* ilkesinin anayasal koruma altında olması sebebiyle izin verilen riskin alanına dâhil değildir¹⁸⁴.

e. Şekli Ceza Hukukuna Özgü Objektif İsnadiyet Teorisinin Somut Olaylara Aktarımı

Şu ana kadar ki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, somut olayda CMK m. 148 anlamında yasak usul olan aldatmanın olup olmadığına dair değerlendirme iki aşamalıdır. İlk aşamada aldatmadan bahsedilip bahsedilemeyeceği incelenmelidir. İkinci aşamada ise aldatmanın, şüphelinin özgür iradesini sakatlayan bir aldatma olup olmadığı değerlendirilmelidir.

(1) (a) Gerçeğin tahrif edilmesi veya gizlenmesi ya da gerçek olmayan hususların gerçekmiş gibi takdim edilmesi halinde aldatma mevcuttur. Öyleyse *olay 7* ve *olay 8*'de aldatmadan söz etmek mümkün değildir. Özel

Ermittlungsmethoden”, in: Juristische Ausbildung (JURA), Yıl 2008, s. 214.

¹⁸² Kretschmer, s. 346.

¹⁸³ Kıyaslayınız Akbulut, s. 343 vd.

¹⁸⁴ Kıyaslayınız Duttge, s. 261 vd.; Nowrousian, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Soiné, s. 597 vd.

kişi (B)'nin eyleminin kamunun denetim ve gözetiminde olan cezaevinde olması sonucu değiştirmemektedir. Zira (B) yalnızca kendi hesabına hareket eden kişidir. Şüpheli (A)'nın kendi aleyhine açıklamalarda bulunması, kişinin kendi sorumluluğunda kendisini zarara sokması olarak değerlendirilmelidir¹⁸⁵.

(b) Aldatma şüpheliye karşı yapılmalıdır; zira CMK m. 148 şüphelinin haklarını korumaya yönelik bir normdur. Diğer bir ifadeyle hile kabul edilebilecek eylemler, şüpheliye değil de üçüncü şahıslara yönelirse, bu hilenin CMK'da yer alan diğer hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Öyleyse *olay 10*'da da aldatmanın varlığı reddedilmelidir¹⁸⁶.

(c) CMK m. 148 anlamında aldatmanın kabul edilebilmesi için özel kişilerin eylemlerinin soruşturma makamlarına isnat edilebilmesi gereklidir. Öyleyse yalnızca kendi ad ve hesabına hareket ettiğini saklayan kişilerin eylemleri değil (*olay 7* ve *olay 8*) aynı zamanda kolluk görevlilerinin adına hareket ettiğini bilmeyen özel kişilerin de eylemleri CMK m. 148'in uygulama alanına girmemektedir. Diğer bir ifadeyle özel kişilerin eylemlerinin resmi mercilere isnat edilebilmesi için özel kişinin, kolluk görevlilerinin ad ve hesabına hareket ettiğini biliyor olması şarttır. Öyleyse *olay 11*¹⁸⁷ ve *olay 14*'te¹⁸⁸ de CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsetmek mümkün değildir.

(2) (a) Kamu makamlarının oynadığı oyun çerçevesinde şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin kolluğa duyduklarını anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukuken önemli bir fark bulunmaktadır. Hatta bu fark o denli önemlidir ki, ikinci ihtimalde aldatmadan dahi bahsedilemezken (*olay 7* ve *olay 8*), ilk ihtimalde özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın varlığından şüphe edilmemelidir. Gerçekten de bu ihtimalde, yani kamu makamlarının özel kişiyi sırf şüpheli

¹⁸⁵ Ulaşılan bu sonuç *olay 8*'de (B)'nin eylemlerinden kolluk görevlilerinin haberi olmamasını şart koşmaktadır.

¹⁸⁶ Ancak hemen ifade edilmelidir ki, *olay 10*'da elde edilen delil tanıklıktan çekinme hakkı kullanıldığı için muhakemede delil olarak kullanılamaz. Güvenilir kişinin duyduğunu anlatan tanık olarak dinlenmesi de hukuka uygun değildir.

¹⁸⁷ Ancak hemen ifade edilmelidir ki *olay 11*'de yine de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. Zira CMK m. 140 kişilerin kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde takip edilmesine izin vermektedir.

¹⁸⁸ Ancak hemen ifade edilmelidir ki *olay 14*'te yine de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. CMK m. 135 iletişimin dinlenmesine ve kayda alınmasına izin vermekte ise de bu izin, kolluk görevlilerinin sebep olmadığı, tamamen şüphelinin kendi hâkimiyeti çerçevesinde icra edilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması için geçerlidir.

ile görüşme yapması amacıyla harekete geçirmesi durumunda, özgür iradesi sakatlanan şüpheli işlediği iddia olunan bir suçun aydınlatılmasında araç olarak kullanılmaktadır. Zira kolluk görevlilerinin müdahalesi olmasaydı, özel kişi ile şüpheli arasında vuku bulan konuşma meydana gelmeyecekti; şüpheli kendini itham eden açıklamalarda bulunmayacaktı. Dolayısıyla özel kişinin yaptığı konuşmanın kendisi ifade alma benzeri durum kabul edilmelidir ve özel kişinin eylemi sonucu susma hakkının dolanılması kamu makamlarına atfedilmelidir. Öyleyse *olay 1*, *olay 2*, *olay 3* ve *olay 4*'te özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın varlığını reddetmeyi gerektiren hiçbir gerekçe söz konusu değildir.

Özel kişinin icra ettiği fonksiyonun saklanması sebebiyle aynı şekilde değerlendirilmesi gereken diğer bir olay grubu da şüphelinin, söylediği sözlerin aleyhine kullanılabilmesine ihtimal vermediği, bu yönde haklı olarak güven duyduğu; buna karşın kamu makamlarının sahneledikleri oyun suretiyle şüpheliyi aldattığı durumlardır. Buna örnek *olay 6*'dır. Burada kolluk özel kişiyi “ayartmakta” bunun sonucu olarak da şüpheli “yakayı ele vermektedir”¹⁸⁹.

(b) Soruşturmaya gizli olarak katılan kamu görevlisinin, kimliğini gizlemesinin ve yerine getirilmesi CMK m. 139, 160, 161 hükümleri ile hukuka uygun addedilen diğer eylemleri gerçekleştirmesinin, CMK m. 148 anlamında aldatma olmadığı ortadadır. Bu bağlamda *olay 5*'te özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Buna karşın CMK m. 139, 160, 161 hükümlerinin izin verdiği alanın dışına çıkılması durumunda farklı düşünmek gerekmektedir. Şüpheli ile kamu makamları daha önce şekli anlamda ifade almada karşı karşıya gelme de ve/veya şüpheli susma hakkını kullandığını belirtme de kamu makamları özel kişileri kullanarak şüpheli üzerinde açıklama yapması yönünde baskı kurabilir. Baskı kurulduğu an, bu baskının bizatihi kendisi adil yargılanma özgürlüğünü ihlal edebilir; zira şüphelinin “dışarıda” olduğu durumlarda dahi kamu makamlarının sahneye koydukları oyun, şüphelinin açıklama yapma(ma) özgürlüğünü zedeleyebilecektir. Bu nedenle *olay 9*'da özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsedilmelidir.

(c) *Olay 12* ve *olay 13*'te de aldatmanın kabulü gereklidir. Zira bu olaylarda şüphelinin yaptığı konuşmanın amacı saptırılmıştır. Aldatmadan

¹⁸⁹ Aynı sonuç *olay 8*'de özel kişinin eyleminden kamu makamlarının haberdar olması ihtimalinde de geçerlidir.

bahsedilebilmesi için bu, yeterlidir. Ancak bu iki olayı diğer olaylardan ayıran bazı noktalar dikkat çekmektedir. Gerçekten de şüpheli kendi aleyhine beyanda bulunmamaktadır. Yalnızca şüphelinin sesi, şüphelinin ne söylediğinden bağımsız olarak, delil olarak kullanılmaktadır. Hal böyle olunca, bu iki olayda *nemo tenetur* ilkesine herhangi bir aykırılığın olmadığı, zira yalnızca şüphelinin kendi beyanları ile kendisi aleyhine delil verdiği zamanlarda bu ilkenin geçerli olduğu iddia edilebilir. Bu iddia kesinlikle yanlış olmamakla birlikte, *olay 12* ve *olay 13*'te isabetsiz bir sonuca yol açacaktır. Zira bu olaylarda yasak usul olan aldatmanın kabul edilmemesi halinde, şüphelinin elinden kendini aktif ya da pasif şekilde savunma hakkı alınmış olacaktır. Gerçekten de şüpheli kendi lehine açıklamalarda bulursa dahi konuştuğu an, kendi işlediği iddia olunan bir suçun aydınlatılmasında araç olarak kullanılmış olacaktır. Susması halinde ise kendisinin lehine olabilecek hususlar hakkında açıklama yapma özgürlüğünden alıkonulmuş olacaktır. Oysaki susma, konuşma, konuştuğu zaman da doğruyu ya da yanlış söyleme hakkı, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın şüpheliye sunulmuş bir haktır. Öyleyse son tahlilde *olay 12* ve *olay 13*'te özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın varlığı kabul edilmelidir.

SONUÇ

Çalışmada ilk önce şüphelinin özgür iradesini sakatlayan aldatmadan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuş daha sonra ise özel kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket ettikleri durumlarda ne zaman ifade almadan bahsedilebileceği açıklanmış ve son olarak da bu rol değişiminin hangi şartlar altında aldatma olarak kabul edileceği açıklanmıştır.

(1) İfade alanın gerçeği tahrif ederek veya gizleyerek ya da gerçek olmayan hususları gerçekmiş gibi takdim ederek, şüphelinin özgür iradesini zedeleyen her türlü kasıtlı ya da kasıtlı olmayan davranışına aldatma denilmektedir.

(2) Ne var ki bu tanım şüphelinin, karşısındaki kişinin kamunun ajanı olduğu hususunda tam bir bilince sahip olduğu durumlara özgülenmiştir. Buna karşın bilinmektedir ki ceza soruşturmasında her zaman kolluk görevlisi ile şüpheli değil, bazı durumlarda soruşturma organları ad ve hesabına hareket eden özel kişi ile şüpheli karşı karşıya gelmektedir.

(a) Özel kişi ile şüphelinin karşı karşıya geldiği durumların hukuki değerlendirilmesi yapılırken öncelikle ifade alma teriminden ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (*İHAM*) vermiş olduğu kararlar da dikkate alındığı zaman ifade almadan yalnızca şekli anlamda ifade alma anlaşılmalıdır. İfade alma, resmi sığata sahip

ya da sahip olmayan ancak her halükârda kamu makamları ad ve hesabına hareket eden kişilerin şüpheliden bilgi almaya çalışmasıdır. Öyleyse kamu makamları ad ve hesabına hareket eden kişilerin de eylemleri ifade alma olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda şüphelinin gözaltı, tutukluluk gibi kamu makamlarının gözetiminde olup olmaması, keza daha önceden şekli anlamda bir ifade almanın gerçekleşip gerçekleşmemesi, gerçekleşmiş ise bu esnada şüphelinin susma hakkını kullanıp kullanmadığı değer atfedilmeyen hususlardır.

(b) CMK m. 147’de yer alan ifade almanın, şekli anlamda değil fonksiyonel anlamda anlaşılması gerektiğinin belirtilmesi dolayısıyla da özel kişilerin kolluk ad ve hesabına hareket ettiği olayların da ifade alma benzeri durum kabul edilmesi ancak bu esnada zorunlu olarak şüphelinin aydınlatılma yükümlülüğünün ihmal edilmesi otomatikman, başkaca hiçbir inceleme yapılmaksızın yasak usul olan aldatmanın kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Zira CMK m. 148’in açık hükmüne rağmen her hile değil yalnızca özgür iradeyi sakatlayan hile, CMK m. 148 anlamında aldatmadır.

(3) Özel kişilerin kolluk ad ve hesabına hareket ettiği olaylarda ne zaman özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsedileceği objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira “kamu makamlarının özel kişiler aracılığıyla şüpheli ile temasa geçmesi” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin hukuken önemli sayılan risk yaratması” ve de “özgür iradesi zedelenmiş şüphelinin kendini itham eden açıklamalarda bulunması” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin eseri olan netice” olarak değerlendirilebilecektir.

Bu belirleme ışığında soruşturma organları hesabına hareket eden özel kişilerin eylemlerinin hangi durumda kamu makamlarına atfedilebileceği ve hangi şartlar altında yasak usul olan aldatmadan bahsedilebileceği şu şekilde özetlenebilir: Bir suç isnadı altında kamu organları ile karşı karşıya gelindiğinde, herkes, kendisinden kamu organlarının delil elde etmeye çalışacağını bilir. Ancak bir hukuk devletinde herkes kamu organlarının CMK’nın belirlediği sınırlar içerisinde hareket edeceğine dair güven duyar. Bu haklı güven ne zaman ki kamu organlarının yönlendirmesiyle oynanan bir oyun neticesinde boşa çıkartılır, bu halde elde edilen delilin kalitesi zedelenmiş olur ve bunun da kamu makamlarına isnat edilmesi gerekir. Gerçekten de kamu makamları özel kişileri, sırf şüpheli ile görüşmek amacıyla harekete geçirdiğinde, şüphelinin sahip olduğu haklı güven zedelenmekte; oynanan oyundan bir haber olan şüpheli işlediği iddia olunan suçun aydınlatılmasında

bir araç olarak kullanılmaktadır. Kamu makamlarının süje olan şüpheliden bir obje gibi yararlandığı bu tip durumlarda yasak usul olan aldatmadan bahsetmek gerekmektedir.

(4) Tüm bu açıklamalar ışığında *olay 7, olay 8, olay 10, olay 11 ve olay 14*'te CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsetmek olanaksızdır. *Olay 5*'te ise aldatma mevcuttur, ancak söz konusu aldatma özgür iradeyi sakatlayan aldatma değildir. *Olay 1, olay 2, olay 3, olay 4, olay 6, olay 9, olay 12 ve olay 13*'te ise aldatma mevcuttur ve söz konusu aldatma özgür iradeyi sakatlayan aldatma olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Arslan M, “Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 787-816.
- Arslan M, Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung, Duncker&Humblot, Berlin, 2015.
- Aydın D, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Başbüyük İ, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Yıl 2017, s. 161-204 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753614>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Beulke W, Strafprozessrecht, Verlag C.F.Müller, Heidelberg, 13. Auflage, 2016.
- Birtek F, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Brunhöber B, “Privatisierung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess”, in: Goltammer’s Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2010, s. 571-588.
- Centel N/Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- Demirbaş T, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir, 1996.
- Demirel M, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, in: Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl 2018, Sayı 38, s. 101-159.
- Diemer H, “§ 136a StPO”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Verlag C.H. Beck, 8. Auflage, München, 2019.
- Doğan K, “Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 969-989.
- Duttge G, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07”, in: Juristen Zeitung (JZ), Yıl 2008, s. 261-264.
- Dülger M V, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Eckhardt S, Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2009.
- Eisele J, “Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2012, s. 577-584.
- Eisenberg U, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage, München, 2008.
- Engländer A, “Das nemo-tenetur-Prinzip als Schranke verdeckter Ermittler”, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2008, s. 163-167.
- Erdağ A İ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişimin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBDD), Yıl 2011, Sayı 92, s. 31-61 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-668>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Esser R, “Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2004, s. 98-107.

- Gaede K, “§ 241 StPO”, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, §§ 151-332, Verlag C.H. Beck, 1. Auflage, München, 2016.
- Gaede K, “Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 493-502.
- Gallandi V, “Gleichzeitige Verletzung der §§ 55 und 136a StPO”, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 1991, s. 119-120.
- Gleiß S, “§§ 136, 136a StPO”, Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 4. Band, Teilband 1 - §§ 112-136a, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2019.
- Godenzi G, “Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?”, in: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2008, s. 500-515.
- Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Gössel K H, “Einleitung Abschnitt L – Beweisverbote”, in: Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 1. Band, Einleitung; §§ 1-47, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2016.
- Gruber J T, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- Jahn M, “Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2000, s. 441-445.
- Jahn M, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057-1062.
- Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Nisan Kitabevi, 3. Baskı, Eskişehir, 2019.
- Kaspar J, “Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung”, in: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2013, s. 206-225.

- Kaymaz S, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Krack R, “Der Normzweck des § 136a StPO”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2002, s. 120-124.
- Kretschmer J, “Schutz vor staatlich veranlassten Zwang und inszenierter Täuschung”, in: Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2010, s. 343-347.
- Kudlich H, (Çev. Tepe, İ), “Bağımlı Delil Değerlendirme Yasaklarının Gerçekleşmesinde Kanıtlanma Yükünün Dağıtımı İçin Bir Model Olarak Objektif İsnadiyet Teorisi”, in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Prof. Dr. Veli Özer Özbek’e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 329-359.
- Kuhn B, “Die Widerspruchslösung”, in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2010, s. 891-893.
- Kühne H-H, Strafprozessrecht, C.F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2007.
- Lemke M, “§§ 136, 136a StPO”, Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, C.F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2009.
- Mahlstedt T, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei – Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, Duncker&Humblot, Berlin, 2011.
- Matula M, Private Ermittlungen, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2012.
- Meraklı S, “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri”, in: Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1549-1632.
- Meyer-Goßner, L/Schmitt B, Strafprozessordnung, Verlag C. H. Beck, 62. Auflage, München, 2019.
- Mitsch W, “Tod auf Mallorca – Verwertungsverbot wegen unzulässiger verdeckter Ermittlungsmethoden”, in: Juristische Ausbildung (JURA), Yıl 2008, s. 211-215.

- Nowroussian, B, “Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden? – Zur grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Täuschung im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), Yıl 2015, s. 625-628.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2019.
- Özbek V Ö, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Özgenç, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öztürk B (Ed.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2019.
- Öztürk B, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 1995.
- Plagemann G, “Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD), Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, s. 157-187 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15686>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Popp M, “Polizeilich veranlaßtes Telefongespräch mit dem Tatverdächtigen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), Yıl 1998, s. 95-96.
- Prasch V, Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten, Köln, 2002 <<https://kups.ub.uni-koeln.de/1009>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Rau P, Schweigen als Indiz der Schuld, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004.
- Renzikowski J, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2008, s. 164-167.
- Rogall K, “§§ 136, 136a StPO”, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, §§ 94-136a, 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2010.
- Rogall K, “Grund und Grenzen der qualifizierten Belehrung im Strafprozess”, in: Festschrift für Klaus Geppert, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 519-547.

- Roxin C/Schünemann B, Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch, Verlag C.H. Beck, 29. Auflage, München, 2017.
- Roxin C, “İspat Hukukunun Esasları” (Çev. Ünver Y), in: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Yıl 2005/2, s. 265-289 <<https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00131.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Roxin C, “Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1995, s. 465-469.
- Roxin C, “Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1997, s. 18-21.
- Rönnau T, “Grundwissen – Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2019, s. 119-123.
- Rössner D/Safferling C, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2017.
- Schroeder F-C/Verrel T, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Çev. Oktar S), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Schroeder -C/Verrel T, Strafprozessrecht, Verlag C.H.Beck, 7. Auflage, München, 2017.
- Schuhr J, “§§ 136, 136a StPO”, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1, §§ 1-150, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, München, 2014.
- Schumann A, Verhör, Vernehmung, Befragung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- Sinn A, “Ermittlungen im Darknet”, in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 6-15.
- Sinn A, “Karanlık Ağ’da Soruşturma”, (Çev. Köker N), in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 16-23.
- Soiné M, “Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2010, s. 596-602.
- Stoffer H, Wie viel Privatisierung verträgt das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2020.
- Şahin C, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1994.
- Şen E, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Şenol C, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Timpe G, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2014, s. 52-63
- Toprak U, “Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Deliller ve İtiraz Çözümü”, in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 56, Yıl 2011, s. 31-37.
- Toprak U, “Gizli Soruşturmacı Yöntemiyle Şüphelinin Susma Hakkı Arasındaki Uyum Sorununa Kısa bir Bakış”, in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 62, Yıl 2011, s. 52-61.
- Toprak U, “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Cilt 1, Yıl 2, Sayı 7, Yıl 2011, s. 257-286.
- Tyszkiewicz G, Tatprovokationals Ermittlungsmaßnahme, Duncker&Humblot, Berlin, 2014.
- Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2020.
- Volk K, Grundkurs StPO, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage, München, 2008.
- Wolter J, “Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts – Zur objektiven Zurechnung im Strafprozessrecht, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2012, s. 238-245.
- Yaşar Y, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl 4, Sayı 14,

Temmuz 2013, s. 353-396.

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2020.

Yenisey F/Oktar S, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu – Strafprozessordnung (StPO), Almanca Metin – Türkçe Çeviri, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Zuck R, “Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung in der Untersuchungshaft”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2010, s. 17-21.

“AÇIK KEYFİLİK” VE “BARİZ TAKDİR HATASI” NEDENİYLE ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİ MESELESİ

İsmail KÖKÜSARI*

ÖZ

Bu makalede, öncelikle Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında kullanılan “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramlarının ne olduğu ortaya koyulmuştur. Ayrıca, mahkemelerin bu sebebe dayanarak “adil yargılanma hakkının kabul edilebilirliğine veya ihlaline karar vermesinin” doğru olup olmadığı da analiz edilmiştir. AYM ve AİHM aynı usulü takip etmese de, çalışmamızda “açık keyfilik ile bariz takdir hatası” kriteri, hem adil yargılanma hakkının usulî yönü hem de maddi yönü açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Son olarak, AYM ve AİHM kararlarını da göz önünde tutarak, yerel ve ulusal mahkemelerin olağan takdir yetkisi ile olağan olmayan ve bariz takdir hatası veya açık keyfilik taşıyan kararlarını birbirinden ayırtmaya yarayan unsurlar incelenmiştir. Özellikle AYM’nin, bu kriteri hem usulî hem de maddi açıdan belirsizlik ve istikrarsızlığa yol açacak şekilde kullandığı tespit edilmiştir. Buna ilişkin bulgular kapsamında bazı öneriler de sunulmuştur.

***Anahtar Kelimeler:** Açık keyfilik, bariz takdir hatası, adil yargılanma hakkı, ihlal, açıkça dayanaktan yoksunluk.*

ON THE MATTER OF VIOLATION OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL DUE TO “MANIFEST ARBITRARINESS” AND “OBVIOUS ERROR OF JUDICIAL DISCRETION”

ABSTRACT

This article explores the concepts of “manifest arbitrariness” and “obvious error of judicial discretion” at first. In addition, it is inquired whether it is appropriate for the TCC (Turkish Constitutional Court) and the ECtHR (European Court of Human Rights) to ground on this criterion in the admissibility and material review of the right to a fair trial. Moreover, while the court itself does not follow the same procedure, we have discussed the criteria of “manifest arbitrariness and obvious error of judicial discretion” in terms of both the procedural and the material aspect

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/ ERZİNCAN, **e-posta:** kokusari@gmail.com

ORCID : 0000-0003-0045-5868.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933606

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/02/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/04/2021

of the right to a fair trial. Finally, taking into account the case-law of the TCC and the ECtHR, the elements that served to differentiate the ordinary discretionary power of local and national courts and the judgements carrying “manifest arbitrariness and obvious error of judicial discretion” were examined. It was found that courts used this criterion in a way that both procedurally and materially leads uncertainty and instability. Some suggestions were also provided in the article within the scope of these findings.

Keywords: *Manifest arbitrariness, obvious error of judicial discretion, right to fair trial, violation, manifestly ill-founded.*

GİRİŞ

Bilindiği gibi bireysel başvuru yolunda en fazla denetime konu olan iddialar, adil yargılanma hakkını ilgilendirmektedir. Sayıca mahkemenin iş yükünün artmasına sebep olan adil yargılanma hakkını ilgilendiren bu taleplerin azalması amacıyla çeşitli araçlar geliştirilmiştir. Bunlardan birisi de çoğunlukla kabul edilebilirlik kriteri içinde ele alınan “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” nedeniyle açıkça dayanaktan yoksunluktur. AYM’nin kararlarından hareketle, yüksek sayıda kararda “açık keyfilik ve bariz takdir hatasının bulunmaması nedeniyle” kabul edilemezlik kararı verildiği söylenebilir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi de, elbette bireysel başvuru yolunun ikincillik özelliğidir. İkincillik bağlamında kanun yolunda incelenmesi gereken hususları, AYM kural olarak temyiz ve istinaf incelemesi yapan dördüncü düzey mahkeme olduğu eleştirilerini de savuşturmak amacıyla, kabul edilemez bulmaktadır. Bu durumun istisnalarından birisi, hem adil yargılanma hakkının usulî yönü hem de maddi yönü açısından “açık keyfilik ve bariz takdir hatasının” varlığıdır.

Açık keyfilik ve bariz takdir hatası incelemesi, çok istisnai şartlara bağlı olduğu ve ikincillik ilkesi kapsamında uygun görülmediği için, bu sebebe dayanarak çok az sayıda ihlal kararı verilmiştir. Özellikle yargılamanın içeriğinin ve sonucunun adil olup olmadığına dair olağan iddialar, önceki yargılama aşamalarında giderilmesi gerektiği için, ancak açıkça vicdanı yaralayan, adalet duygusunu zedeleyen keyfilikler ve hatalar bu kapsamda incelenmektedir. Bu nedenle de, konuyla ilgili çok fazla ihlal ve kabul edilebilirlik kararına rastlanmamaktadır.

Bu makalede, incelemelerimiz dört başlık altında ele alınmıştır. Birinci başlıkta, ikincillik ilkesi ve açıkça dayanaktan yoksunluk ile açık keyfilik ve

bariz takdir hatasının ilişkisi incelenmiştir. İkinci başlıkta adil yargılanma hakkının usulî yönü açısından AYM'nin açık keyfilik ve bariz takdir hatası kavramlarını nasıl anladığı ve kullandığı ortaya konulmuştur. Üçüncü başlıkta, AYM'nin yargılamanın sonucu ve haklılığı ile ilgili gördüğü, bizim ise adil yargılanma hakkının maddi yönü olarak adlandırdığımız iddialar açısından “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramlarının nasıl anlaşıldığı ve uygulandığı incelenmiştir. Son başlıkta ise ele aldığımız konulara yönelik genel bir değerlendirme ve analize yer verilmiştir.

I. “İKİNCİLLİK VE AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK” İLE “AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI” KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

İkincillik, gerek AİHM'ye gerekse AYM'ye başvuru yolu açısından, bu yolların istisnai ve tali bir yol olduğunu göstermektedir. Söz konusu ikincilliği sağlamak gayesiyle getirilen en önemli araç, elbette iç hukuk yollarının veya olağan başvuru/kanun yollarının tüketilmesidir¹. Mahkemeler iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını hem “usulî” açıdan, yani başvuru yolunun ilgili yolları şeklen tüketip tüketmediği hem de maddi açıdan denetlemekte ve “açıkça dayanaktan yoksunluk” olarak görmektedir. Kısacası, olağan başvuru yollarının tüketilmemesi ve kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların ileri sürülmesi durumunda “kabul edilemezlik” kararı verilmektedir. Sonraki halde, yani kanun yolunda gözetilmesi ve değerlendirilmesi gereken iddiaların AYM önünde ileri sürülmesinin bir istisnası vardır. O istisna ise, adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil edebilecek nitelikteki “açık keyfilik ve bariz takdir hatasıdır”². Dolayısıyla, kanun yolunda ileri sürülmesi gereken hususların “açıkça dayanaktan yoksun” olup olmadığı incelemesi “kabul edilebilirlik” adı altında incelense de, aslında “açık keyfilik ve takdir hatasının” bulunup bulunmadığı ve varsa sonuçta adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği “esas incelemesi” niteliğindedir³.

¹ Nazmiye Güveyi, Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.113; Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.110-111; Ebru Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınevi, 2013, s.252; Martin Kuijer, “The Right to a Fair Trial and the Council of Europe’s Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings”, 2013, 13(4), Human Rights Law Review, s.784-785.

² Ahmet Ekinci, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Adil Yargılanma Hakkı, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.101.

³ Krş. Kanadoğlu, s.182-183.

Şekli ve maddi ikincillik açısından bakıldığında da, şekli ikincillik ilkesi, olağan başvuru/kanun yollarının tüketilmesinden sonra AYM’ye başvuru yapılmasıyla sağlanmaktadır. Maddi ikincillik ise, Mahkemenin esas denetimi yaparken, kanun yolunda denetlenmesi gereken “davadaki olayın ve kuralın takdirine” dair denetim yapmamasıdır⁴.

AİHM ve AYM uygulamasında açıkça dayanaktan yoksunluk, bir kabul edilemezlik halidir. Esasa dair kabul edilemezlik hali olan açıkça dayanaktan yoksunluğun çeşitli görünümleri vardır. Zorlama ve ispatlanamayan başvurular bu görünümlerden birisi olduğu gibi, bizi konumuz açısından ilgilendiren “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların” ileri sürülmesidir⁵. Eğer Mahkeme, ihlal gerekçeleri olarak ileri sürülen sebepleri ve vakaları temyiz veya istinaf yolunda incelenmesi gereken hususlar olarak görürse, açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir⁶. Fakat adil yargılanma hakkına ilişkin bazı usulî iddialar aslında kanun yolu denetimine tabi hususlardan olsa bile, adil yargılanma hakkı adı altında da denetime tabi tutulmaktadır. Diğer bir deyişle, kanun yolunda incelenmesi gereken hususlar, açık keyfilik ve bariz takdir hatası teşkil etmese de, adil yargılanma hakkını veya başka bir maddi hakkı ihlal ediyor olabilir. Örneğin, makul sürede yargılanma hakkı bakımından kabul edilebilirlik kararı vermek

⁴ Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeion Yayınevi, 2019, s.367-375. Maddi ve şekli ikincillik bağlamında, AİHM’nin artık tamamıyla “usulî denetime (procedural review)” geçmesi noktasında da tartışmalar vardır (Bkz. Leonie M Huijbers, “The European Court of Human Rights’ Procedural Approach in the Age of Subsidiarity”, 2017, 6(2), Cambridge International Law Journal, s.184 vd.).

⁵ Bkz. Ayhan Döner/Yeşim Çelik, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçlar”, 2016, 9(1), Erzincan ÜSBED, s.280-281; Salim Küçük, “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk”, Hüseyin Turan/Recep Kaplan (Editörler), iç. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, AYM Yayını, Kalkan Matbaacılık, 2015, s.194-195; Serdar Güleler, “Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercî Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri”, iç. Musa Sağlam, Serdar Güleler, Recep Kaplan (Editörler), *Bireysel Başvuru İncelemeleri I*, AYM Yayını, 2013, s.59

⁶ Bülent Algan, “Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, 2014, 63(2), Ankara ÜHFD, s.254; AİHM de kendisini dördüncü düzey mahkeme konumuna sokacak temyiz yolu şikâyetlerini dinlemeyeceğini vurgulamaktadır (Ryan Gross, *Rethinking Article 6: The Criminal Fair Trial Rights Case Law of the European Court of Human Rights*, Lincoln College, University of Oxford, PhD Thesis, 2012, s.61). Gross, AİHM’nin keyfi değerlendirme istisnası yanında gerekçe hakkı, tanıklık vb. yedi konuda daha ulusal hâkimin olayı ve kuralı değerlendirme yetkisine müdahale ettiğini ve böylece Mahkemenin istisnai kural haline getirdiğini iddia etmiştir (Gross, s.83).

için “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” şartı aranmamaktadır.

AİHM bakımından kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardan ziyade, olaya daha yakın olması nedeniyle ulusal makamların takdirine bırakılması gereken hususlar vardır. Konumuz bağlamında, AİHM, delillerin değerlendirilmesi ile olayın ve kuralın yorumlanması işinin prensip olarak ulusal makamlara ait olduğunu, fakat açıkça keyfi bir delil değerlendirmesi söz konusu olduğunda kendisinin denetim yapabileceğini kabul etmiştir⁷. Böylece, AİHM de kural olarak ikincilliği kabul etmekte, istisnaen kendi takdir ve değerlendirmesinin ulusal makamların yerine geçebileceğini vurgulamaktadır. Bunun amacı hem temyiz mahkemesi eleştirilerini karşılamak hem de başvuru sayısının artmasını önlemektir⁸.

AYM ile AİHM'nin konumunu karşılaştırdığımızda, AYM'nin ulusal bir mahkeme olarak olaya daha yakın olması ve ülke koşullarına daha fazla hakim olması, bu iki mahkeme arasında ikincillik uygulaması açısından bir fark yaratabilir. Diğer bir deyişle, AİHM farklı ülkelerde hakkında uzlaşma sağlanamamış birçok konuda ulusal makamlara takdir marjı bırakmaktadır⁹. AYM de aynı şekilde, derece mahkemelerine belirli bir değerlendirme ve takdir yetkisi vermektedir. Her iki yetkinin de amaçlarından bir tanesi, somut olaydaki koşullara uygun olarak olaya yakın makamların karar vermesidir¹⁰. Bununla birlikte, kanaatimizce, AYM, AİHM'ye göre olaya

⁷ Sibel Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, AYM Yayını, El Kitapları Serisi-4, 2018, s.224; Ola Johan Settem, Applications of the ‘Fair Hearing’ Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings with Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency, Springer, 2016, s.68-69; Nurcan Yılmaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Ortaya Çıkan Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.265-266. Bkz. konuyla ilgili AİHM kararları için Jalloh v. Germany, 54810/00, 11.07.2006, §94-95; Kaçan/Türkiye, 58112/09, 12.07.2016, §42 (Adalet Bakanlığı Çevirisi).

⁸ Settem, s.457; Algan, s.252. Bkz. ilkenin Almanya’da da benzer bir iş yükü azaltma fonksiyonu gördüğü noktasında Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.73-74.

⁹ Bkz. Eva Brems, “Positive Subsidiarity and Its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine”, 2019, 37(3), Netherlands Quarterly of Human Rights, s.210-211; George Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, 2006, 26(4), Oxford Journal of Legal Studies, s.722; Oddný Mjöll Arnardóttir, “Rethinking the Two Margins of Appreciation”, 2016, 12(1), European Constitutional Law Review, s.30-33. Örneğin tüp bebek yöntemi konusunda Mahkemenin bu yöndeki vurgusu için bkz. Evans v. the United Kingdom, 6339/05, 10.04.2007, §77-82; Transseksüellere ebeveynlik hakkı tanınmasında konsensüs olmadığı noktasında bkz. X, Y and Z v. the United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997, §44.

¹⁰ Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, 2018, 135, TBB Dergisi, s.23-24; Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin

yakın bir mahkeme olarak, gerektiğinde derece mahkemelerinin hatalarını daha iyi gözleyebilir ve daha fazla müdahale edebilir. AYM, AİHM'nin adil yargılanma hakkının denetimine ilişkin temel içtihatlarını takip ederek, bir hakkın ihlali söz konusu olmadığı sürece derece mahkemelerinin (AİHM için ulusal mahkemeler) yaptıkları hukuki veya maddi hataları denetlemeyeceğini ifade etmektedir¹¹. Fakat, bu durum, olaya AİHM'ye göre daha yakın olan, ona göre daha az iş yükü olan, ayrıca birçok ülkeden ziyade tek bir ülke içindeki hukuku inceleyen AYM'nin bu içtihadı biraz daha esnek yorumlamasına engel değildir. Diğer bir deyişle, kanaatimizce AYM, Strazbourg Mahkemesine göre yerel mahkemelerin usule ve içeriğe ilişkin hatalarını daha titiz takip edip inceleyebilmeli, AİHM'nin ihlal olarak görmediği bir hususu ihlal olarak görebilmelidir¹².

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ USULİ YÖNÜ AÇISINDAN AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI

Mahkeme, adil yargılanma hakkının usulî yönü ile ilgili olarak, kanun yolunda ileri sürülen her iddianın değil, bir hakkın ihlalini oluşturacak derecede önemli bir eksiklik, ihmal veya keyfiliğin varlığını “kabul edilebilir” görmekte ve esas incelemesi yapmaktadır¹³. Anayasa'nın 148. maddesinin 4. fıkrası ile Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun¹⁴ 49. maddesinin 6. fıkrasındaki “*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” hükmü açısından, öğretide “şekilci ve lafzi bir şekilde yorumlanmaması, aksi halde adil yargılanma gibi haklar açısından bireysel başvurunun anlamsız kalacağı” gibi haklı görüşler sunulmuştur¹⁵. AYM de buna paralel olarak, adil yargılanma hakkının usulî ve maddi yönü açısından bu hükmü “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kriteri ile birlikte anlamlandırmaya ve sınırlandırmaya çalışmıştır. AYM'nin adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına ilişkin genel denetim

Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri, Beta Yayınevi, 2004, s.159-161.

¹¹ Bkz. AİHM kararlarında konunun görünümü için Jalloh v. Germany, §94-95; Kaçan/Türkiye, §42 (Adalet Bakanlığı Çevirisi); Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, 09.06.1998, §34; Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2), 19867/12, 11.07.2017, §85.

¹² Krş. Gökcan, s.31.

¹³ Bkz. Alper Kurtuldu Başvurusu, 2013/8064, 26.02.2015, §46; Bülent Şimşek Başvurusu, 2014/372, 08.09.2014, §23.

¹⁴ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun.

¹⁵ Sezin Aktepe Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi, 2014, s.138-139; Gökcan, s.33-34.

kriterini tespit ettiği ilke kararı şu şekildedir: “Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir...”¹⁶.

Mahkemenin açık keyfilik ve bariz takdir hatası açısından hareket tarzını iki kademeli olarak ele almak mümkündür. Birinci kademede, daha yüksek düzey bir açık keyfilik ve bariz takdir hatası aranan “adil yargılanma hakkının maddi yönüne” dair denetimdir. İkinci kademede, adil yargılanma hakkının usulî yönü ile ilgili “düşük düzey bir açık keyfilik ve bariz takdir hatası” aranan denetim söz konusudur. Bu ikinci düzeyde, adil yargılanma hakkının “delillerin değerlendirilmesi”¹⁷, “gerekçeli karar”¹⁸, “kanuni hâkim”¹⁹,

¹⁶ Mehmet Fırat Başvurusu, 2014/4327, 17.11.2014, §24.

¹⁷ Bkz. AYM, bir kararında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi meselesinin yerel mahkemelerin takdirinde olduğunu vurgulamış, bu takdirin “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” dışında denetlenmeyeceğini belirtmiştir (Seyla Suvari ve Leyla Kalyoncu Başvurusu, 2013/6313, 05.11.2015, §37). AİHM kararlarında da delillerin değerlendirilmesi ve kabul edilebilirliği, ulusal mahkemelerin takdirinde görülmüş, ancak bir bütün olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespit edildiği ve açık keyfilik bulduğu durumlarda ulusal mahkemelerin denetleneceği vurgulanmıştır (Sequeira v. Portugal, 73557/01, 06.05.2003; Shannon v. the United Kingdom, 67537/01, 06.04.2004). AYM’nin bir kararında, aslında delillerin değerlendirilmesi başlığı altında da değerlendirilebilecek “temerrüdün başlangıç tarihine ilişkin şikâyetler” aynı isimde başlık açılarak incelenmiş ve iddianın kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu ve açık keyfilik ve bariz takdir hatası taşımadığı sonucuna varılmıştır (Bis Enerji Elektrik Üretim A.Ş. Başvurusu, 2014/11933, 06.07.2017, §24-32).

¹⁸ Khamidov v. Russia, 72118, 15.11.2007, §170. AİHM bu kararda, geçerli ve gerçek olan bir belgenin delil olarak kabul edilmemesini “açık keyfilik” olarak görmüştür. Bir yazar bu durumu gerekçeli karar hakkına dair “açık bir keyfilik” olarak değerlendirmişse de, delillerin değerlendirilmesi ile de yakından ilgili olduğu görülmektedir (Settem, s.68). Bkz. ayrıca kararın açık keyfilik bakımından analizi için İnceoğlu, s.224-225.

¹⁹ Mustafa Rollas Başvurusu, 2014/7703, 02.02.2017, §39-45.

“savunma hakkı”²⁰, “mahkemeye erişim”²¹, “yargı bağımsızlığı”, “silahların eşitliği”²², “çelişmeli yargılama”, “kanuni hâkim güvencesi”, “makul sürede yargılanma”, “aleni yargılanma” ve “masumiyet karinesi”²³ gibi usulî alt ilkelerine yönelik ihlal iddiaları için de belirli bir ciddiyet derecesinde usulî hata aranmaktadır²⁴. Diğer bir deyişle, kanun yolunda ileri sürülebilecek her usulî hata, AYM önünde ihlal iddiasını incelemeye yetecek bir önemde ve ağırlıkta değildir²⁵. Eğer böyle bir durum vaki ise, kabul edilebilirlik kararı verilmekte ve esasa geçilmektedir. Birinci kademe olan, kararın sonucuna dair maddi değerlendirmeye yönelik ihlal iddialarında Mahkeme, yerel hâkimin takdirine müdahale etmemek ve temyiz mahkemesi yerine geçmemek için

²⁰ Engin Yalazan Başvurusu, 2014/6910, 16.02.2017, §17-24.

²¹ İdari yargıdan manevi tazminat talebi ile ilgili olarak “mahkemeye erişim hakkının” ihlal edildiği noktasında bkz. Özden Sayar ve Deren Dilara Sayar Başvurusu, 2013/4022, 13.04.2016, §50-85. AYM bir kararında, devlet güvenlik mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız olmadığına dair verilen AİHM kararından sonra gidilen yargılamanın yenilenmesi başvurusunun kabul edilmemesini, bariz takdir hatası nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görmüştür (Laleş Çeliker Başvurusu, 2013/8413, 21.04.2016, §41-66; Ramazan Atay Başvurusu, 2017/26048, 29.01.2020, §21-33. Krş. Okay Serçinoğlu Başvurusu, 2014/8090, 13.09.2017, §17-28).

²² Örneğin, Fransa’da mahkemenin yapacağı duruşmanın tarihini öğrenememesi başvuru açısından delillerini sunma ve tartışma imkânı ile silahların eşitliği bağlamında ele alınmış ve ihlal kararı verilmiştir (Frette v. France, 36515/97, 26.02.2002, §44-51; Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, 11082/06-13772/05, 25.07.2013, §574). AYM de silahların eşitliği ile ilgili inceleme yaptığını bir kararında şunu ifade etmiştir: “*Dava devam ederken başvurucuların aleyhine yapılan bu değişikliğin, başvurucular tarafından önceden öngörülmesi beklenilemez... başvurusunun... hak kazandığı tazminatın 1/2’sinden fazlasını vekâlet ücreti adı altında davalı idareye geri ödemek zorunda bırakıl*”ması mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğunu göstermektedir (Mustafa Özer Başvurusu, 2014/4683, 21.01.2015, §42-43; Mehmet Tekin Başvurusu, 2013/7611, 20.05.2015, §51-63). Bkz. AYM ilk kararlarından birinde silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, kanuni hâkim güvencesi, gerekçeli karar, tarafsız mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, mahkemeye erişim ve aleni yargılanma haklarının hepsi ile ilgili ayrı ayrı inceleme yapmış ve kabul edilemezlik kararı vermiştir (Tahir Gökatalay Başvurusu, 2013/1780, 20.03.2014, §21-81).

²³ Ramazan Tosun Başvurusu, 2012/998, 07.11.2013, §60-68. Bkz. Ömer Anayurt, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi”, iç. Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu Yayını, 2007, s.204 vd.

²⁴ Mahkeme üyesi Gökcan, adil yargılanma hakkının usulî alt ilkeleri ile ilgili yapılan başvuruların, kanun yolunda ileri sürülmesi gereken iddialar olduğu gerekçesiyle değil, ancak temellendirilmediği veya zorlama ve karmaşık şikayetler olduğu için kabul edilemez bulunabileceğini iddia etmiştir (Gökcan, s.24).

²⁵ Gökcan’ın “*her kanuna aykırılık değil, anayasal hak ihlaline neden olan aykırılıklar denetim konusu yapılmaktadır*” ifadesi de aslında bunu farklı bir şekilde açıklamaktadır (Gökcan, s.23).

çok daha “bariz bir hata ve keyfilik” aramaktadır²⁶. Örneğin, adil yargılanma hakkının usulî bir gereği olan gerekçeli karar hakkının ihlali iddialarının bulunduğu bir başvuruda, Mahkeme şu ifadeleri ile usulî açıdan da her basit hatanın denetlenmeyeceğini vurgulamaya çalışmıştır: “...mahkeme kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Derece mahkemeleri, dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlukla ilgili vardığı sonucu, sonuca varırken kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelerin oluşturulmasında açık keyfilik görüntüsünün olmaması ve makul bir biçimde gerekçe gösterilmesi hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez”²⁷. Usulî adalet açısından bir kararda hiç gerekçe olmaması, kimi yazarlarca “açık keyfilik” olarak adlandırılmıştır²⁸. Gerçekten de davadaki önemli bir meseleye dair hiçbir gerekçe gösterilmemesi usulî açıdan “açık keyfilik” teşkil edebilir. Buna karşılık gerekçenin varlığına rağmen, adil yargılanma hakkının maddi yönüne dair bir açık keyfilik veya bariz takdir hatasının varlığı da mümkündür. AYM’nin yukarıda belirtilen ifadeleri ile maddi

²⁶ Bkz. Bertil Emrah Oder, “Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri Başlıklı Oturum Konuşması”, 2018, 35, Anayasa Yargısı, s.18.

²⁷ Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 2013/3758, 06.01.2016, §27. Mahkeme ihlal kararının gerekçesini oluşturduğu kısımda şunlardan bahsetmiştir: “itiraz mercinin kararında, başvurusunun dilekçesinde belirttiği dosyalar ve bu dosyaların içeriğindeki belge ve beyanlar ile dinlenilmesi istenilen tanıklarla ilgili hiçbir hususa değinilmediği, tedbire dayanak olgunun gerçekliğinin bu çerçevede tartışılmadığı, tedbir kararında esasa ilişkin hususlarda gerekçe bulunması hâlinde bu karara atıf yapılarak değerlendirme yapılmasının makul görülebileceği ancak ihlal iddiasına konu itiraz mercii kararında, dosyaya sunulan delillerle sonuç arasında ne şekilde bağ kurulduğunun, gerekçesiz olarak verilen tedbir kararına yapılan itirazın neden reddedildiğinin asgari düzeyde dahi açıklanmadığı anlaşılmıştır” (§41). Aynı yönde bkz. İbrahim Ataş Başvurusu, 2013/1235, 13.06.2013, §23; Ayla Şenses Kara Başvurusu, 2013/7063, 05.11.2015, §52-65. Mahkemenin bazı kararlarında, gerekçeli karar hakkı, hem esas hem de kabul edilebilirlik incelemesi altında, herhangi bir şekilde “açık keyfilik ile bariz takdir hatasından bahsedilmeden değerlendirilmiştir (Abdulkerim Akkuş Başvurusu, 2013/5204, 24.03.2016, §49-73; Barış Elitaş ve Diğerleri Başvurusu, 2013/7777, 21.04.2016, §32-56). Bir kararda Mahkeme çoğunluğu, görev yerindeki misafirhanede kalırken şofben gazından zehirlenen askerin, vazife malulü olup olmadığı meselesinin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından yeterli gerekçeyle karşılanmadığına karar verirken, muhalif üye bunun mahkemenin olağan yetkisinde olduğunu, ancak açık keyfilik ve bariz takdir hatası olması durumunda ihlal kararı verebileceğini ileri sürmüştür (Latif Hacibekiroğlu Başvurusu, 2014/6011, 22.09.2016, §28-44, M. Emin Kuz’un karşıoy gerekçesi). Kanaatimizce çoğunluk görüşü, davanın esasıyla ilgili “en kritik meselenin” gerekçesiz bir şekilde bırakılması nedeniyle yerindedir, hatta olayda açık bir keyfilik söz konusudur.

²⁸ Küçük, s.206.

adaletin bağına kurarsak, “maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması”, yargılamanın sonucuna ve mahkemenin adaleti gerçekleştirmedeki takdir alanına ilişkin olduğu için, kural olarak bunların gerekçelendirilmesi yeterli görülmektedir. Eğer, gerekçelendirildiği halde, yani gerekçeli karar hakkına herhangi bir aykırılık bulunmadığı halde, yerel mahkemenin açık bir kuralı uygulamaması veya aşikâr bir takdir hatası yapması nedeniyle adalete hâlel gelirse, o zaman adil yargılanmanın “maddi yönünü” de denetlemeyi gerektiren bir durum var demektir.

Aynı şekilde AYM, mahkemeye erişim hakkı açısından da, açık keyfilik ve bariz takdir hatası halinde kabul edilebilirlik kararı vermekte ve esas denetimine geçmektedir. Bir kararda, başvurunun davası sürerken, kanuni değişiklik yapılarak idari yargılama usulünde tam yargı davaları için de ıslah imkânı getirilmiştir²⁹. Başvurucu, davasını ıslah ettiği halde, bölge idare mahkemesi karar düzeltme talebinde bu hususu hiç görüşmeden ret kararı vermiştir. AYM, açık bir hukuk kuralını öngörülemez ve olağanın dışında yorumlayarak (uygulayarak) bu sonuca varan bölge idare mahkemesinin kararını “mahkemeye erişim hakkına aykırı” görmüştür³⁰. Benzer bir şekilde AYM, mahkemeye erişim hakkının ihlali iddiasının dinlendiği başvurularda, öncelikle “açık keyfilik ve bariz takdir hatası yoksa” derece mahkemesinin olağan yetkisini denetlemeyeceğini vurgulamıştır. Sonrasında, derece mahkemesinin dava açma süresine dair açık kanuni hükmü, aksine yerleşmiş bir uygulama ve içtihat da olmadığı halde, olağanın dışında ve öngörülemez

²⁹ 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 4. maddesiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 16. maddesinin 4. fıkrasına eklenen cümle ile tam yargı davalarında dilekçede belirtilen miktarın süre ve diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilirliği düzenlenmiştir. Bu yasal düzenleme öncesi idari yargılama usulünde ıslah ile ilgili tartışmalar için bkz. Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 668-672.

³⁰ Mükremin Eroğlu Başvurusu, 2013/9025, 06.01.2016, §40-52. Bir başka kararda, idari yargıda kanunla idare lehine nispi vekalet ücreti yerine maktu vekalet ücreti getirildiği halde, açık kanun hükmünün uygulanmaması ve nispi vekaletle hükmedilmesi, mahkemeye erişim hakkına açık bir aykırılık olarak görülmüştür (Seyla Suvari ve Leyla Kalyoncu Başvurusu, §60-62; Melih Tataroğlu Başvurusu, 2013/1766, 01.12.2015, §31-43). Açık bir keyfilikten bahsedilmemekle birlikte, hükmedilen nispi vekalet ücretinin orantısız olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlali noktasında bkz. Abdülhakim Yürek Başvurusu, 2014/8860, 12.07.2016, §33-45. Bkz. ayrıca Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, 2018/20215, 20.10.2020, §31 vd.).

şekilde yorumlamasını hatalı bulmuştur³¹. Sonuçta, yerel mahkemenin açık kuralın aksine olan bu yorumu, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görülmüştür³². AİHM kararlarında da, ulusal mahkemenin kuralı yorumlama şekli açık keyfilik ve bariz takdir hatası teşkil ettiği için mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar verildiği görülmektedir. Son kararlardan birinde, başvuru, savaş zamanında Hırvat polis tarafından çocuklarının öldürüldüğü iddiasıyla tazminat davası açmıştır. Dava, beş yıllık zaman aşımı dolduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Akabinde açılan ceza davasında, başvuruçunun oğulları da dahil başka kişilerin ölümünden bir emniyet müdürü sorumlu tutulmuş ve hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bu karara dayanarak, tazminat davasının yeniden görülmesi (iade-i muhakeme) için tekrar dava açan başvuruçunun bu davasının da, ceza davasındaki kesin hükme rağmen zaman aşımı nedeniyle reddedilmesi, mahkemeye erişim hakkı bakımından “açıkça keyfi ve hatalı” bulunmuştur³³.

Yukarıda ortaya konulandan ayrı olarak, AYM'nin masumiyet karinesi gibi kimi usulî haklar açısından, açık keyfilik ve bariz takdir hatası kriterinden bahsetmediği görülmektedir³⁴. Bu nedenle adil yargılanma hakkının usulî ilkelerinin hepsine dair mi yoksa aralarından sadece bazıları için mi bu kriterler aranacağı belirsizlik taşımaktadır. Diğer yandan, Mahkeme, mülkiyet hakkı gibi kimi hakların ihlaline dair iddiaları görüşürken de “kanunilik” kriteri bakımından “açık keyfilik ve bariz takdir hatasını” kullanmıştır³⁵. Söz gelimi, başvuruçunun hazine arazisi üzerinde yetiştirdiği kayısı ağaçları ile üzüm asmasının DSİ tarafından sulama kanalı geçirilmesi esnasında sökülmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmininde, böyle bir durum ortaya çıkmıştır.

³¹ AYM kararında bu açık hükmün ne olduğu şu şekilde belirtilmiştir: “926 sayılı Kanun'un 120. maddesinde ise subay ve astsubayların yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarında, personelin izinli veya raporlu olmasının atama işleminin tebliğine engel olmayacağı, ancak atandıkları göreve katılmaları için kabul edilen sürelerin izin veya rapor müddetinin bitiminde başlayacağı hükme bağlanmıştır (Kamil Koç Başvurusu, 2012/660, 07.11.2013, §63).

³² Kamil Koç Başvurusu, §52-74.

³³ Trivkanović v. Croatia (No. 2), 54916/16, 21.01.2021, §76 vd.

³⁴ Şahin Erol Başvurusu, 2013/2539, 07.07.2015, §31-42; Bkz. açık keyfilik ve bariz takdir hatasından bahsetmeden ihlal kararı verilen bir başvuru için Ayşedudu Özkan ve Diğerleri Başvurusu, 2013/2008, 05.11.2015, §28-44.

³⁵ Kamil İnce Başvurusu, 2014/1167, 25.10.2017, §43-44. Bu kararda AYM, yerel mahkeme mülkiyet hakkı ile ilgili usulî güvencelere uygun bir şekilde yargılama yaptığı, olayda açık keyfilik ve bariz takdir hatası da bulunmadığı için kabul edilemezlik kararı vermiştir (§43-44).

Başvurucunun ağaç ve asmaların zararını tazmin için açtığı dava, idari yargı yerleri tarafından “*Hazine ile arada sözleşme veya bir hakka dayanan ilişki olmadığı*” gerekçesiyle reddedilmiştir. AYM ise haklı olarak Danıştay ve Yargıtay içtihatlarındaki istikrarlı uygulamaya ve Kamulaştırma Kanunu’nun 19. maddesindeki “*Başkası adına tapulu, ...yerin kamulaştırmasında ... ağaçların... 11 inci madde çerçevesinde takdir olunan bedeli zilyedine ödenir*” açık hükmüne aykırı olan idare mahkemesinin öngörülemez yorum ve uygulamasını, kanunilik kriterine aykırı görmüştür³⁶. Görüldüğü gibi, ölçülülük ilkesinin yaygın bir şekilde kullanıldığı bir maddi hak açısından da, kanunilik denetimi içerisinde usulî gereklerin yerine getirilip getirilmediği “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” açısından incelenmiştir.

AYM, bazı kararlarında sanki açık keyfilik ve bariz takdir hatasını, sadece adil yargılanma hakkının maddi yönüne ilişkin olarak dikkate alıyor gibi bir intiba uyandırmaktadır³⁷. Mahkemenin kararlarında sıkça vurguladığı hususlardan birisi de, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarının, iki aşamalı olduğu noktasındadır. Diğer bir deyişle, Mahkeme’ye göre, olağan bir şekilde adil yargılanma hakkının inceleme kapsamına giren meselelerin “başvurucu tarafından ispatlanması”, bu gibi durumlar söz konusu değilse “olağanüstü” iddiaların yani açık keyfilik ve bariz takdir hatasının bulunması ve bunların sonuca etkili olması gerekmektedir: “*Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olmadığını, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece Mahkemesi tarafından dinlenmediğine ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi Mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık*

³⁶ Cumali Karaşahin Başvurusu, 2014/2927, 01.02.2017, §52-71; Selahattin Turan Başvurusu, 2014/11410, 22.06.2017, §37 vd.; Mehmet Emin Öztekin Başvurusu, 2016/58283, 29.05.2019, §64 vd. Krş. Hasan Çoşkun Başvurusu, 2014/2765, 06.04.2017, §43 vd.; İrfan Öztekin Başvurusu, 2014/19140, 05.12.2017, §53 vd.

³⁷ Krş. bir karşı oy yazısında maddi ve usulî ayrımı yapılmaya da özetle benzer şeyler ifade edilmiştir: “*Temyiz denetimi boyutunda inceleme yapma yasağının istisnası ise, açık ve bariz takdir hatasının veya keyfilik bulunmasıdır. Fakat, Sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen adil yargılamaya ilişkin usuli güvencelerin başvuruda ileri sürülmesi halinde, bu yöndeki itirazlar temyiz denetimi yasağı içerisinde görülmemektedir. Bu anlamda örneğin, gerekçeli karar hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkı, mahkemeye erişim hakkı, aleni yargılanma hakkı, masum sayılma hakkı, ceza davasına etkili bir biçimde katılma hakkı, bizzat savunma hakkı, tanığı sorgulama hakkı, tercüman hakkı, hakkaniyetli yargılanma hakkı, sayılabilir*” (Alper Kurtuldu Başvurusu, Karşıoy gerekçesi).

keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilememiştir”³⁸. Bu ifadelere rağmen, Mahkeme bazı kararlarında adil yargılanma hakkının usulî alt ilkeleri için de kabul edilebilirlik incelemesi altında “açık keyfilik ve bariz takdir hatasına” yer vermektedir.

Son olarak, AYM ile AİHM’nin aynı başvuru ve başvuru konusu hakkında “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” bağlamında kabul edilebilirlik aşamasında farklı ve zıt kararlar verdiği de rastlanmaktadır. Terör örgütü ile irtibatı nedeniyle görevine son verilen başvuru AYM’ye yaptığı başvurudaki talebi, “kanun yolu denetimi niteliğinde olduğu, açık keyfilik ve bariz takdir hatası taşımadığı” gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuşken; AİHM, AYM’nin kabul edilemezlik kararının hatalı olduğu, olayda açık keyfilik ve bariz takdir hatasının bulunduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Hatta esas incelemesi içinde de ihlal kararı vermiştir³⁹.

III. ADİL YARGILANMA HAKKININ MADDİ YÖNÜ AÇISINDAN AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI

A. KURAL: OLAYA YAKIN MAHKEMELERİN DEĞERLENDİRMESİ

Gerek AİHM gerekse AYM, ulusal mahkemeler ile derece mahkemeleri, temel adil yargılanma usulü ilkelerini takip ederek sonuca varmışsa, ceza ve hukuk yargılamasında kusur oranının⁴⁰, ceza veya tazminat miktarının belirlenmesi gibi olaya yakın olan hâkimlerce değerlendirilmesi gereken hususlara müdahale etmemektedir⁴¹. Bu durum, bireysel başvuru yolunun ikincilliğinin de gereğidir. Bunun istisnası, bir hakkın ihlal edilmesi veya açık keyfilik ve bariz takdir hatasıdır⁴². AİHM kararlarına bakıldığında, Mahkemenin Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ve alt ilkelerine aykırılıklara dair iddiaları denetlerken, ulusal mahkemelerin yaptığı delil değerlendirmesine ve kuralların yorumuna⁴³, ancak bu yorumun ve değerlendirmenin açıkça adalete aykırı, keyfî ve mantığa aykırı olması

³⁸ Ramazan Biber Başvurusu, 2013/2568, 08.09.2014, §33. Krş. Bkz. Hasan Esir Başvurusu, 2014/1097, 08.09.2014, §26.

³⁹ Pişkin v. Turkey, 33399/18, 15.12.2020, §29, 135-153.

⁴⁰ Khan v. the United Kingdom, 35394/97, 12.05.2000, §34; Allan v. the United Kingdom, 48539/99, 05.11.2002, §42.

⁴¹ Bkz. Aktepe-Artık, s.37.

⁴² Bkz. Kanadoğlu, s.192-193.

⁴³ Fabris v. France, 16574/08, 07.02.2013, §60.

durumunda müdahale ettiği görülmektedir⁴⁴. Örneğin, gıyapta yargılama⁴⁵, mahkemeye erişim⁴⁶ ile ilgili birçok kararda bu durumu vurgulamıştır. AİHM kimi kararlarında mahkemeye erişim hakkı bağlamında, açık bir keyfilik olmadığı sürece, ilgili iç hukuk düzenlemesinin yorumu ve delillerin değerlendirilmesi niteliğindeki işlemlerin denetlenmeyeceğini vurgulamıştır. Diğer bir deyişle, bu gibi durumlarda, AİHM, ulusal organların yerini almayacağını ve takdir yetkisinin bu organlara ait olduğunu kabul etmesine rağmen, sadece “açık keyfilik” istisnasını saklı tutmaktadır⁴⁷. Kısacası AİHM, çok önemli sebepler olmadıkça, kendi takdirini ulusal mahkemelerin takdirine tercih etmeyeceğini vurgulamaktadır. Çok önemli gerekçe ise, ayrıntılı bir şekilde açıklığa kavuşturulamamıştır. Örneğin, ulusal makamların çatışan yararlar ve haklar arasında adil denge kurduğunu iddia ettiği durumlarda bile, AİHM’nin kendi görüşünde ve dengelemesinde ısrar etmesi, bu anlamda eleştiriye sebep olmuştur⁴⁸.

1. Derece Mahkemesinin Olağan Yetkisi ve Takdiri

Hâkim, yargılama sürecinin başta gelen aktörü olarak, gerek sözlü gerekse yazılı yargılamada hukukun bulunması, kuralların belirlenmesi, davadaki vakaların ve delillerin tasnifi, adlandırılması ve değerlendirilmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu yetkinin kullanımı bağlamında, öncelikle, hukukun ve kuralların hangisinin uygulanacağı

⁴⁴ Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, §803; Tejedor García v. Spain, 25420/94, 16.12.1997, §31; Zubac v. Croatia, 40160/12, 05.04.2018, §79.

⁴⁵ Stoichkov v. Bulgaria, 9808/02, 24.03.2005, §53-55.

⁴⁶ Maillard v. France, 35009/02, 06.12.2005, §35-37.

⁴⁷ Maillard v. France, §35-37; Bkz. aynı yönde Kamuran Kup Belge, İdari Yargı Yönüyle Adil Yargılanma Hakkı, Ondokuz Mayıs ÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.75, dn.259. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında AİHM’nin kararındaki benzer bir görüşü belirtmiştir: “Devletlerin başvuruların mahkemelere erişimiyle ilgili yargının idaresini sağlamak ve iş yükünü azaltmak amacıyla getirdikleri, hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi hedefleyen ceza niteliğinde düzenlemeler, mahkemeye erişimi engelleyecek kadar yüksek olmadığı ve bariz bir takdir hatası ya da açık keyfilik içermediği sürece mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilemez” (Faik Gümüş Başvurusu, 2012/603, 20.02.2014, §34; bkz. aynı yönde Mustafa Ünlü Başvurusu, 2013/735, 17.09.2014, §50).

⁴⁸ Axel Springer AG/Germany, 39954/08, 07.02.2012. Bkz. Axel Springer kararı kapsamında bu tip eleştiriler için Dirk Voorhoof, “Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism”, in. Stijn Smet/Eva Brems (Editors), When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony, Oxford University Press, 2017, s.160 vd.; Kirsty Hughes, “Balancing Rights and the Margin of Appreciation: Article 10, Breach of Confidence and Success Fees”, 2011, 3(1), Journal of Media Law, s.40.

konusunda, tarafların belirli bir kanuni dayanak gösterip göstermediğine bakılmaksızın, hâkimin kuralı belirleme yetkisi vardır. Fakat, tarafların iddia ettiği kuralı niçin uygulamadığını deliller bağlamında göstermelidir. Bazen hem davalı hem davacı taraf için uygulanacak kural aynıdır. Sadece delillerin hangisini desteklediğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Elbette kural olarak, açık veya açık olmayan birçok hatanın istinaf ve temyiz yolunda denetlenip giderilmesi gerekmektedir. Fakat, bazı kararlar bu denetim yollarına tabi olmadığı gibi, söz konusu denetim yollarına tabi olan kararlara karşı bu yollara başvurulmadığı için de kesinleşebilmektedir. Ayrıca, bu yollara başvurulduğu ve denetim yapıldığı halde “bariz hataların” fark edilememesi nedeniyle de Anayasa Mahkemesi gibi ikincil yetkili olağanüstü yargı yoluna “olağan denetim” yetkisi düşebilmektedir.

Mahkeme kimi kararlarında şu ifadeleriyle hangi hallerin derece mahkemelerinin olağan yetkisine ilişkin olduğunu, diğer bir deyişle açık takdir hatası ve keyfilik olarak görülemeyeceğini belirlemektedir: “Mahkemenin gerekçesi ve başvurunun iddiaları incelendiğinde, iddiaların özünün derece Mahkemesi tarafından delillerin değerlendirilmesinde ve hukuk kurallarının yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır”⁴⁹. AYM ve AİHM’nin bu gibi kararlarından hareketle, derece mahkemelerinin olağan yetkisini aşağıdaki başlıklar altında ele almak mümkündür.

a. Olayın Kanıtlanması ve Delillerin Değerlendirilmesi

Delillerin değerlendirilmesi ve delillerin kabul edilebilirliğine dair hâkimin kanaati, maddi vakıaların ispatı vasıtasıyla yargılamanın sonucuna etki eden bir unsurdur⁵⁰. Delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde ceza, hukuk ve idari yargılamada bazı farklılıklar olsa da, hâkimin bunların delil niteliğini ve olayı ne oranda ispatladığını değerlendirmede ve kanaat oluşturmada belirli bir takdir yetkisi vardır⁵¹. Örneğin ceza muhakemesi

⁴⁹ Tayibe Özkantaş Başvurusu, 2013/6314, 20.3.2014, §29. Olayda, 1974 yılında kamulaştırmaz el atma uygulanan taşınmazın kamulaştırılma bedelinin ödenmediğini iddia eden başvurunun iddiaları, yerel mahkemenin 1974 yılında kamulaştırma bedelinin ziraat bankasına depo edildiğine dayanarak kamulaştırma kararı verdiği, bunun aksini ispatlayan bir kayıt bulunmadığı için reddedilmiştir. Bütün bu hukuki ve maddi değerlendirmeler hâkimin olağan faaliyeti olarak görülmüştür (§28). Bkz. ayrıca Oğuzhan Kozacıoğlu Başvurusu, 2013/2379, 20.03.2014, §27.

⁵⁰ Gökcan, s.26; Küçük, s.202.

⁵¹ Bkz. hukuk yargılaması açısından delillerin değerlendirilmesinin istinaf ve temyiz

açısından, delil serbestliği ilkesi esas alınsa da, hâkim ancak mahkemeye sunulan ve tartışılan deliller üzerinden kararını oluşturur⁵². Diğer bir deyişle, ceza muhakemesinde vicdani kanaat ve delil değerlendirmesi ilkesi geçerli olsa da, verilen hükmün objektif olarak da gerekçelendirilmesi gerekmektedir⁵³. Hukuk muhakemesinde ise, ceza muhakemesinden farklı olarak, daha çok tarafların iddiaları ispatı ve delilleri mahkemeye getirmesi söz konusudur⁵⁴. Fakat hâkimin, taraflarca ulaştırılmayan bazı delillerin getirilmesini emretme yetkisi de vardır⁵⁵. Bunun yanında, taraflarca getirilme ilkesinden bağımsız olarak hâkimin yargılamayı maddi açıdan da yürütmesi, yani uyumsuzluğu aydınlatıp sonuca götürmesi gerekmektedir⁵⁶. Hâkim, hukukun re’sen uygulanması ilkesinin de yardımıyla, gerektiğinde taraflara da sorarak uyumsuzluğu hukuki açıdan adlandırır⁵⁷.

İdari yargılama hukukunda re’sen araştırma ilkesi kapsamında hâkimin delilleri toplaması söz konusu olsa da⁵⁸, tam yargı davalarında davacı, zararı, illiyet bağı ve varsa kusuru ispat etmek durumundadır. İptal davalarında maddi olgulardan ziyade, işlemin varlığı ve hukuka aykırılığının tespiti söz konusudur. Özellikle idare, işlemin hukuka uygun olduğunu ispatlamak durumundadır⁵⁹.

mahkemesince denetimi konusundaki tartışmalar için Mehmet Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Yayınevi, 1990, s.276-277.

⁵² Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınevi, 2012, s.142.

⁵³ Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK. m. 217)”, 2019, 21(Özel Sayı), Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Dokuz Eylül ÜHFD, s.917-918; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2017, s.85.

⁵⁴ Bu husus, HMK m. 25’te taraflarca getirilme ilkesi olarak düzenlenmiştir. Bkz. delillerin toplanması açısından hâkimin rolü hakkında Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*, Vedat Kitapçılık, 2014, s.118 vd.

⁵⁵ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, 1979, s.164-165.

⁵⁶ Bkz. Eberhard Schilken, “Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü” (Çeviren: Nevhis Deren Yıldırım), iç. (Derleyen: Kamil Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınevi, 2002, s.53-54; İbrahim Özbay, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi*, Seçkin Yayınevi, 2013, s.68.

⁵⁷ Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması*, On İki Levha, 2019, s.47; Saim Üstündağ, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, 2018, s.382. Bu husus HMK m. 31’deki hâkimin aydınlatma ödevi ile de yakından ilgilidir.

⁵⁸ Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.11 vd.; Kamile Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler*, Seçkin Yayınevi, 2019, s.104 vd.

⁵⁹ Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Kitabevi, 2018, s.422-424.

Delillerin değerlendirilmesi konusunda da asli yetkili merciin derece mahkemelerinin olduğunu kabul eden AYM konuyla ilgili çoğu kararında şu ifadeyi sıklıkla tekrarlamaktadır: “...derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz”⁶⁰. Kısacası, prensip olarak, somut olaya yakın hâkimlerin olaya ve kurala dair yorumu, kanaati ve takdiri bireysel başvuruya konu olabilecek bir şey değildir⁶¹. Fakat bu takdir ve değerlendirme, açık bir keyfilik ve hata taşıyorsa istisnaen denetime tabi olabilecektir. Örneğin bir olayda, tanık olarak dinlenen müfettişin beyanları arasında tutarsızlık bulunduğu ve bunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği noktasındaki iddialar, “mahkemenin olağan delil değerlendirme yetkisi” içinde görülerek kabul edilemez bulunmuştur⁶². Aynı şekilde AYM’nin bir kararında, başvurunun “bilirkişilerce giderlerin yapım tarihindeki itibarî değerleri yerine maliyet değerlerinin hesaplandığını, dolayısıyla ilk kararda belirtilen miktardan daha az tazminata hükmedildiğini” iddia etmesi, mahkemenin olağan değerlendirme yetkisi ve dolayısıyla kanun yolu incelemesi içinde görülmüştür⁶³. İş hukuku ile ilgili bir olayda ise başvurunun “resmi belgelerin ve tanık beyanlarının doğru ve eksiksiz değerlendirilmediğini, işçi lehine yorum yapılmadığını” iddia etmesi, yerel mahkemenin takdir yetkisi ve kanun yolu denetimi içinde kabul edilmiştir⁶⁴. Son olarak, bir başka başvuruda ise, vekillikten azledilen başvurunun, bilirkişi raporunda azlin haksız olduğu belirtilmesine rağmen yerel mahkemenin ret kararı vermesinin haksız olduğu noktasındaki iddiaları da, mahkemelerin olağan delil ve vâka değerlendirme yetkisi içinde görülmüştür⁶⁵.

Sonuç olarak, dava mahkemesi, davanın türüne göre, tanık, bilirkişi, tapu kaydı ve benzeri delilleri toplamış ve bunlara dair değerlendirme yaparak bir sonuca ulaşmış ise, başvurunun belirli bir delile az veya çok ağırlık verildiği,

⁶⁰ Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, 2012/1027, 12.2.2013, §26.

⁶¹ Küçük, s.200; Gökcan, s.26.

⁶² Musa Yılmaz Acar Başvurusu, 2013/1664, 16.07.2014, §45-55.

⁶³ Yıldız Eğitim ve Yayıncılık Tic. A.Ş. Başvurusu, 2013/2235, 18.06.2014, §24. Bkz. hırsızlık suçu kapsamında yapılan bir ceza yargılamasında bilirkişi raporunun hatalı olduğuna yönelik iddialar da benzer şekilde cevaplanmıştır (Laden Elbezyan Başvurusu, 2013/4551, 10.12.2014, §22-31). Mahkemenin aleyhe olan bilirkişi raporuna göre karar verdiği yönündeki itirazların da benzer nitelikte olduğu noktasında bkz. İsmail Güngör Başvurusu, 2013/2761, 10.03.2015, §21-26; Abdulhakim Yürek Başvurusu, §21-32.

⁶⁴ Ünal Özfuçucu Başvurusu, 2013/5921, 03.04.2014, §24.

⁶⁵ Nedim Erkuş Başvurusu, 2013/988, 10.03.2015, §26-35.

varılan sonucun adil olmadığı, bilirkişi raporundaki miktara itibar edilmediği gibi itirazları haklı olarak “kanun yoluna has” ve olağan değerlendirme yetkisi içinde görülmektedir⁶⁶.

b. Hukuk Kurallarının Yorumlanması ve Olaya Uygulanması

Bir hukuk sisteminde, önündeki uyuşmazlığı çözmekle görevli olan yargıçların en önemli faaliyetlerinden birisi de, kuralların re’sen tespiti, onların olay kapsamında anlamının ortaya çıkarılması ve nihayet tümdengelim yöntemi ile altlama yaparak olaya uygulanmasıdır⁶⁷. Ayrıca kuralın olaya uygulanması sırasındaki önemli hususlardan birisi de, davadaki vakıaların hukuki tasnifinin doğru yapılmasıdır. Taraflar, kendi menfaatlerine uygun farklı nitelendirmelerde bulunsun da, hâkimin buradaki tespiti önem arz etmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda, kürsü mahkemesinin takdir alanına sırasıyla bölge mahkemesi, Yargıtay ve AYM, gittikçe azalan oranda müdahale edebilmektedir. Dolayısıyla bölge mahkemesinden AYM’ye doğru gittikçe takdire müdahale etmek için gereken “keyfilik ve takdir hatası derecesi” artmakta, AYM açısından bu durum “açık keyfilik ve bariz takdir hatasına” dönüşmektedir.

Bir kararı ele alarak yerel mahkeme ile Yargıtay arasındaki yorum ve değerlendirme farklılıklarının olağan olduğunu, buna karşılık AYM’nin bu olağan yorumu denetleyerek karar vermesinin yerinde olmadığını

⁶⁶ Örneğin Mahkemeye göre “kamulaştırma bedelinin tespiti, bu tespit için kullanılan yöntem, emsallerin seçimi ve değerlendirilmesi, taşınmazın ulaşım imkânlarına yakınlık ile malzeme ve inşaat kalitesi gibi özelliklerinin değerine etkisinin belirlenmesi Kanun’un öngördüğü usuller çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi içindedir” (Tülay Şahin Başvurusu, 2013/1568, 08.05.2014, §29). Bir başka kararda bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Mahkemece, dava sürecinde uyuşmazlığın çözümü için gerekli bilgi ve belgeler toplanarak inceleme yapılmış ve ilgili kurallar somut davanın koşullarıyla birlikte yorumlanmış, usul şartlarına uygun olarak başvuruca iddialarını sunmak üzere imkân verilmiş ve başvuruca iddia ve itirazlarını mahkemeye sunmuştur. İlk derece mahkemesi ve Danıştay bu iddia ve itirazları değerlendirerek ... karar vermiştir... bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik görülmemektedir” (Hüseyin Sezen Başvurusu, 2013/1793, 18.09.2014, §63). Aynı yönde bkz. Hüseyin Sezen Başvurusu, §61 vd.

⁶⁷ HMK m. 33’te düzenlenen hâkimin hukuku re’sen uygulama ilkesi ve sınırları hakkında bkz. Bolayır, Re’sen Uygulama, s.145 vd.

⁶⁸ Bolayır, Re’sen Uygulama, s.350-353. Tarafların nitelendirmeleriyle başlayan süreçte hâkimin nihai olarak daha etkin olduğunu söylemek mümkündür (Hilmi Şeker, Medeni Hak ve Yükümlülükler İlişkin Davalarda Süreç Adaleti (Usul Hukuku ve İstinaf Yorumu), Beta Yayınevi, 2018, s.352. Hâkimin vakıaları hatalı nitelendirmesi, yanlış sonuca varmasına yol açabileceği için, bu konudaki faaliyetleri kanun yolu denetimine tabi tutulmaktadır (Bolayır, Re’sen Uygulama, s.353).

gösterebiliriz. AYM'nin bir kararına konu olan olayda, işveren, karardaki başvuru olan işçisinin, bulunduğu görev yerinden ayrılarak işyerine gelen yabancılarla birlikte idari binaya girmesi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmiştir. Yerel mahkeme, iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğuna ve işe iadeye karar verirken, Yargıtay feshin “haklı” olduğuna karar vermiştir. AYM ise, açık takdir hatası ve keyfilik olmadığı için açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir⁶⁹. Eğer Mahkeme, yerel mahkemenin kararının doğru olduğu kanaatiyle ihlal kararı verseydi, kanaatimizce kanun yolu denetimi yapmış olacaktı.

Bir başka kararda AYM, davalı tarafın karar düzeltme talebinde “daha önceki yargılama aşamalarında ileri sürülmeyen bir sebebe dayanmasını” ve Yargıtay’ın bu nedenle yerel mahkemenin kararını bozmasını, normal bir yorumlama ve olaya uygulama faaliyeti olarak görmüştür. Oysa başvuru, bu durumun açık bir keyfilik ve takdir hatası olduğu iddiasında bulunmuştur. Buna göre, kanunda karar düzeltme sebepleri sınırlı şekilde sayılmış ve arasında bu sebep bulunmamaktadır. AYM’ye göre ise, borcun ifası her aşamada gerçekleşebileceği için, böyle bir sınırlamaya gidilmesi mümkün değildir⁷⁰. Sonuç olarak AYM, Yargıtay’ın kararını yerinde bularak ortada açık keyfilik ve bariz takdir hatasına da rastlanmadığı için kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Son olarak bir kararda ise, başvuru, mudilerin rızası olmadan onlar adına kredi kullandığı için işten çıkarılmasını “haksız” olarak niteleyerek adil yargılanma hakkının içeriğine, diğer bir deyişle yargılamanın sonucunun adil olup olmadığına yönelik ihlal iddiasında bulunmuştur. Fakat AYM haklı olarak, yargılamanın “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” içermediğini, İş Kanunu kurallarının olaya uygulanmasından ibaret olduğunu belirtmiştir⁷¹.

c. Davanın Esası Hakkında Bir Hukuki Sonuca Varılması

AYM'nin kararlarında da geçen “yargılamanın sonucunun adil olup olmadığı” meselesi bağlamında, öncelikle, hem hukuk davasında taraflardan birinin haklılığı ve hükmedilen tazminatın miktarı gibi hususların, hem de

⁶⁹ Bülent Şimşek Başvurusu, §7-29.

⁷⁰ İbrahim Şendil Başvurusu, 2013/4495, 17.07.2014, §30-36.

⁷¹ Osman Geçer Başvurusu, 2013/1326, 17.07.2014, §21-30. Mahkeme uyuşturucu madde kullanma suçundan yargılanan kişiye, yerel mahkemenin tedavi ve denetimli serbestlik gibi tedbirleri verme konusunda da takdir yetkisinin varlığını vurgulamıştır (Mustafa Gök Başvurusu, 2013/700, 15.04.2014, §28-30).

ceza yargılamasında kusur, manevi unsur, cezanın bireyselleştirilmesi ve miktarı konusunun hâkimin takdir alanında olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar çoğunlukla yargılamanın maddi olarak adilliği ile ilgilidir. Örneğin, bireysel başvuru yolunda başvuru “haklı olduğu halde davayı kaybettiği” veya “hâkimin kuralı yanlış yorumladığı için verilen kararın doğru olmadığı” şeklinde adil yargılanma hakkının maddi yönü ile ilgili bir iddiada bulunduğu kural olarak bu derece mahkemelerinin takdirinde olduğu için kabul edilemez bulunmalıdır.

Nitekim AYM’nin gördüğü bir başvuruda, başvuru ceza mahkemesinin kendisini kusursuz görerek beraat kararı verdiği halde, hukuk mahkemesinin bilirkişi raporlarına dayanarak %20 oranında kusurlu görmesini “adil yargılanma hakkının ihlali olarak” iddia etmiştir. Mahkeme ise, haklı olarak, kusur oranlarının değerlendirilmesinin ceza ve hukuk mahkemelerinde farklı olmasını, bu yargı yerlerinin olağan yetkisine dâhil olarak görmüştür⁷². Aynı yönde bir başka kararda, Yargıtay’ın işçilik alacaklarına yönelik işletilmesi gereken faizin başlangıç tarihini, fesih tarihi değil de, işverenin işe başlatmama iradesini gösterdiği tarihi belirlemesi de olağan bir maddi vakıanın belirlenmesi işi olarak görülmüştür⁷³.

Bir başka kararda ise, iş kazası nedeniyle işçi lehine hükmedilecek olan manevi tazminat miktarının değerlendirilmesinde “olayın oluş şekline, müterafik kusur oranlarına, başvuru duydugu elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, hak ve adalet kurallarına göre” hâkimin takdir alanına sahip olduğu haklı olarak vurgulanmıştır. Bu kapsamdaki iddialar kanun yolunda incelenmesi gereken talepler olması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun bulunmuş ve kabul edilemezlik kararı verilmiştir⁷⁴.

⁷² Veysel Doğan Başvurusu, 2014/1725, 17.09.2014, §26-40.

⁷³ Adnan Keskin Başvurusu, 2013/8613, 28.05.2014, §27-40. Taşınmazın kamulaştırma bedelinin mahkeme tarafından eksik belirlendiğini iddia eden başvuru bu iddiaları da Mahkeme tarafından şu gerekçelerle açık keyfilik veya bariz takdir hatası olarak görülmemiştir: “Başvuru konusu olayda kamulaştırma bedelinin tespiti, bu tespit kullanılan yöntem, emsallerin seçimi ve değerlendirilmesi, taşınmazın ulaşım imkânlarına yakınlık ile malzeme ve inşaat kalitesi gibi özelliklerinin değerine etkisinin belirlenmesi Kanun’un öngördüğü usuller çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi içindedir” (Tülay Şahin Başvurusu, §29). Bkz. ayrıca Hasan Hüseyin Türk Başvurusu, 2013/8469, 10.03.2015, §22-29; M.Y. Başvurusu, 2013/2443, 17.11.2014, §23-28.

⁷⁴ Şenel Tut Başvurusu, 2013/1995, 10.12.2014, §31-43; Kınıyas Kaya Başvurusu, 2013/1071, 10.03.2015, §18-27.

2. Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Kanun Yolu Denetimi

AYM'nin kabul edilebilirlik incelemesinde sıklıkla tekrarladığı bir kabul edilemezlik sebebi de “iddiaların kanun yolu denetiminde ileri sürülmesi gereken nitelikteki iddialar” olmasıdır⁷⁵. Bununla hukuki, idari ve cezai yargılama usulündeki istinaf ve temyiz kanun yollarının, özellikle olağan kanun yollarının kastedildiği anlaşılmaktadır. Her üç yargı kolunda da istinaf ve temyiz sebepleri ile bunların pratiğine bakıldığında aralarında çeşitli farklılıklar olmakla birlikte birçok usulî ve hukuki yargılama hatası ve eksikliklerin istinaf ve temyiz yolunda göz önüne alındığı görülmektedir⁷⁶. Bazı ülkelerin mevzuatında, temyiz incelemesinde, yerel hâkimin takdirinde olan değerlendirme alanının değil, alt mahkemelerin kararlarındaki “açık değerlendirme hatasının (manifest error of assessment/open erroneous)” denetleneceği yer almaktadır⁷⁷. Bu anlamda, kanun yolunda da yerel hâkimin somut olaya ilişkin olağan takdir yetkisinin denetlenmesi pek uygun görülmemiştir⁷⁸.

⁷⁵ Küçük, s.194-195. Şirin bu durumu kanun yollarını maddi anlamda tüketme olarak adlandırmıştır (Tolga Şirin, “Üçüncü Yılında Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, s.60, <http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2021). Bkz. aynı yönde adlandırma için Mustafa Şimşek, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Olağan Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri ve İstisnaları, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.29; Erdoğan, s.370.

⁷⁶ HMK m. 371: “(1) Yargıtay, aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı gerekçe göstererek temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozar: a) Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması. b) Dava şartlarına aykırılık bulunması. c) Taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi. ç) Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması.” CMK m. 280: “a) İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine” karar verilir. CMK m. 288: “(1) Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedeniyle dayanır. (2) Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır”.

⁷⁷ Portekiz açısından bkz. Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, 55391-57728-74041/13, 06.11.2018. Bkz. Kanada'daki benzer uygulama için Supreme Court of Canada, R. v. Clark, [2005] 1 S.C.R. 6, 2005 SCC 2, §9. İsviçre'de de Federal Mahkeme, istinaf incelemesi sırasında “açıkça bir hataya düşülmemiş olması kaydıyla kantonal derecenin vakıa tespitleriyle bağlıdır” (Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınevi, 2010, s.126).

⁷⁸ ABD'de temyiz mahkemelerinin bazen açık takdir hatası olarak adlandırılmayacak durumlarda bile alt mahkemelerin kararlarını bozduğu noktada tartışmalar yaşanmıştır (George W. Hardy Jr., “Forum Juridicum: The Manifest Error Rule”, 1961, 21(4), Louisiana Law Review, s.749 vd.). Bkz. ayrıca John F. Nangle, “The Ever Widening Scope of Fact Review in Federal Appellate Courts—Is the Clearly Erroneous Rule Being Avoided?”,

Örneğin, ceza muhakemesinde temyiz nedenlerinden birisi, hâkimin kararında CMK m. 230’daki şartları taşıyan bir gerekçenin bulunmaması halidir (CMK. m. 289/g). Aslında CMK’nin 289. maddesinin h fıkrasındaki “hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması”nın bir temyiz sebebi olduğunu da göz önünde tutarsak, gerekçeli karar ile savunma hakkının kısıtlanması gibi benzeri hususlar hem adil yargılanma hakkında hem de temyiz kanun yolunda denetlenmektedir. O zaman, gerekçe, mahkemeye erişim ve savunma hakkı gibi adil yargılanma hakkının kimi ilkeleri ile ilgili maddi ve usulî hataların bir kısmı, bariz takdir hatası ve açık keyfilik içerdiği için adil yargılanma hakkı bağlamında incelenmeye tabi olmaktadır⁷⁹. Buna karşılık, bu gibi adil yargılanma hakkının alt ilkelerini ilgilendiren ve temyiz/istinaf denetimine tabi tutulan hususların hepsi, adil yargılanma hakkı kapsamında denetime tabi olmamaktadır⁸⁰.

Konumuz kapsamında, çok fazla ayrıntıya girmeden hukuk muhakemesi açısından sadece istinaf yoluna bakmak istiyoruz. Hukuk yargılamasında istinaf sebeplerini kimi yazarlar “maddi hukuk kurallarına aykırılık (hukuki meselenin yanlış çözülmesi)”, “usul kurallarına aykırı yargılama yapılması (hatalı yargılama)” ve “maddi mesele hakkında yanlış sonuca varılması

1981, 59(2), Washington University Law Review, s.413 vd. Bkz. aynı yönde Avusturalya bakımından Sarah Krasnostein/Arie Freiberg, “Manifest Error: Grounds for Review?”, 2012, 36(1), Australian Bar Review, s.5 vd.

⁷⁹ Yasak bir delilin ceza muhakemesinde kullanılması mutlak bozma sebebi olduğu gibi, bu durum aynı zamanda adil yargılanma hakkının ihlali de teşkil edebilmektedir (Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2017, s.162).

⁸⁰ Bkz. aynı yönde Döner/Çelik, s.289. Mahkeme bir kararında önceliğin usulî yöne dair olduğunu vurgulamakla birlikte, içerik denetiminin ancak “açık keyfilik” gibi durumlarda söz konusu olabileceğini şu şekilde belirtmiştir: “Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenmesi için başvuruçunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olmadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunmadığı ya da uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gereksiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir. Somut olayda başvuruçunun, yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir bilgi ya da belge sunmamış olup, mahkemeye delillerin değerlendirilmesinin ve verilen kararın içeriğinin adil olmadığı şikâyetini dile getirdiği anlaşılmaktadır.” (Oğuzhan Kozacıoğlu Başvurusu, §27).

(vakıa tespitlerine ilişkin hatalar)” şeklinde üçlü bir ayırım yapmıştır⁸¹. Bu ayırımdan hareketle, adil yargılanma hakkının usulî yönü, usul kurallarına aykırı yargılama yapılmasıyla ilgili görülebilirken; maddi yönü, maddi hukuk kurallarına aykırılık ve maddi mesele hakkında yanlış sonuca varılması ile ilgilidir. Diğer bir deyişle, bir hukuk kuralının hatalı uygulanması veya hiç uygulanmaması ile davadaki olayların yanlış tasnif edilmesidir. Gerek adil yargılanma hakkının usulî gerekse maddi yönü ile ilgili istinaf sebebi teşkil eden hatalar, öncelikle bölge mahkemeleri ve temyiz mercii tarafından denetlenir. Söz konusu hatalardan bu aşamalara rağmen düzeltilememiş olanlardan “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” taşıyanlar ise, ayrıca bireysel başvuruda AYM’nin denetimine tabidir. Bu gibi hatalar giderilmezse, açık bir adaletsizlik ve hukuka aykırılık doğurduğu için, kanaatimizce AYM tarafından denetlenmesi yerindedir. Fakat, Mahkeme’nin bu kavramı her kararda ad-hoc bir şekilde tespit etmesi, buna dair ilkesel kriterler belirlememesi “meşruiyet ve süper mahkeme” eleştirilerine sebep olabilecektir.

Sonuç olarak hem AİHM hem de AYM uygulamasında, “davaya konu olayın tasnif ve tespiti, hukukun yorumlanması ve uygulanması, delillerin değerlendirilmesi ve yargılamanın sonucuna dair meseleler” kanun yolu ile ilgili görülmüş, bu konudaki iddialar kabul edilemez bulunmuştur⁸².

B. İSTİSNA: AÇIK KEYFİLİK VE BARİZ TAKDİR HATASI DENETİMİ

Yukarıda derece mahkemelerinin olağan yetkileri ile kanun yolu mercilerinin yetkilerinden kısaca bahsedilmiştir. Bu başlık altında ise, AYM açısından “olağan yargılama ile kanun yolu denetiminin istisnasını teşkil eden” açık keyfilik ve bariz takdir hatasının maddi adaletle ilgili yönüne değinilecektir. Bu yapılırken, AİHM ve AYM’nin bu konudaki kararlarından hareket edilecektir⁸³.

⁸¹ Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, Filiz Kitabevi, 2020, s.794-795; Akil, s.354 vd.

⁸² AİHM kararları için bkz. Urat v. Turkey, 53561/09, 13952/11, 27.11.2018, §66. AYM’nin benzer kararları için bkz. Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, §31 vd.; Akın Tekkurt Başvurusu, 2016/8451, 20.10.2020, §39 vd. Bkz. aynı yönde Gökcan, s.25-27; Küçük, s.200-203; Döner/Çelik, s.290.

⁸³ Öğretide bir yazar, Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu’nun çeşitli kararlarını örneklendirerek, söz konusu Komisyonun da açık keyfilik kriterini kullandığını belirtmiştir (Bkz. Gülener, s.61 vd.).

1. Kavramsal Olarak Bariz Taktir Hatası ve Açık Keyfilik

Hâkimin olağan yetkisi ile açık keyfilik ve bariz takdir hatası taşıyan takdir kullanımını ayırmak açısından Hart’ın takdir yetkisi ile ilgili görüş ve örneğinden faydalanabiliriz. Hart’ın hukuk kuralının uygulanmasında hâkimin takdir yetkisini belirlerken oluşturduğu üçlü bir ayırım vardır. Buna göre, “parka taşıtlar giremez” kuralı örneğinde, olumsuz açık alan otobüs ve otomobil gibi motorlu araçların giremeyeceği, olumlu açık alan ise yayaların girebileceğidir. Tartışmalı (açık dokulu) olan alan ise, bisiklet ve paten gibi araçların girip giremeyeceğidir⁸⁴. Hâkim tartışmalı ve bulanık alanda, belirli şartlarla, örneğin kıyas ve yorum yaparken, takdir yetkisini kullanır. Fakat, açık alanlarda takdir yetkisini aşacak şekilde, örneğin otomobillerin girmesini serbestleyen veya yayaların girmesini yasaklayan bir uygulama yaparsa, bu “açık bir hata” olarak addedilebilir. Kısacası, hâkime takdir yetkisi bırakılmayan, diğer bir deyişle, bulanık alanda bulunmayan meselelerde hâkimin açık kuralın aksi yönde bir uygulama yapması “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” teşkil eder.

Kanaatimize, öğretilerde ve yargı kararlarında hakkında geniş tartışmalar olan meselelerin kanun yolu denetimine veya derece mahkemesinin takdirine girdiğini kabul etmek gerekir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ettiği anda görülmekte olan davalarda, bu kanunun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Yargıtay’ın farklı kararları vardır. Söz gelimi, vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği anda yürürlükte olan kanunun uygulanması bunlardan biridir. Bu gibi durumlarda, AYM’nin adil yargılanma hakkı kapsamında yerel mahkemenin iptal edilen hükmü uygulaması “açık takdir hatası ve keyfilik” olarak görülmemelidir. Buna karşılık, kanun iptal edildikten sonra gerçekleşen bir olaya, örneğin trafik kazasına, iptal edilen kanunu uygulayarak tazminat hesabı yapmak, elbette bariz takdir hatası veya keyfilik olarak görülebilir. Başka bir örnek vermek gerekirse, daha önce hakkında içtihadı birleştirme kararı verilmiş konuda, sonradan farklı bir düzenleme içeren kanun çıkarıldığı halde, hâkimlerin İBK’yı uygulamaya devam etmesi halinde, kanaatimizce “açık keyfilik” söz konusudur. Çünkü yargı sisteminde, hiyerarşik olarak kanunların içtihadı birleştirme kararlarından üstün olduğu konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

Değinilmesi gereken hususlardan birisi de açık keyfilik ile bariz takdir hatasının farklı kavramlar olup olmadığıdır. Örneğin açık keyfilik, bir kuralın

⁸⁴ Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, s.126 vd.

hiç uygulanmaması; takdir hatası, yerel mahkemenin önündeki davada failin fiilini hatalı bir suç kategorisine sokması mıdır? Hâkim, hırsızlık teşkil eden bir fiili dolandırıcılık olarak görmüşse, bu durum kanun yolu denetimine tâbi bir husus olarak görülebilir. Öğretide kimi görüşler bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre “*bariz takdir hatası, bilinçli veya bilinçsiz yapılmış kusurluluk hâlini ifade etmekte, açıkça keyfilik ise bilerek ve isteyerek yapılan kasıtlı eylemleri anlatmak amacıyla kullanılmaktadır*”⁸⁵. Kanaatimizce bu ifadeler, tam olarak iki kavramın farkını ortaya koymamaktadır. AYM kararlarında, bazen açıkça uygulanması gereken bir kuralın uygulanmaması, yani açık keyfilik, aşağıdaki örneklerde görüleceği üzere bariz takdir hatası olarak da görülmüştür. Bu nedenle biz uygulamada bu kavramların tam bir ayrımının yapılması gerektiği görüşünderiz. Kısacası, açık keyfilik, açıkça uygulanması gereken bir kuralın uygulanmaması⁸⁶, açıkça yasak delil olan bir delilin kullanılması gibi hâkimin bir değerlendirme yapma yetkisinin olmadığı durumlardır. Bariz takdir hatası ise, hâkimin takdir ve değerlendirme yetkisini mantığa ve hayatın normal akışına açıkça aykırı olarak kullanmasıdır. Söz konusu değerlendirme hatası, kendiliğinde bir hakkın ihlaline neden olacak ağırlıkta olmalıdır⁸⁷. Aşağıdaki başlıklarda bu halleri AYM’nin kararları kapsamında ortaya koymaya çalışacağız.

AYM’nin bireysel başvurunun aşamaları ve usulî süreçleri açısından bu kavramların varlığını nasıl ele aldığını da kısaca göstermek yerinde olabilir. Bu kapsamda, AYM bir derece mahkemesinin değerlendirmelerinde açık keyfilik ve bariz takdir hatası tespit ettiği için kabul edilebilirlik kararı vermişse, bu durumda, esasa ilişkin incelemesinde yüksek ihtimalle ihlal kararı vermesi gerekebilir. Çünkü, ister bu açık keyfilik usule dair isterse esasa dair olsun bir usulî veya maddi hakkın ihlalinin doğuracaktır. Aksi takdirde, kabul edilebilirlik aşamasında tespit edilen açık keyfilik ve bariz takdir hatası, giderilmeden öylece kalmaya devam edecektir. Ya da, kabul edilebilirlik aşamasında “ilk bakışta açık keyfilik ve bariz takdir hatası” görülen şeyin, daha ayrıntılı bir esas incelemesi yapıldığında öyle olmadığı sonucuna varılması gerekecektir.

⁸⁵ Küçük, s.206.

⁸⁶ Bkz. aynı yönde Gökcan, s.40.

⁸⁷ Bkz. aynı yönde Gökcan, s.41; *Mellinghof* bu durumu, yerel hâkimin hatasının “anayasa hukuku meselesi teşkil etmesi” olarak da ifade etmiştir (Rudolf Mellinghof, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, 2009, 26, Anayasa Yargısı, s.40).

a. Açık Bir Kuralın Uygulanmaması

Açık bir kuralın uygulanmaması, içtihatlarla ve lafzi yorum yoluyla anlamı iyice billurlaşmış emredici mahiyetteki kuralların göz ardı edilmesi olarak anlaşılabilir. Örneğin İş Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrasında “devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz” hükmü yer almaktadır. Başkaca eklenen bir koşul olmadığı halde, hâkimin işçi veya işveren açısından devri haklı sebep olarak değerlendirmesi, bir açık keyfilik oluşturabilir.

Örneğin bir kararda, askerliğini kısa dönem yedek subay olarak yapmış olan başvurucunun, askerlik öncesi dönemdeki tecil edilmiş hapis cezası nedeniyle Milli Savunma Bakanlığının, başvurucuya “askerliğini uzun dönem er olarak yapması” yönünde gönderdiği yazı kapsamında denetim yapılmıştır. Olayda AYİM, eski TCK'daki ertelemeye ilişkin düzenlemenin uygulanmamasını ve böylece başvurucunun mahkûmiyet nedeniyle uzun dönem er olarak askere çağrılmasını “askeri mevzuata uygun” bulmuştur. AYM ise haklı olarak olayda, AYİM'in kararda TCK'daki “tecil edilmiş cezalar, 5 yıllık bekleme süresi sonunda vaki olmamış gibidir” hükmünü uygulamadığı ve bunun “bariz takdir hatası” teşkil ettiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁸⁸. Her ne kadar AYM, bariz takdir hatası olarak adlandırsa da, olayda Eski TCK'nın açık bir hükmünün uygulanmaması da söz konusudur.

Bir kararda, hakkında verilen idari para cezasının kaldırılması için sulh ceza mahkemesine avukatı vasıtasıyla itiraz eden başvurucu, sulh mahkemesinin idari yaptırımın hukuka aykırı olması nedeniyle kaldırılmasına karar verdiği halde “vekalet ücretine hükmetmemesini” hukuka aykırı görmüş ve AYM'ye taşımıştır. AYM de, kanuni düzenlemeler ile Yargıtay kararlarında konuyla ilgili vekalet ücretine hükmedilmesine dair açık hüküm ve içtihatlarla rağmen hükmedilmediği için, kuralı uygulamamanın “açık bir keyfilik” teşkil

⁸⁸ Kenan Özteriş Başvurusu, 2012/989, 19.12.2013, §63-65. Mahkeme kararın ilgili kısmında gerekçesini şu şekilde ortaya koymuştur: “Başvurucunun, yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının uzun dönem er olarak tadil edilerek askere bu statüde sevk edilme işlemine esas alınması, 765 sayılı Mülga Kanun'un 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil etmektedir...Bu hükme verilecek olağan anlam bellidir ve başvurucu buna göre kendisine muamele edileceğini beklemektedir. Ancak AYİM 2. Dairesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapmıştır” (Kenan Özteriş Başvurusu, §63-64). Bkz. kararın takdir alanı bakımından değerlendirilmesi için Erdoğan, s.396.

ettiği sonucuna varmıştır⁸⁹. Mahkemenin bazı kararlarında, temyiz veya istinafa gidilmeden kesinleşen alt mahkeme kararlarındaki adaletsizliğe ve keyfilığe yol açan uygulamaları ortadan kaldırmaya çalışmak için böyle bir yola gittiği görülmektedir. Örneğin, vekaletle ilişkin yukarıdaki karar Yargıtay incelemesinden geçseydi, muhtemelen AYM açık keyfilik incelemesine girmeyecekti.

b. Mahkemeler Arasındaki Yorum/İçtihat Farklılığının Hukuki Güvenliği Açıkça İhlal Etmesi

Hem AYM hem de AİHM kararlarında, mahkemeler veya yargı kolları arasındaki olağan yorum farklılıkları doğal karşılanmıştır. Buna karşılık, derinleşmiş, uzun süre devam eden ve adaletsizliklere yol açan içtihat istikrarsızlıkları hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından⁹⁰ “açık keyfilik veya bariz takdir hatası” teşkil etmektedir⁹¹. Her iki mahkeme de, kararlarında, içtihat istikrarsızlıklarını gidermeye yönelik iç hukuk mekanizmalarının olup olmadığını ve bu yola gidilmesine rağmen, söz konusu istikrarsızlığın giderilip giderilmediğini de göz önünde tutmaktadır⁹².

⁸⁹ Burak Günay Başvurusu, 2013/6217, 26.02.2015, §30-44; Şeref Yıldız ve Burak Günay Başvurusu, 2013/6216, 06.01.2016, §28-42. Vekalet ücreti ile ilgili bir başka başvuruda ise, başvuruçunun takdir edilen vekalet ücreti miktarının yüksek olduğunu iddia etmesi “bariz takdir hatası” olarak görülmemiş, aksine olağan bir değerlendirme içerisinde görülmüştür (Zeki Demirel ve Yusuf Demirel Başvurusu, 2014/198, 20.11.2014, §65-67).

⁹⁰ İchtihat istikrarsızlıklarının çeşitleri ve hukuki güvenlik ile ilişkisi için bkz. İsmail Köküarı, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, 2015, s.116 vd.

⁹¹ Balažoski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 45117/08, 25.04.2013, §30; Hülya Ebru Demirel v. Turkey, 30733/08, 19.06.2018, §43; Emel Boyraz v. Turkey, 61960/08, 02.12.2014, §72. Bkz. AYM'nin benzer kararları için Ahmet Gül ve Diğerleri Başvurusu, 2014/1182, 22.09.2016, §30 vd.; Ahmet Acar Başvurusu, 2014/19936, 21.09.2017, §52. Öğretide kimi yazarlar söz konusu istikrarsızlığı, sürpriz karar yasağı olarak adlandırmışlardır. Bu anlamda açık bir kurala aykırı ve öngörülemez şekilde verilen kararlar da “sürpriz karar” olarak görülebilir (Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınevi, 2003. s.186-187; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2017, s.78). Böyle bir durum ise açık keyfilğin veya bariz takdir hatasının varlığına işaretir.

⁹² Balažoski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, §30; Vroni and Others v. Albania, 2141/03, 24.03.2009, § 58; Brezovec v. Croatia, 13488/07, 29.03.2011, §66. AYM de kimi kararlarında benzer meselelerin Yargıtay daireleri arasında derin bir içtihat istikrarsızlığına yol açması ve bunun İBK ile giderilmemesini hukuki öngörülebilirlik kapsamında adil yargılanma hakkına aykırı görmüştür: “...sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı çalışanlarının ilave tediye alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunda süregelen içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış olduğu, bu durumun davaların somut özelliğinden kaynaklanmadığı ve bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma işletilmemesi nedenleriyle varılan

AİHM'nin konuya bakışına Türkiye ile ilgili verdiği bir karardan somut örnek gösterebiliriz. Mahkeme bir kararında, AYİM ile Danıştay arasında benzer konulara ilişkin içtihat istikrarsızlığını incelemenin “açık bir keyfilik olmadıkça” kendi alanına girmediğini, bu istikrarsızlığın ulusal hukuk sistemindeki mekanizmalarla giderilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁹³.

AYM'nin kararlarına bakıldığında, kural olarak, Yargıtay veya bölge adliye mahkemelerinin farklı daireleri tarafından hukuk kurallarının farklı şekilde yorumlanabileceği ve bunun yukarıda gördüğümüz olağan yetki içinde olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, bu farklılıklar, esasa dair karar sonucunda da istikrarsızlıklar oluşturuyorsa, diğer bir deyişle, maddi adalet açısından hakkaniyet ve eşitsizlik doğuyor ve bu durum hukuki güvenliğe açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, o zaman “açıkça keyfilik” olarak adlandırılmaktadır⁹⁴. Bununla birlikte, Yargıtay uzun yıllar takip ettiği bir görüşünü veya içtihadını değiştirir ve bu görüşünü istikrarlı bir şekilde kullanmaya devam ederse, ortada belirsizlik doğuran, öngörülemez şekilde esasa dair adaletsizlik ve eşitsizlik yaratan bir durum olmadığı için olağan bir yetki olarak görülmektedir⁹⁵.

Benzer bir iddianın bulunduğu başvuruda da, AYM, Yargıtay'ın başvuru ile ilgili kararda oluşturduğu içtihadının, genel olarak diğer içtihatları ile uyumlu olduğu, fakat sadece içtihattan sapma mahiyetindeki bir iki kararla uyumsuz olduğu kanaatine varmıştır. Sonuçta, durumun yaygın bir hukuki güvensizlik ve keyfilik yaratmadığı gerekçesiyle herhangi bir ihlal olmadığına karar vermiştir⁹⁶.

sonucun başvuru için öngörülemez olduğu ve yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır” (Zeynep Beyci Başvurusu, 2019/368, 14.10.2020, §21-23; Ahmet Karvar ve Diğerleri Başvurusu, 2019/40240, 14.10.2020; Yasemin Bodur Başvurusu, 2017/29896, 25.12.2018, §50-53). Bkz. ayrıca Şeker, s.490 vd.

⁹³ Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey, 13279/05, 20.10.2011, Legal Summary. Mahkeme kararına muhalif oy yazarlar ise haklı olarak, idari yargı ile askeri idari yargı arasındaki içtihat istikrarsızlığını gidermeye yönelik mekanizmanın yeterli olmaması nedeniyle, derin bir hukuki güvensizlik ve adaletsiz doğacağı gerekçesiyle ihlal görüşünü savunmuşlardır (Joint Dissenting Opinion of Judges Bratza, Casadevall, Vajić, Spielmann, Rozakis, Kovler and Mijović).

⁹⁴ Türkan Bal Başvurusu, 2013/6932, 06.01.2015, §35-38, 45-73; Semra Bekiroğlu ve Diğerleri Başvurusu, 2013/6717, 16.12.2015, §39-78.

⁹⁵ Berna Berktaş Bayar Başvurusu, 2013/4662, 10.03.2015, §24-34.

⁹⁶ Ercan Alanur Başvurusu, 2014/6869, 25.10.2017, §46-58.

Farklı yargı kolları arasındaki aynı konuya dair içtihat istikrarsızlıklarını değerlendiren AYM, esas denetiminde bu durumu yine hukuki güvenlik ile ilişkilendirmiş ve ihlal kararı vermekle birlikte, kabul edilebilirlik aşamasında “açık keyfilik ve bariz takdir hatasının” olmadığına karar vermiştir⁹⁷. Oysa yukarıdaki kararlarda, bu durumu açık keyfilik ve bariz takdir hatası olarak addetmiş, içtihat istikrarsızlığının doğurduğu hukuki belirsizliği adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür⁹⁸. Yeni tarihli bir kararda, AYM’nin konuyla ilgili verdiği kararlar arasındaki istikrarsızlık devam etmiş, bu defa, AYM’in önceki içtihatlarından sapan yeni bir içtihat geliştirmesi, yeterli ve inandırıcı gerekçeler ortaya koyulmadığı için “gerekçeli karar” hakkının ihlali olarak görülmüştür⁹⁹. Bu durumda şu soruyu sormak gerekmektedir: Daire ve mahkemeler arasındaki içtihat istikrarsızlığı, açık keyfilik ve bariz takdir hatası kapsamında adil yargılanma hakkının maddi yönünün mü, yoksa gerekçeli karar hakkı kapsamında usulî yönünün mü ihlalidir? AYM’nin de bunda bir karara varması gerekmektedir. Aksi takdirde, başvurudaki içtihat istikrarsızlığına kendisi duchar olmaktadır.

Kanuni düzenlemeden ziyade yerleşmiş yargı kararlarına aykırı bir karar verilmişse ve bu karar, kanun yoluna başvurulmadığı için veya kanunen kesin olduğu için denetlenmemişse, “açık takdir hatası ve keyfilikten” bahsedilebilir mi? AYM bu gibi durumlarda da yerel mahkemenin, öngörülemez ve hukuki güvenliğe açıkça aykırı bir şekilde kuralı yorumladığı, örneğin içtihat istikrarsızlığı oluşturduğu için, bariz takdir hatası olarak görmektedir.

c. Mahkemenin Kuralın Anlamını Tespitte, Maddi Vakıayı ve Delilleri Değerlendirmede Bariz Bir Hata Yapması

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kural olarak, dava mahkemesinin olay ve kural ile ilgili somut değerlendirmeleri AYM ve AİHM’nin adil yargılanma hakkı denetiminin dışındadır¹⁰⁰. Bunun istisnası açık bir keyfilik ve hatadır. Bariz takdir hatası ve açık keyfilik, somut olayda öngörülemez ve şok edici bir şekilde kuralın olağan anlamından sapma veya açık bir kuralı hiç uygulamama şeklinde görülmektedir. Örneğin, AYM’nin bir kararında, başvuru, subay olarak Ağrı’ya atandığına dair kararın kendisine 21.03.2012 tarihinde

⁹⁷ Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Başvurusu, 2013/135, 21.01.2015, §20-31, 33-49.

⁹⁸ Türkan Bal Başvurusu, §35-38, 45-73.

⁹⁹ Akın Tekkurt Başvurusu, §38-45.

¹⁰⁰ Şeker, s.496-497.

tebliğinden sonra 11.04.2012 tarihinde AYİM’de¹⁰¹ dava açmıştır. Mahkeme, KARANET Personel Yönetim Bilgi Sistemi üzerinden ilgili atamaya 2010 yılında muttali olduğu hatta memnuniyet anketi doldurduğu ve bu nedenle süresinde dava açılmadığı için ret kararı vermiştir. AYM ise, hukuki güvenlik gereğince, idari işlemlere karşı 60 günlük dava açma süresinin ilgili işlemin başvurucuya tebliğinden itibaren başlayacağını, kurala olağan ve öngörülebilir anlamı dışında bir anlam vermenin “bariz bir hata” olarak görüleceğini belirterek, mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar vermiştir¹⁰².

Başka bir kararda da, YAŞ kararı ile ordudan ilişği kesilen başvuru, 2010’da Anayasa’da ve sonrasında TSK Personel Kanununun 32. maddesinde yapılan değişiklikler doğrultusunda, geri dönme ve emeklilik gibi imkânlardan faydalanmak için Milli Savunma Bakanlığına başvurmuş, bakanlık kişinin daha önce bir mahkûmiyet kararı olduğuna dayanarak istemi reddetmiştir. İşlemin iptali istemini görüşen AYİM, MSB’nin ret gerekçesindeki mahkûmiyet kararının daha sonra bozulduğunu ve başvurunun beraat ettiğini vurgulayarak, bu mahkûmiyetin ret gerekçesi olamayacağı sonucuna varmıştır. Fakat, MSB’nin ret gerekçesinde olmayan başka bir suçtan beş ay yirmi gün hapis cezası olduğu için, ret işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. AYM ise, AYİM’in “*uygulanmayan ve dava konusu edilen işlemin gerekçesi olmayan başka bir ceza davasında verilen kararı dikkate almak suretiyle yaptığı değerlendirme*”yi haklı olarak, hukuki güvenliğe ve öngörülebilirliğe aykırı görmüş ve “bariz takdir hatası” nedeniyle 36. maddedeki adil yargılanma hakkının ihlali sonucuna varmıştır¹⁰³.

Yine AYİM tarafından görülen bir davada, başvurunun “üç tane üst rütbeli komutanı ile birlikte alınan karar gereğince İngilizce dersinde öğrencilere Game of Thrones (taht oyunları) adlı diziyi izletmesi” nedeniyle TSK’dan ayırma işlemine tabi tutulmasının hukuki olup olmadığı incelenmiştir. İlk derece mahkemesi olarak ayırma işlemini iptal eden Mahkeme, karar düzeltmede aynı işlemi yerinde bulmuştur. AYM’ye intikal eden olayda, Mahkeme “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı” bağlamında inceleme yaparak, AYİM’in yargılamada, başvurunun üstüne itiraz etme

¹⁰¹ AYİM de dahil askeri yargı kolu 2017 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılmıştır (AY. m.142/2).

¹⁰² Kamil Koç Başvurusu, §1-16; 58-74. Buna karşılık bir başka kararda, bir kısım taleplerin dava açma süresi geçtikten sonra yapılması nedeniyle reddedilmesi, olağan ve keyfilik içermeyen bir yorum olarak görülmüştür (Ömer Topuz Başvurusu, 2013/6833, 03.04.2014, §49-54).

¹⁰³ Şahin Erol Başvurusu, 48-76.

şansının olup olmadığını ve daha önce hiç disiplin cezası almamış olan bir kimse olarak daha hafif ve ölçülü bir cezanın mümkün olup olmadığını değerlendirmeden karar vermesini “bariz takdir hatası” olarak görmüştür¹⁰⁴. Esasında bu durum, AYİM’in takdirini ve dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkını da ilgilendirmekle birlikte, çalışma hakkının veya kamu hizmetine girme hakkının ölçüsüz sınırlandırılmasıdır. Buna karşılık bu haklar AİHS ile Anayasanın ortak koruma alanında olmadığı için¹⁰⁵, AYM böyle bir ihlali görmezden gelmemiş bir şekilde hakkaniyete uygun yargılanma yani adil yargılanma hakkına dahil etmiştir.

Bir başvuruda AYM, başvuruçuların yakını olan M.D. adlı şahsın Hizbullah terör örgütü tarafından kaçırıldığı ve bu nedenle uğradıkları zararın tazmini talebinin tazmin komisyonu ve idare mahkemesi tarafından reddedildiği iddialarını değerlendirmiştir. Başvuruçular, M.D.’nin kaybının terör nedeni olduğunu iddia etmişler, bu konudaki savcılık soruşturma dosyalarında da ilgili bölgede terör faaliyeti nedeniyle kaçırılma ve faili meçhuller olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰⁶. AYM, açık keyfilik ve bariz takdir hatası dışında mahkemenin delilleri değerlendirmesi, olaydaki tazminat miktarını hesaplaması gibi hususları denetlemeyeceğini belirtmiş, fakat olayda “*savcılık dosyalarındaki bilgi ve belgeler incelenmeden delil yokluğu nedeniyle karar veril*”diği gerekçesiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁰⁷. Aslında başka kararlarda benzer iddialar gerekçeli karar hakkı kapsamında değerlendirilmiş, esasa dair veya hakkaniyete uygun yargılanma ile ilgili görülmemiştir¹⁰⁸.

Delillerin değerlendirilmesinde ve tespitinde yapılan açık keyfilik ile ilgili olan bir başka kararda da, derece mahkemelerinin sanığın kollukta işkence altında verdiği ve sonradan inkar ettiği ifadelerine dayanarak mahkûmiyet kararı vermesi, yargılamanın geneline bakılarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur¹⁰⁹.

¹⁰⁴ İskender Gülbahar Başvurusu, 2014/870, 08.06.2016, §30-46.

¹⁰⁵ Nesrin Kılıç Başvurusu, 2013/772, 07.11.2013, §41-44.

¹⁰⁶ Hamdiye Demirel ve Diğerleri Başvurusu, 2013/6649, 20.04.2016, §35-49.

¹⁰⁷ Hamdiye Demirel ve Diğerleri Başvurusu, §35-49.

¹⁰⁸ Abdurrahman Dil ve Mehmet Sait Dil Başvurusu, 2013/5163, 24.02.2016, §49-74; Emine Akkuş Başvurusu, 2013/5321, 23.02.2016, §50-75.

¹⁰⁹ Binnaz Demirbaş ve Haydar Ceylan Başvurusu, 2014/13419, 07.03.2018, §35-52.

AYM bir kararında, açıkça kanuna aykırı uygulamayı bariz takdir hatası olarak addetmişse de, sonuçta adil yargılanma hakkının değil, Anayasa'nın 19. maddesindeki “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Olayda, Yargıtay'ın bozma kararından sonra, sanığın tutukluluğu kanundaki azami süre olan beş yılı aştığı halde, tutukluluk süresini yorum yoluyla uzatan mahkemenin kararı hatalı görülmüştür¹¹⁰. Bu kararında Mahkeme, yerel mahkemenin tutumunu “kanunilik” kriterine aykırı olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir. Buna karşılık Mahkemenin bu konuda bir istikrar oluşturmadığı, farklı kararlarda konuyu farklı açılardan değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Zira adil yargılanma hakkında bariz takdir hatası ve keyfilik doğrudan ihlal kaynağı olarak görülürken, bir başka hakta, bu kavramlar “kanunilik” kriterine aykırılık kapsamında ele alınmış ve ihlalin varlığı sonucuna varılmıştır. Esasında her ikisinde de kanunilik kriterine aykırılık, diğer bir deyişle açık bir kanun hükmünün uygulanmaması söz konusudur. Burada, esasa dair bir hak veya usule dair adil yargılanma hakkının ihlali tespitinin hangisinin, hakların daha etkin korunmasını sağladığı sorusu önem arz eder. Elbette, bu sorunun cevabında başvurunun hangi hakkının ihlal edildiğini iddia ettiği de etkilidir. Fakat, Mahkeme çoğunlukla kendini bu iddia ile bağlı görmemektedir. Kanımızca, kişi hürriyeti ve özgürlüğü daha vahim bir ihlalin varlığını gösterdiği için öncelikle bunun tercih edilmesi yerindedir. Buna karşılık her iki hakkın da ihlaline karar verilmesi de savunulabilir. Mahkemenin adil yargılanma hakkı ile ilgili denetimin bir kanun yolu denetimine dönüşmemesi ve başvuru sayısının artmaması için açıkça dayanaktan yoksunluk kriterlerini diğer haklara göre daha yaygın kullandığı görülmektedir. Fakat, bir hakkı ihlal eden veya açıkça bir hata ve keyfilik içeren değerlendirmelere ise adil yargılanma kapsamında müsaade edilemeyeceği vurgulanmaktadır¹¹¹. Bu kapsamda, yukarıdaki kararda “*derece mahkemelerinin aynı dosya kapsamındaki suçlar yönünden kanuni tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği yönündeki*

¹¹⁰ Özgür Görmez Başvurusu, 2013/843, 03.04.2014, §39 vd.

¹¹¹ Bir kararında bu kriterleri şu şekilde ifade etmiştir: “*Bu kapsamda, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz*” (Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, §26-27).

yorumu, bireylerin tutuklu olarak yargılanabileceği azami süreyi belirsiz ve öngörülemez bir şekilde uzatmaya elverişli...”¹¹² olması nedeniyle bariz bir yorum hatası olarak görülmüştür. Mahkeme bu kararında, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline karar vermiş olsa da, aslında yine açık bir hukuk kuralının, yani tutukluluğun azami süresinin beş yıl olduğuna dair kanun hükmünün, uygulanmamasına dayanmıştır¹¹³. Belirtildiği gibi, aslında adil yargılanma hakkının ihlali de teşkil edebilecek olan bir hata, sonuçta maddi haklardan olan kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlali olarak görülmüştür. Başka bir kararında Mahkeme, benzer bir konuyu hem Anayasa’nın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı hem de 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirerek, bizim kanaatimizi teyit etmiştir¹¹⁴.

Son olarak AİHM kararlarından delillerin değerlendirilmesindeki “açık keyfiliğe” örnek vererek, konuyu tamamlayabiliriz. AYM tarafından örnek alınan AİHM kararlarında da, kural olarak delilleri değerlendirme ve olayı hukuki olarak tasnif etme gibi hususlarda ulusal mahkemelerin takdiri olduğu ve buna müdahale edilmeyeceği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme, yargılamanın genelinden süreç içinde “açık bir keyfiliğin ve hatanın” bulunduğunu tespit etmesi halinde, bu hususun Sözleşme’deki hakları ihlal edip etmediğini denetleyeceğini belirtmektedir. Rusya’dan kaynaklanan bir başvuruda, Çeçen bölgesindeki güvenlik sorununu çözmek amacıyla başvurucu ile kardeşinin pasta üretim tesisinin de bulunduğu arazisinin, güvenlik güçleri tarafından işgal edilmesi ve bu dönemde bina ile tesise verilen zararın tazminine dair yargısal sürecin akim kalması görüşülmüştür. Mahkeme, takdirin ulusal makamlara ait olduğunu vurguladıktan sonra, olayda, resmi makamların işgali ve zararı teyit eden imzalı belgelerinin, sırf “tarihsiz olduğu gerekçesiyle” delil olarak kabul edilmemesi ve davanın reddini, “açık keyfilik

¹¹² Bir kararda, “Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun veya Anayasa’ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir...” diyerek bu hususu tutukluluk açısından da vurgulanmıştır (Özgür Görmez Başvurusu, §42; Tahir Atılı Başvurusu, 2014/9774, 21.09.2017, §19-25). Aynı yönde bkz. İrfan Aslan Başvurusu, 2013/1782, 17.07.2014, §40-45; Sadettin Pahsa ve Bedri Orundaş Başvurusu, 2013/736, 03.04.2014, §37 vd; Ömer Üğdül Başvurusu, 2013/2056, 03.04.2014, §36-40.

¹¹³ Özgür Görmez Başvurusu, §42 vd.

¹¹⁴ Abdullah Akyüz Başvurusu, §22.

ve değerlendirme hatası” olarak görmüştür¹¹⁵. Rusya’da cereyan eden bir başka olayda ise, Navalnyye adlı yolsuzluk karşıtı aktivistle ilgili dolandırıcılık suçundan çeşitli davalar açılmıştır. Birinci davada, başvuru Navalnyye’nin aracılığı ile kereste ticareti konusunda VLK şirketi ile sözleşme yapan X, dolandırıcılık nedeniyle seri muhakeme usulünden faydalanmış ve dosyası Navalnyye’nin dosyasından ayrılarak sonuca bağlanmıştır. Başvurucunun ısrarlarına rağmen, X’in dosyası kendi dosyası ile birleştirilmemiş ve yargılama sonucunda X’in dosyasında verilen hüküm, Navalnyye ve diğer başvuru dosyası bakımından tartışılmaksızın delil olarak kabul edilmiş ve haklarında mahkûmiyet kararı verilerek ertelenmiştir. AİHM bu dosya açısından, hem yargılamanın genelinde ortaya çıkan “Navalnyye’nin savcı ve bazı devlet yöneticileri hakkındaki yolsuzluk iddiaları sonrasında soruşturma başlatılması gibi” adil yargılamayı olumsuz etkileyecek şüpheli durumların varlığını hem de başvuru “faaliyetlerinin borçlar kanununa göre normal bir ticari faaliyet olduğunu” iddia ettikleri halde, bu iddiaların hiç tartışılmadan, diğer dosyadaki kesin hükmün delil olarak kullanılmasını “açık ve bariz takdir hatası” olarak görmüştür. İkinci başvuruda ise, yine Navalnyye isimli aktivist, Rusya Ceza Kanunu’nun dolandırıcılık suçunu düzenleyen maddesindeki “akdi yükümlülüklerle aykırı davranarak (non-compliance with contractual obligations)” şeklindeki bağlı hareketin, borçlar hukuku açısından araştırılmadan var olduğuna karar verilmesi, açık keyfilik olarak görülmüştür. Ayrıca başvuru, karşı tarafın zarara uğramadığı iddiası da dinlenmemiştir¹¹⁶.

2. Bir Örnek Karar Üzerinden Açık Keyfilik ve Bariz Takdir Hatasının Tespitinin Zorluğu Sorunu

Olayın gelişimi: Alper Kurtuldu başvurusunda, başvuru teyzesinin oğlu olan sanık, başvurucuya ait kimlik bilgilerini kullanarak 12 defa farklı suç işlemiştir. Bunun sonucunda uyuşturucu, hırsızlık ve cinsel istismar gibi suçlar nedeniyle başvuru itibarını, işini ve nişanlığını kaybettiği, tutuklama, gözaltı ve ifade verme başta olmak üzere uzun süre bu yaftalamalardan kurtulmak için mücadele ettiği iddia edilmiştir. Gerçekten de, olayda mahkeme

¹¹⁵ Khamidov v. Russia, §170-175. Mahkemeye göre, ulusal mahkemelerin kararındaki bariz hata (mantığa aykırılık) şaşkınlık verici ve hemen fark edilebilecek niteliktedir. Ayrıca ulusal mahkemeler, başvurucuya başarı şansı tanımayan katı bir ispat külfeti getirmiştir (Khamidov v. Russia, §174).

¹¹⁶ Navalnyy and Ofitserov v. Russia, 46632/13-28671/14, 23.02.2016, §96-120; Navalnyye v. Russia, 101/15, 17.10.2017, §74-85.

kararı ile dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarının işlendiği sabittir¹¹⁷.

Mahkeme çoğunluğunun iddiaları tasnifi: Çoğunluk kararında, başvuruçunun, kimlik bilgilerinin gerçeğe aykırı bir şekilde kullanılarak mağdur olması ve bu durumun 12 defa tekrarlanmasına rağmen kolluk kuvvetleri ve adli personel tarafından tespit edilemediği, bunda Adalet Bakanlığı'nın da kusuru olduğu noktasındaki iddiası değerlendirilmiştir. Başvuruçucu, önceki aşamalarda idare mahkemesine dava açmış ve mahkeme, hâkim ve savcıların Adalet Bakanlığı'na bağlı olmaması ve açık bir kusurun bulunmaması nedeniyle tazminat istemini reddetmiştir. AYM çoğunluğu da, yerel mahkemenin kuralı ve olayı değerlendirmesine yönelik iddiaların “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” içermediği gerekçesine dayanarak iddiaları, açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur¹¹⁸.

Karşı oy yazan iki üyenin iddiaları değerlendirmesi: Muhalif üyeler, olaydaki başvuruçunun iddialarının adil yargılanma hakkının içeriğine değil, yine bir usulî adil yargılanma ilkesi olan “hakkaniyete uygun yargılanma” ve bu bağlamda gerekçeli karar hakkına dair olduğunu savunmuşlardır. Buna göre, idare mahkemesi tarafından tazminat talebinin reddedilmesi, yargılamanın sonucunun adil olmadığına yönelik bir iddia değil, derece mahkemesinin gerekçesiz ve yeterli inceleme yapmadan istemi reddetmesine yani gerekçeli karar hakkına dairdir¹¹⁹.

Kanaatimizce, kararda değerlendirilmesi gereken iki ana mesele vardır. Birincisi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, adil yargılanma

¹¹⁷ Alper Kurtuldu Başvurusu, §1-16.

¹¹⁸ Alper Kurtuldu Başvurusu, §38-49. Bkz. aynı yönde başka başvuruda, çoğunluk, gerekçeli karar hakkının ihlaline karar vermiş, fakat muhalif üyeler açık keyfilik ve bariz takdir hatasının olmadığı gerekçesiyle buna katılmamışlardır (Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı Başvurusu, 2015/964, 12.06.2018, §55-67). Bir başka kararda ise, çoğunluk “*idare mahkemesinin dava miktarını ve istenen faizi kabul ederek davacı lehine karar verdiği halde davacının ıslah talebinin temyiz aşamasında kabul edilmemesi ve idare mahkemesinin zararı nasıl hesapladığını gerekçede göstermemesi*” nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlaline karar vermiştir. Muhalif üye Yıldız Seferinoğlu ise, bu durumun açık keyfilik ve bariz takdir hatası teşkil etmediğini ve davacının bütün talepleri kabul edildiği halde hâkimi her davada bilirkişi raporu almaya zorlamanın kanun yolu ile ilgili olduğunu iddia etmiştir (Celal Çetin Başvurusu, 2017/26301, 15.09.2020, §36-49. Bkz. Aynı yönde Bayram Özkaptanoğlu Başvurusu, 2013/1015, 08.04.2015, §9-52).

¹¹⁹ Alper Kurtuldu Başvurusu, Hicabi Dursun ve Hasan Tahsin Gökcan'ın karşıoyu; Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı Başvurusu, M. Emin Kuz'un Karşıoy gerekçesi; Celal Çetin Başvurusu, Yıldız Seferinoğlu'nun Karşıoy gerekçesi; Bayram Özkaptanoğlu Başvurusu, karşıoy gerekçeleri.

hakkının salt usulî yönü yanında maddi yönünü de kapsayıp kapsamadığıdır. İkincisi ise, gerekçeli karar hakkı bağlamında “taleplerin değerlendirilmeden geçilmemesi” ilkesi ile yargılamanın sonucunun adilliği sorunun birbirinden ayrıştırılmasıdır. Birinci soruna cevaben, hakkaniyete uygun yargılamanın hem usulî hem de maddi yönünün olduğu söylenebilir. Zira, silahların eşitliği gibi durumlarda usulî bir ilke tarafların hakkaniyete uygun bir yarış içinde olmasını sağlarken¹²⁰, sonucun adilliği de maddi anlamda hakkaniyet ve adaletle ilgilidir. İkincisi, bazı taleplerin değerlendirilmemesi veya gerekçesiz bir şekilde reddedilmesinin “hakkaniyetin usulî ve maddi yönüyle ilgisi” bağlamında, gerekçeli karar hakkının sadece adil yargılanma hakkının usulî yönüyle ilgili olduğunu söylemek daha doğrudur. Zira, bu ilke maddi bir ilke ise, buna dair ihlal iddialarını denetlemek, ki AYM birçok kararında bu denetimi yapmaktadır, maddi adalete ve yargılamanın sonucuna dair bir inceleme olur. Böyle bir inceleme ise, ikincilik ilkesine aykırılık teşkil eder.

IV. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Genel olarak adil yargılanma hakkı özel olarak da birçok adil yargılanma alt ilkesi açısından “ölçülülük” ilkesi denetimi pek uygun düşmemektedir. Diğer bir deyişle, çoğunlukla kamu yararı veya başka bir yararı ile çatışan bir hakkın dengelenmesi söz konusu değildir. Aleni yargılanma hakkının başkasının özel hayatı ile çatışması gibi istisnai hallerde mahkemelerin çatışan yararlar arasında makul bir denge kurmaya çalışması ve ölçülülük denetimi yapması olağandır. Fakat gerekçeli karar ve makul sürede yargılanma hakkı gibi bazı hakların denetiminde zorunlu olarak hukukilik denetimine kayan, hâkimin kuralı yorumlaması, olaya uygulaması ve delilleri değerlendirmesi gibi hususlara girilebilmektedir. Bu nedenle, “ölçülülük” yerine “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” gibi bir sınır çizerek, bu kriter üzerinden denetim yapılmaya çalışılmaktadır. Mahkeme tarafından uygulanan bu metodolojiyi kabul edilebilirlik ve esas denetimi açısından üç aşamaya ayırmak daha faydalı olabilir. Birincisi, kabul edilebilirlik aşamasında yargılamanın bütününde “göze batan, vicdanı aşırı derece rahatsız eden, adalet duygusunu sarsan” bir hukuki/usulî veya maddi hata varsa, bu aşamada kabul edilebilirlik kararı verilmekte ve esasa geçilmektedir. İkincisi, esas incelemesi içerisinde kabul edilebilirlik aşamasındaki ilk intiba veya görüntünün, daha ayrıntılı bir inceleme sonucunda hakikaten bir hakkın ihlalini doğuran ve esas etkileyecek derecede ağır bir aykırılık/hata olduğu tespit edilirse, “ihlal” kararı verilmektedir. Yoksa ihlalin

¹²⁰ Üstündağ, s.411.

olmadığına hükmedilmektedir. Üçüncüsü, kabul edilebilirlik incelemesinde, ilk bakışta sezilen, bariz bir adaletsizlik ve usulsüzlük söz konusu değilse, basit hatalar “kanun yoluna ilişkin olarak” görülmekte ve açıkça dayanaktan yoksun görülerek kabul edilemez bulunmaktadır.

Bireysel başvuruda başvuru tarafından ileri sürülen ihlal iddiaları, adil yargılanma hakkına veya mülkiyet gibi başka bir maddi hakka yönelik olabilir. Eğer adil yargılanma hakkına dair ise, silahların eşitliği, makul sürede yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı gibi usulî alt ilkelerin ihlali iddiasını kapsayabilir. Maddi bir hakka dair ise, iddia çoğunlukla hakka yapılan müdahalenin hukuki veya ölçülü/dengeli olmadığı noktasında toplanabilmektedir. Acaba açık keyfilik ve bariz takdir hatası sözleşmenin koruma alanında olmayan haklar için bir telafi yöntemi midir? Daha somut bir örnek üzerinden hareket edersek, örneğin bir başvuruda başvuruçunun iş akdinin haksız bir şekilde feshedildiğine yönelik iddiaları, adil yargılanmanın usulî yönünü değil maddi yönünü oluşturmaktadır. Eğer derece mahkemeleri delilleri toplamış ve yeterli şekilde değerlendirmişse, AYM bu talebi açıkça dayanaktan yoksun ve kanun yoluna ilişkin görmektedir. Eğer başvuruçucu, esasa dair çalışma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunsaydı, elbette bu durumda AYM, sınırlandırmanın ölçülü ve hukuki olup olmadığını esas bakımından denetleyecekti. Fakat, şu an ki uygulamada, bu hak Sözleşme ile Anayasanın ortak koruma alanına girmediği için, konu bakımından kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekmektedir¹²¹. Böyle bir durumda, eğer esasa dair aykırılık adaleti ve hakkaniyeti aşırı derecede zedeleyen “açık keyfilik veya bariz takdir hatası” niteliğindeyse, o zaman AYM geliştirmiş olduğu istisnai yöntemi kullanarak “adil yargılanma hakkının maddi yönünün” diğer bir deyişle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vararak¹²², dolaylı bir şekilde çalışma hakkının ihlali iddiasını da istisnaen denetlemektedir.

Hem adil yargılanma hakkının maddi yönünün (yargılanmanın sonucunun adil olmadığı) ihlali iddiası hem de bu yargılamayla giderilemeyen maddi bir hak olan mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının bulunduğu bir karar üzerinden

¹²¹ Nesrin Kılıç Başvurusu, §41-44.

¹²² Mahkeme kimi zaman aynı iddiaları “yargılanmanın sonucunun adil olmadığına dair iddialar” başlığı altında incelemiş kimi zaman ise “hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia” başlığında incelemiştir (Mehmet Şirin Çelik Başvurusu, 2013/9215, 30.03.2016, §41-53). Fakat, sonuçta çoğunlukla hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini tespit etmiştir. Bazen ise alt ilkeye değinmeden, genel olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine veya kabul edilemezliğe karar vermiştir.

inceleme yaparak konuya açıklık getirmek daha faydalı olabilir. *Tülay Şahin başvurusu* gibi birçok başvuruda, başvuru, taşınmazın kamulaştırılması sonrasında ödenen bedele faiz işletilmediği ve taşınmazın bedelinin olması gerekenden daha az hesaplandığı iddialarına dayanarak, adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir¹²³. Somut olarak bu başvuruda, öncelikle adil yargılanma hakkının maddi yönüne dair iddialar değerlendirilmiş ve bu iddialar yargılamanın sonucuna yönelik kanun yolunda gözetilmesi gereken talepler olduğu için kabul edilemez bulunmuştur. Bu doğrultuda başvuru, yargılamanın sonucuna dair görülen iddiaları şu şekilde özetlenebilir: *Bedelin tespiti, emsallerine göre az olduğu, binanın ve malzemenin kalitesi ve ulaşım olanakları gibi etkenleri nazara almaksızın tespit yapıldığı*. AYM ise değerlendirmesi sonucunda, keşif ve bilirkişi gibi araçlarla bedel tespiti yapıldığı ve olağan sürecin takip edildiği kanaatine varmış, bedelin az veya çok tespit edildiğine dair bu gibi iddiaların “kanun yolunda gözetilmesi gereken ve hâkimin takdirine giren” meseleler olduğu sonucuna varmıştır¹²⁴. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasında ise başvuru, tespit edilen bedele faiz işletilmemesinin ihlal teşkil ettiğini iddia etmiş, AYM de yaptığı değerlendirme sonucunda bedele faiz işletilmemesinin, bireysel hak ile kamusal menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varmıştır¹²⁵. Burada en önemli soru, bedel tespiti hâkimin takdirinde ve adil yargılanma hakkının maddi yönüne dair bir iddia olarak görüldüğü halde, bedele faiz uygulanmamasının niçin mülkiyet hakkının ihlali ile ilgili görüldüğüdür. Olayda hiç bedel tespiti yapılmıyorsa, yani taşınmaz ücretsiz bir şekilde kamulaştırılıyorsa¹²⁶, bu durumda “açık keyfilik mi” olacaktı yoksa mülkiyet hakkının orantısız sınırlandırılması mı olacaktı? Ya da faiz takdir edilmesine rağmen kanuni faizden daha düşük taktir edilseydi, bu durum, hâkimin olağan takdirine dahil bir durum mu olacaktı? Kanaatimizce, bu soruların cevabı AYM’nin bireysel başvurudaki iddiaları hangi kriterlere göre adil yargılanma hakkı veya mülkiyet hakkı gibi maddi bir hak kapsamında değerlendirdiğine bağlıdır. Bu ise kararlardan anlaşılmamaktadır. Hatta bir kararda mülkiyet hakkının usulî gereği kapsamında incelenen bir iddia, bir başka kararda adil yargılanma hakkı kapsamında incelenebilmektedir.

¹²³ Tülay Şahin Başvurusu, §21 vd.

¹²⁴ Tülay Şahin Başvurusu, §22-30.

¹²⁵ Tülay Şahin Başvurusu, §32-51.

¹²⁶ Bkz. bedel ödenmeden kamuya tahsis edilen taşınmazından tahliye edilen başvuru, mülkiyet hakkının ihlal edildiği noktasında (Ayşe Öztürk Başvurusu, 2013/6670, 10.06.2015, §111-112).

SONUÇ

AYM bireysel başvuru kararlarında, derece mahkemelerinin kuralı yorumlaması ve olayı değerlendirmesi mahiyetindeki işlemlerinin kanun yolunda incelenmesi gerektiğini ve bireysel başvuruya konu olamayacağını belirtmek amacıyla şu cümleyi tekrarlamaktadır: “*Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz*”¹²⁷. Bu ifadeden hareketle ikili bir ayrıma gidilebilir. Birincisi, derece mahkemelerinin işlemlerinin, esasa dair ve AYM’nin denetim yetkisine giren bir hakkı ihlal etmesi durumudur. Mahkeme bu gibi durumlarda, ilgili hakkın ihlal edilip edilmediğini o hakka dair kriterlere göre denetleyip sonuca varmaktadır. İkincisi, adil yargılanma hakkının ihlalidir. Adil yargılanma hakkının ihlali, silahların eşitliği, makul süre ve gerekçeli karar gibi usulî yön ve kararın sonucunun ve içeriğinin adillliğini ifade eden maddi yön olmak üzere ikiye ayrılır. Usulî yön bakımından AYM çeşitli adil yargılanma hakkı ilkeleri için de belirli oranda da olsa “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” aramaktadır. Eğer başvuru talepleri, bizim maddi yön olarak adlandırdığımız “hâkimin bir kuralı yorumlaması ve olaya uygulaması veya genel olarak yargılamanın haklılığı ile ilgili ise”, daha yüksek bir açık keyfilik ve bariz takdir hatasının varlığını şart koşmaktadır. Söz konusu usulî ilkeler kapsamında başvuru tarafından ileri sürülen bazı iddialar, hâkimin verdiği kararın içeriğinin adillliği ile ilgili ise, bunu usulî adil yargılanma açısından değil mahkemenin yaptığı gibi hakkaniyete uygun yargılanma veya kararın sonucunun adil olup olmadığı başlığı altında yapmak daha uygundur. Fakat kimi zaman hukuki güvenlik veya hukuki belirlilik gibi başlıklar da açılarak adil yargılamaya dair maddi denetim yapılmıştır. Bu durum, yöntem açısından bir belirsizlik ve istikrasızlık doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin, bir kararın kabul edilebilirlik aşamasında “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun ve kabul edilemez olduğuna karar verip, bir sonraki başlıkta “gerekçeli karar hakkının” veya “mahkemeye erişim hakkının ihlaline” karar vermesi, kanaatimizce pek isabetli değildir. Zira, “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramları, alelade bir hukuki hatayı ifade etmemektedir. Diğer bir deyişle, böyle bir hatanın olmadığı tescil edildiği bir mahkeme kararında, sonradan adil yargılanma veya başka bir hakkın ihlaline karar verilmesi bir

¹²⁷ Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, §26.

imtizaçsızlık oluşturmaktadır. Bu nedenle, Mahkemenin gelişigüzel bir şekilde “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” kavramını kullanmaması, bunun yerine mümkün olduğu kadar “kanun yolunda ileri sürülmesi gereken iddialar” gibi sebepleri kullanarak “kabul edilemezlik” kararı vermesi daha yerindedir. Ancak, elbette esasa/kararın içeriğine ve sonucuna dair ihlal iddiası, diğer bir maddi hakkın ihlalini içermiyorsa ve ölçülülük denetimine tabi olmuyorsa, o zaman “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline karar verilebilmelidir. Dahası, “kanun yolunda ileri sürülmesi gereken iddialar” olduğu için kabul edilemezlik kararı vermek de, adil yargılanma hakkına dair ilkelerin neredeyse kanun yolunda ileri sürülebilecek bütün iddiaları taşıdığını düşündüğümüzde, her zaman elverişli değildir.

Eğer açıkça dayanaktan yoksunluk sadece iş yükünü azaltmaya yönelik ise, keyfi bir şekilde önemli ve önemsiz başvuru ayırımı yapmaya yarayan bir araçtan başka bir şey değildir. Bunun yanında, bu aşama ikincilliği sağlayarak kanun yolu başvurularını incelememek için ise, buna ilişkin daha öngörülebilir ve istikrarlı kriterler geliştirmek gerekmektedir. Zira, Mahkemenin kararlarında, adil yargılanmanın usulî yönü ile maddi yönü arasında bir ayırım yapmadan, kimi zaman çelişkili olacak şekilde “kanun yolu denetimi, açık keyfilik ve bariz takdir” ifadeleri kullanılmaktadır.

Eğer, hem usule hem de esasa dair adil yargılanma hakkının ihlalinde “açık keyfilik ve bariz takdir hatası” şartı aranacaksa, bu denetim, adil yargılanma hakkından ziyade, açık keyfilik ve bariz takdir hatası denetimi haline dönüşmektedir. Diğer yandan, açık keyfilik ve bariz takdir hatası, kural olarak sadece kabul edilebilirlik aşamasına dair bir husustur, fakat AYM uygulamasında esasa dair bir husus olarak da görülmekte ve ihlale dayanak tutulmaktadır. Hülasa, açık keyfilik ve bariz takdir hatası, ihtiyaç halinde kullanılan, kabul edilemezlik kararı vermek için bir anahtar görevi atfedilen muğlak ve belirsiz bir kavramdır denebilir. İlk bakışta, ihlalin afaki ve dayanaksız olduğu anlaşılıyorsa, daha fazla uğraşmadan bir eleme yapılarak şikayet açıkça dayanaktan yoksun addedilebilmektedir. Bazen AYM'nin tamamıyla usulî ve kalıplaşmış bir gerekçe olarak gereksiz bir yere “açık keyfilik ve bariz takdir hatasını” kullandığı kanaatine kapılmamak mümkün değildir. Hatta, temyiz mercilerinin dikkatini üzerine çekmemek ve süper mahkeme olduğu intibai uyandırmamak için de bunu yaptığı görüntüsü oluşmaktadır.

Son olarak, çalışmanın içindeki kararlar vasıtasıyla tespit ettiğimiz ilginç bir durum da, açık bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış

yorumlanmasından kaynaklanan açık keyfilik ve bariz takdir hatasının varlığı nedeniyle verilen ihlal kararlarının önemli bir kısmının AYİM kararlarından kaynaklanmasıdır. Bu durum söz konusu yargılama kolunun tam anlamıyla etkin bir iki dereceli denetime sahip olmamasından da kaynaklanmış olabilir.

KAYNAKÇA

Akil C, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınevi 2010.

Aktepe-Artık S, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi 2014.

Alangoya Y, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası 1979.

Algan B, “Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, 2014, 63(2), Ankara ÜHFD, s.247-284.

Anayurt Ö, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi”, iç. Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu Yayını 2007, s.173-228.

Arnardóttir O. M, “Rethinking the Two Margins of Appreciation”, 2016, 12(1), European Constitutional Law Review, s.27-53.

Belge K, İdari Yargı Yönüyle Adil Yargılanma Hakkı, On Dokuz Mayıs ÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019.

Bolayır N, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık 2014.

Bolayır N, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması, On İki Levha 2019.

Brems E, “Positive Subsidiarity and Its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine”, 2019, 37(3), Netherlands Quarterly of Human Rights, s.210-227.

Budak A. C/Karaaslan V, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi 2017.

Döner A/Çelik Y, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçlar”, 2016, 9(1), Erzincan

ÜSBED, s.275-294.

Ekinci A, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Adil Yargılanma Hakkı, GÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

Erdoğan M, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Lykeion Yayınevi 2019.

Eren A, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Beta Yayınevi 2004.

Gedik D, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK. m. 217)”, 2019, 21(Özel Sayı), Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Dokuz Eylül ÜHFD, s.913-963.

Gökcan H. T, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, 2018, 135, TBB Dergisi, s.9-76.

Göztepe E, Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1998.

Gülener S, “Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri”, iç. Musa Sağlam, Serdar Gülener, Recep Kaplan (Editörler), Bireysel Başvuru İncelemeleri I, AYM Yayını 2013, s.53-83.

Güveyi N, Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, On İki Levha Yayınevi 2015.

Gross R, Rethinking Article 6: The Criminal Fair Trial Rights Case Law of The European Court of Human Rights, Lincoln College, University of Oxford, PhD Thesis, 2012.

Hardy G. W. Jr, “Forum Juridicum: The Manifest Error Rule”, 1961, 21(4), Louisiana Law Review, s.749-754.

Hart H. L. A, The Concept of Law, Oxford University Press 1994.

Hughes K, “Balancing Rights and the Margin of Appreciation: Article 10, Breach of Confidence and Success Fees”, 2011, 3(1), Journal of Media Law, s.29-48.

Huijbers L. M, “The European Court of Human Rights’ Procedural Approach in the Age of Subsidiarity”, 2017, 6(2), Cambridge International Law

Journal, s.177-201.

İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı, El Kitapları Serisi-4, AYM Yayını 2018.

Kanadoğlu K, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayınevi 2015.

Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi 2018.

Karaman E, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınevi 2013.

Karslı A, Medeni Muhakeme Hukuku, Filiz Kitabevi 2020.

Köküsarı İ, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi 2015.

Krasnostein S/Freiberg A, “Manifest Error: Grounds for Review?”, 2012, 36(1), Australian Bar Review, s.1-20.

Kuijer M, “The Right to a Fair Trial and the Council of Europe’s Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings”, 2013, 13(4), Human Rights Law Review, s.777-794.

Küçük S, “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk”, Hüseyin Turan/Recep Kaplan (Editörler), iç. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, AYM Yayını, Kalkan Matbaacılık 2015.

Letsas G, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, 2006, 26(4), Oxford Journal of Legal Studies, s.705-732.

Mellinghof R, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, 2009, 26, Anayasa Yargısı, s.31-44.

Nangle J. F, “The Ever Widening Scope of Fact Review in Federal Appellate Courts-Is the Clearly Erroneous Rule Being Avoided?”, 1981, 59(2), Washington University Law Review, s.409-429.

Oder B. E, “Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri Başlıklı Oturum Konuşması”, 2018, 35, Anayasa Yargısı, s.15-22.

Özbay İ, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Seçkin Yayınevi 2013.

Özekes M, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin

Yayınevi 2003.

Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi 2017.

Öztürk B/Tezcan D/Erdem M. R/Sırma Gezer Ö/Saygılar Kırıt F/Alan Akcan E/Özaydın Ö/Erden Tütüncü E, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi 2017.

Schilken E, “Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü” (Çeviren: Nevhis Deren Yıldırım), iç. (Derleyen: Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Alkım Yayınevi 2002.

Settem O. J, Applications of the ‘Fair Hearing’ Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings with Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency, Springer 2016.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayınevi 2012.

Şeker H, Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Süreç Adaleti (Usul Hukuku ve İstinaf Yorumu), Beta Yayınevi 2018.

Şimşek M, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Olağan Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri ve İstisnaları, İÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019.

Şirin T, “Üçüncü Yılında Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, <http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2021.

Türkoğlu-Üstün K, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Seçkin Yayınevi 2019.

Üstündağ S, Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları 2018.

Voorhoof D, “Freedom of Expression versus Privacy and the Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism”, in. Stijn Smet/ Eva Brems (Editors), When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony, Oxford University Press 2017.

Yasin M, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayınevi 2015.

Yıldırım M. K, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınevi 1990.

Yılmaz E, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayınevi 2013.

Yılmaz N, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Ortaya Çıkan Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, İÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2015.

**BOKS VE KAFES DÖVÜŞÜ MÜSABAKALARINDA
GERÇEKLEŞTİRİLEN SPOR KURALLARINA UYGUN
DAVRANIŞLARIN SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Gökhan ÖLMEZ*

Ali Şahin KILIÇ**

ÖZ

Sportif faaliyetler gerek bireysel gerekse de toplumsal açıdan sahip oldukları anlam ve önem dolayısıyla sosyal düzenin vazgeçilmez bir parçasını oluşturmaktadır. Özgürlük temelli bir toplumda bireylerin maddi ve manevi varlıklarını serbestçe geliştirme hakkı çerçevesinde sportif faaliyetler gerçekleştirmeleri sosyal yaşamda kurumsallaşmış bir niteliğe sahiptir. Bu kapsamda devletler sporun icrasının yaygınlaşması ve desteklenmesine yönelik sosyal politikalar geliştirmekteyken ilerleyen teknolojik imkânlar sayesinde dünyanın dört bir yanında geniş kitleler tarafından ilgiyle takip edilen spor türleri artık bir endüstri olarak nitelendirilebilecek ölçüde büyük bir finansal değere de ulaşmış bulunmaktadır.

Sosyal bir fenomen niteliğinde olan ve toplumda geniş kitleler tarafından ilgiyle takip edilen dövüş sporlarının kurallarına uygun icrası dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunun ortaya çıkmamasının arzu edildiği söylenebilir. Bu kapsamda çalışmada, boks ve kafes dövüşü sporları özelinde bu sporların icrası dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmemesini gerektiren farklı görüşlerin nitelikleri ortaya konularak; bu yaklaşımların güçlü ve zayıf yönlerine dair açıklamalarda bulunulacaktır. Çalışmada, dövüş sporları faaliyetlerine yönelik ceza hukuku sorumluluğunun bulunmamasını meşru kılan unsurların neler olduğuna dair belirlemelerde bulunularak konunun suç teorisindeki yeri açıklığa kavuşturulacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Dövüş sporları, Ceza Hukuku Sorumluluğu, İzin Verilen Risk, Rıza, Spor Kuralları, Toplumsal Menfaat.*

* **Dr. Öğr. Gör.** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu/ ANKARA, **e-posta:** gokhan.olmez@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0002-0555-7866.

** **Dr. Arş. Gör.** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** ali.kilic@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0001-7915-2418

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933616

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 01/03/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 19/04/2021

AN EVALUATION OF FAIR CONDUCTS IN BOXING AND CAGE FIGHTING BOUTS IN THE CONTEXT OF CRIMINAL THEORY

ABSTRACT

Sport activities are indispensable part of the social life because of their meaning and importance they have both individually and collectively. In a society which is based on freedom, the practicing sport activities of the individuals in the context of the right to develop their material and nonmaterial assets have an institutionalized aspect in the social life. While the states are developing social policies for popularization and supporting of performing sports in this regard, sport types which are followed by masses all around the world, have reached to a great financial value that can be considered as an industry, with the help of onward technological opportunities

In combat sports, which are a social phenomenon and followed by wide groups of people with interest, it can be said that it is desired to avoid criminal law liability for performing these sports according to their rules. In this context, the characteristics of different opinions that ground the avoidance of criminal law liability raised from the performance of box and cage fight will be examined and the strong and weak sides of these opinions' will be explained in this study. In addition to that, the position of this subject in criminal theory will be determined by assessing the elements which are justifying the exclusion of criminal law liability for combat sports.

Keywords : *Combat sports, criminal law liability, permitted risk, consent, sports rules, social benefit*

GİRİŞ

Spor faaliyetinin icrasıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan birçok durum aynı zamanda ceza hukukunu da ilgilendirmektedir. Doping, şike, yasadışı bahis bu kesişim alanlarından yalnızca birkaçını oluşturmaktadır. Spor ve ceza hukukunun kesiştiği alanlardan bir diğeri olan ve suç teorisini diğerlerinden daha fazla zorlukla karşı karşıya bırakan alan ise dövüş sporlarına ilişkindir.

Araştırma konusu olarak belirlenen dövüş sporları olan boks ve kafes dövüşü sporlarının kurallarına uygun nitelikteki davranışlar, rakibin önemli bir şekilde yaralanmasına yol açabilme riskini barındırmaları itibarıyla spor ve ceza hukukunun kesiştiği diğer alanlardan ayrılmaktadır. Örneğin, şike veya doping söz konusu olduğunda spor kurallarına aykırılık teşkil eden bir haksızlığın mevcudiyeti bakımından herhangi bir kuşku bulunmazken dövüş sporlarında sporcunun yaralanması tamamen ilgili *sporun kuralları* dahilinde

gerçekleşmiş olabilir. İşte bu çalışmanın ana konusunu dövüş sporları, özellikle boks ve kafes dövüşü¹ olarak adlandırılan dövüş sporlarının icrasıyla bağlantılı olarak suç teorisinde karşılaşılan sorunlar oluşturmaktadır.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de her yaş grubundan izleyicinin ilgiyle takip ettiği *boks* ve *kafes dövüşü* organizasyonları birer “spor” olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu spor dallarının müsabakalarında, koruyucu önlemlerin varlığına rağmen², üst üste alınan darbeler dolayısıyla travmatik beyin sarsıntısı ve hasarı, kafatası kırığı, beyin kanaması gibi ciddi yaralanmalar ve hatta ölüm sonucu meydana gelebilmektedir³.

¹ Karma dövüş sanatları (*mixed martial arts-MMA*) olarak da adlandırılan bu müsabaka türünde sporcular etrafi tellerle çevrili “*Octagon*” olarak isimlendirilen bir ringde çeşitli dövüş sporu tekniklerini kullanarak dövüşürler. Başta muay-thai ve jiu-jitsu olmak üzere; boks, judo, güreş, sambo, kick boks, tekvando, karate gibi dövüş sporları tekniklerinin kullanıldığı kafes dövüşünde sporcular yere düşseler bile zeminde dövüşmeye devam ederler. Bu dövüş sporunda diz ve dirsek gibi vücudun en sert yerleriyle rakibe vurmak mümkündür. Müsabaka hakemin ayırması, müsabıklardan birinin pes etmesi veya nakavt olması ya da sürenin dolması ile bitmektedir. Bu tür müsabakalarda rakibin nefessiz bırakılması amacına yönelik olarak *boğazının sıkılması*, pes etmesini sağlamak amacına yönelik olarak vücudun çeşitli eklem yerlerinin veya kemiklerinin kırılmasına yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte kafa atma, saç çekme, gözlere parmakla müdahale gibi hareketler ise kuraldışı hareketler arasında yer almaktadır. Thomas Green/ Joseph Svinth, *Martial Arts of the World, An Encyclopedia of History and Innovation*, ABC-CLIO, 2010, s. 485. Günümüzde yapılmakta olan kafes dövüşü müsabakalarının ortaya çıkışını sağlayan temel düşünce dövüş sporlarının birbirlerine üstünlüğünün belirlenmesi olmuştur. Buna göre örneğin bir judo sporcusu ile bir karate sporcusunun karşılaşması durumunda kimin üstün geleceğine ilişkin merak; karışık dövüş sanatları müsabakalarının düzenlenmesinde belirleyici olmuştur. Michael Kim, “Mixed Martial Arts: The Evolution of a Combat Sport and Its Laws and Regulations”, 2010, 17(1), *Sports Lawyers Journal*, s. 51. Kafes dövüşü organizasyonlarının ticari amaçla gerçekleştirilen ilk örnekleri ile doksanlı yılların ilk çeyreğinde karşılaşılmakta olup bu müsabaka tarzı özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde popülerlik kazanmış ve ciddi bir ekonomik değere ulaşmıştır. Karma dövüş sanatlarının tarihi gelişimine ilişkin olarak bkz. Clyde Gentry, *No Holds Barred, The Complete History of Mixed Martial Arts in America*, Triumph Books, 2011, s. 3.

² Karma dövüş sanatları müsabakalarında koruyucu önlem olarak belirli standartlarda üretilen eldivenlerin, dişleri ve kasıkları korumaya yönelik çeşitli ekipmanların sporcular tarafından giyilmesi zorunludur. Yine müsabakaların, aralıklar verilmesi öngörülerek belirli bir süre ile sınırlandırılması koruyucu önlemler arasında yer almaktadır. Green/Svinth, s. 485.

³ Stefanie Haupt, *Die Körperverletzung des Gegners im Kampfsport und die strafrechtliche Einwilligungproblematik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 31-32. Kronik travmatik beyin hasarı tekrarlayıcı darbelere maruz kalan özellikle kontakt sporları ile uğraşan kişilerde görülen motor, kognitif ve/veya davranış bozukluğuna neden olan bir durumdur. Kronik travmatik beyin hasarı en sık boksörlerde bildirilmiştir. Nitekim diğer spor dallarının aksine boks sporunda kafaya yönelik darbeler bilinçli olarak gerçekleştirilmektedir, İbrahim Sacit Tuna, *Kronik Kafa Travmasına Maruz Kalan Boksörlerde Beyin Parankim Değişikliklerinin Perfüzyon Manyetik Rezonans Görüntüleme ile Değerlendirilmesi*, Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Radyoloji Anabilim Dalı Tıpta Uzmanlık Tezi, 2010, s. 24. Boks ve Kick

Bu araştırmanın yapılmasının amacı; insan sağlığı bakımından ciddi nitelikteki olumsuz sonuçlara sebebiyet veren bu davranışların ceza hukuku bakımından ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşleri ve konuya dair kendi bakış açımızı ortaya koymaktır. Bu bağlamda cevap aradığımız temel soru, ringin (kafesin) dışında gerçekleştirildiğinde ceza hukuku yaptırımlarına konu olacağına şüphe olmayan hareketlerin, ringin (kafesin) içinde serbest hale getiren nedenin ne olduğudur. Bu bağlamda, çalışma konusu müsabaka kurallarına uygun davranışlar ile sınırlandırılmış, sporcular tarafından kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen davranışların değerlendirilmesi kapsam dışı tutulmuştur.

I. SPOR KAVRAMI VE DÖVÜŞ SPORLARI

A. Genel Olarak

Sözlükte “*bedeni veya zihni geliştirmek amacıyla kişisel veya toplu olarak gerçekleştirilen, bazı kurallara göre uygulanan hareketlerin tümü*” olarak tanımlanan⁴ spor, toplumsal yaşamın vazgeçilmez bir bileşenini oluşturmaktadır. Bu itibarla toplumsal düzeni oluşturmayı ve sürdürmeyi amaçlayan hukuk sistemi, sosyal bir fenomen olan sporu da hukuk kurallarına konu etmektedir. Anayasada sporun yaygınlaştırılması, vatandaşların beden ve ruh sağlığının geliştirilmesiyle ilişkilendirilerek düzenlenmiştir⁵. Sporun bedensel ve zihinsel gelişimin üzerindeki olumlu etkisi yadsınamaz. Modern toplumlarda spor, sosyal yaşamda çok önemli bir yere sahip olup⁶ bireysel

boks gibi spora bağlı kafa travmasına neden olan sporların tüm dünyada çok popüler olması nedeniyle epidemiyolojik çalışmalarda travmatik beyin hasarı nedenleri arasında genellikle gösterilmediklerine dair, Tuna, s. 24, 39.

⁴ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.08.2020). Bir bedensel aktivitenin spor olarak nitelendirilebilmesi için; rekabet unsurunu bünyesinde barındırması, belirli kurallara göre gerçekleştirilmesi ve katılımcıların galibiyet şanslarının eşitliğinin güvence altına alınmış olması sayılmakla birlikte bu niteliklerin her biri bakımından çeşitli tartışmalar da mevcut bulunmaktadır. Spor kavramının nitelikleri ve bu kavramın tanımına dair tartışmalara ilişkin bilgi için bkz., Michael Pechan, Die Strafbarkeit wegen Körperverletzung im Sport, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 4 ila 8; Pınar Memiş Kartal, “Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti”, 2020, 26(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 538 vd.

⁵ Anayasa’nın “Sporun Geliştirilmesi ve Tahkim” başlıklı 59. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.” Alman Federal Anayasasında “spor” açıkça zikredilmemekle birlikte, her bir Eyalet Anayasasında sporun korunması ve desteklenmesi hedef olarak düzenlenmiştir, Clemens Rutz, Kampfsport und Strafrecht, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 12 vd.; Pechan, s. 16 dn. 66.

⁶ Franke’nin spor müsabakalarının anlamlandırılması, niteliklerinin kavranması hususun-

özgürlüğün mevcut toplumsal mutabakata uygun şekilde dışa vurum şekillerinden birini oluşturmaktadır⁷.

B. Dövüş Sporları

Dövüş sporlarının karakteristik özelliği sporcuların birbirlerine karşı bedensel güç kullanarak üstün gelmeye çabalamalarıdır⁸. Dövüş sporları çok uzun süreden beri toplumsal yaşamda önemli bir yer edinmiştir. Örneğin boks sporunun izi arkeolojik buluntulardan yola çıkılarak milattan önce dört binli yıllara kadar sürülebilmektedir⁹. Bu dönem ve sonrasında boks sporunun belirli bir uygulama alanına sahip olduğuna ilişkin bulgulara farklı coğrafi bölgelerde de rastlanması, bu sporun sosyal yaşam bakımından öneminin anlaşılması bakımından yol gösterici niteliktedir. Özellikle güreş, boks ve bunların karması niteliğindeki pankreas (*pankration*) sporları Yunan olimpiyatlarında da kendine yer bulmuştur¹⁰. Boks sporuna ilişkin bilgileri içeren dönem kaynakları incelendiğinde; modern boksun temel kurallarının o dönemde henüz yerleşmediği, sporcuların sıkletlere ayrılmasının söz konusu olmadığı ve müsabakalar bakımından herhangi bir zamansal sınır öngörülmediği anlaşılmaktadır¹¹.

Literatürde kabul edildiği şekliyle bir boks maçı ile ilgili ilk yazılı haber

da sanat eserleri ile kıyasla yaptığı açıklamalara ilişkin bilgi için bkz. Wolfgang Schild, "Sportadäquanz: Zur Begründung eines Strafbarkeitsfreiraums", in Carl-Friedrich Stuckenberg, Klaus Ferdinand Gärditz (Ed.), Strafe und Prozess im freiheitlichem Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Duncker-Humblot, 2015, s. 161-162.

⁷ Bilgi için bkz. Schild, Sportadäquanz, s. 165 vd. Sportif faaliyetin icrasına katılan sporcu rakibini bir "düşman" olarak değil kendisiyle eşit değere sahip, aynı amaca ulaşmak için hareket eden bir "ortak" olarak görmeli ve ona saygı göstermelidir. Bu kapsamda sporcular arasında faaliyetin sporun ruhuna uygun bir şekilde gerçekleşmesine dair bir sosyal anlaşma (*Sozialvertrag*) bulunmaktadır ve müsabakayı kazanmaya yönelik tüm davranışların bu sosyal anlaşmaya uygun şekilde gerçekleştirilmeleri gerekmektedir, Schild, Sportadäquanz, s. 166.

⁸ Memiş Kartal, s. 544-545.

⁹ Gerald Gems, *Boxing: a Concise History of the Sweet Science*, Rowman Littlefield, 2014, s. 1.

¹⁰ Boks sporunun bedensel riskleri antik dönemdeki sanat eserlerine de yansımıştır. Antik dönemden kalan ve Roma Uluslar Müzesinde sergilenmekte olan *Terme Boxer* (dinlenmekte olan boksör) olarak heykelle sporunun yüzündeki yara izleri açık bir şekilde görülebilmektedir, Gems, s. 2 vd.

¹¹ Gems, s. 2. Roma İmparatorluğu sınırları içerisinde gerçekleştirilen bazı müsabakalarda boksörlerin, eldivenlerine metal parçaların yerleştirildiği ve böylece şiddet dozunun artırıldığı belirtilmektedir, Gems, s. 4-5.

1681 yılında İngiltere’de “*Protestant Mercury*” adlı gazetede yayımlanmıştır¹². Ticari bir boyut kazandırılmış ve ritüel olma vasfından ayrılmış şekliyle boksun özellikle 18. yüzyıl ve sonrasında yaygınlaştığı belirtilmektedir¹³. Bu dönem ve sonrasında boks sporu ciddi şekilde toplumsal ilgi çekmeye başlamış ve bahisler ile birlikte önemli bir ekonomik boyut da kazanmıştır¹⁴.

C. Yaralanma Riski Odağında Dövüü Sporları

Bireysel olarak sporun kişilerin bedensel ve psikolojik sağlıkları üzerindeki birçok olumlu etkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede dövüü sporları olarak adlandırılan spor tarzlarının antrenmanları katılımcıların stres seviyesinin azaltılması, dikkat odaklanma, disiplin, bedensel gelişim gibi pek çok bakımdan olumlu etkilere sahiptir. Bununla birlikte vücut teması içeren birçok spor dalının ve özellikle dövüü sporlarının icrası yüksek seviyede yaralanma riskini bünyesinde barındırmaktadır. Bu çerçevede dövüü sporlarının icrası sırasında sporcuların yaşam ve vücut bütünlüklerine yönelik risklerin azaltılmasına dair kurallar öngörölmüştür. Örneğın, boks sporu bakımından sporcuların özel eldivenler takmaları, müsabakaların belirli bir süre ile sınırlandırılması ve sporcuların müsabakalara belirli sıkletlere ayrılarak ilgili sıklet dahilinde katılmaları bu çerçevede olup gerekli güvenlik önlemlerinin alınmadığı spor müsabakalarının düzenlenmesi yasaklanmaktadır¹⁵. Ancak dövüü sporlarının özellikle profesyonel organizasyonlar çerçevesinde düzenlenen müsabakalarında alınan tüm güvenlik önlemlerine rağmen ciddi yaralanma ve hatta ölüm neticeleri ortaya çıkabilmektedir¹⁶.

Boks sporu özelinde tutulan bir istatistikte ilk ölüm vakasının kayda alındığı 1720 yılından 2011 yılına kadar profesyonel boks müsabakalarında

¹² Jack Anderson, *The Legality of Boxing A Punch Drunk Love?*, Routledge, 2007, s. 11.

¹³ Gems, s. 10.

¹⁴ Anderson, s. 12.

¹⁵ Yukarıda da bahsedildiğı üzere karma dövüü sanatları müsabakalarına ilişkin organizasyonlar, doksanlı yılların başında düzenlenmeye başladığında, sporcuların sıkletlere ayrılmaması, göze ve kasıklara müdahale ile ısıрма dışında bir yasağın olmaması dolayısıyla Amerika Birleşik Devletlerinde otuz altı eyalette yasaklanmıştır. Daha sonra yerdeki rakibe tekme atmanın yasaklanması, sporcuların sıkletlere ayrılması gibi kuralların kabul edilmesi ile bu organizasyonlara yeniden izin verilmiştir. Kim, s. 52.

¹⁶ Yaralanma ve ölüm olaylarına ilişkin örnekler için bkz. Simon Gardiner, *Sports Law*, Cavendish Publishing, 2001, s. 114 vd.; Christo Lassiter, “Lex Sportiva: Thoughts towards a Criminal Law of Competitive Contact Sport”, 2007, 22(1), *St. John’s Journal of Legal Comment*, s. 65.

bin sekiz yüz altmış beş ölümün gerçekleştiği kaydedilmiştir¹⁷. Bunlardan yüz üç tanesi 2000 ilâ 2010 yıllarında meydana gelmiştir. İstatistiğe göre senede ortalama “11,6” kişi boks müsabakaları sırasında hayatını kaybetmektedir¹⁸. Bununla birlikte boks müsabakalarındaki ölüm olaylarının 1983 ve sonrasında azalma eğiliminde olduğu, bunun nedenlerinin de profesyonel spor kariyerinin daha kısa sürmesi, müsabakaların daha sıkı şartlar altında gerçekleştirilmesi ve sporcuların sağlık kontrollerinin sıklaştırılması olabileceği ifade edilmektedir¹⁹. Yaralanmalara bakıldığında ise Nevada eyaletinde 2001 ve 2003 yılları arasında gerçekleştirilen beş yüz yirmi dört boks müsabakasının analiz edildiği bir çalışmada yaralanma olasılığının her yüz müsabakada “17,1” olduğu tespit edilmiştir²⁰.

Karma dövüş sanatlarını esas alan bir çalışmada 1993 ve 2003 yılları arasında Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleştirilen ve televizyon aracılığı ile yayınlanan altı yüz kırk iki profesyonel müsabaka inceleme konusu yapılmıştır²¹. Bu müsabakalardan yüz seksen ikisi kafaya alınan darbeler sonucunda²², yüz altısı kas ve kemiklerde meydana gelen

¹⁷ Joseph Svinth, , “Death Under The Spotlight: The Manuel Velazquez Collection”, 2011, Journal of Combative Sport, https://ejmas.com/jcs/velazquez/Death_Under_the_Spotlight_2011_Final.pdf (Erişim Tarihi: 16.10.2020)

¹⁸ Charles Rainey, “Determining the Prevalence and Assessing the Severity of Injuries in Mixed Martial Arts Athletes”, 2009, 4(4), North American Journal of Sports Physical Therapy, s.192.

¹⁹ Lissa Baird/ Benjamin Newman/ Hunter Volk/ Joseph Svinth/ Jordan Conklin,/ Michael Levy, “Mortality Resulting From Head Injury in Professional Boxing: Case Report”, 2010, 67(5), Neurosurgery, s. 1444. 1983 tarihinin önemi, 1982 yılında *Duk Koo Kim* adlı sporcunun 13 Kasım 1982’de 14. rauntta teknik nakavt ile müsabakayı kaybetmesinin hemen ardından bilincinin kapanması ve dört gün sonra hayatını kaybetmesinden kaynaklanmaktadır. Bu olay üzerine profesyonel boks müsabakaları, yaralanmaların genellikle 13, 14 ve 15. rauntlarda gerçekleştiği gerekçesi ile 12 raunda indirilmiştir. Bununla birlikte, yazarlar, boks müsabakalarının süresinin kısaltılması ile müsabaka kaynaklı ölümler arasında kanıtlanabilir bir bağlantı olmadığı görüşündedir. Baird/Newman/Volk/Svinth/Conklin/L Levy, s. 1449.

²⁰ Gregory Bledsoe/ Guohua Li/ Fred Levy, “Injury Risk in Professional Boxing”, 2005, 98(10), Southern Medical Journal, s. 995.

²¹ George Buse, “No holds barred sport fighting: a 10 year review of mixed martial arts competition”, 2006, 40(2), British Journal of Sports Medicine, s. 169.

²² Bu durum sporculardan birinin kafasına aldığı darbe nedeniyle kendisini savunmayacak duruma gelmesi nakavt veya teknik nakavt olmasını ifade etmektedir, Buse, s. 170.

stres²³, doksana biri boğazın sıkılması²⁴, seksen üçü çeşitli travmalar ile müsabaka süresi tamamlanmadan sonlanmıştır. Bu müsabakalar içerisinde sürenin bitmesi dolayısıyla tamamlanmış olanların sayısı ise yüz yetmiş üçtür. Dolayısıyla çalışma sonucunda ortaya çıkan tabloya göre; kafes dövüşünde sürenin bitmesi ile tamamlanan yaklaşık yüzde yirmi yedilik kısmı dışında kalan müsabakalar, sporculardan birinin müsabakaya devam edememesi nedeni ile son bulmaktadır²⁵.

Dövüş sporlarının en popüler olanlarından biri olan ve bu alandaki tartışmanın da odağında bulunan boks sporuna ilişkin yapılan bilimsel çalışmalar boks müsabakası esnasında maruz kalınan darbelerin yaklaşık yedi kilogram ağırlığındaki bir bowling topunun saatte yaklaşık yirmi beş kilometre hızla çarpması ile aynı etkiye sahip olduğunu ve profesyonel boksörlerin yüzde doksanın kariyerlerinde en az bir kez beyin hasarına maruz kaldıklarını göstermektedir²⁶. Bu itibarla boks ile ilgili tartışmaların merkezinde bu sporun icrasının sporcuların sağlığı bakımından yol açtığı olumsuz sonuçlar yer almaktadır. Bunun nedeni, sporcuların sağlığında meydana gelen bozulmaların ortaya çıkması düşük bir ihtimal dahilinde olan kaza sonucu değil, doğrudan sporun yapısından kaynaklanan bir etki neticesinde ortaya çıkmasıdır²⁷.

D. Dövüş Sporları Bağlamında Etik Tartışmalar

Dövüş sporları müsabakalarının belirleyici özelliği, rakibe *doğrudan* bedensel olarak zarar verilmesinin hedeflenmesidir²⁸. Bu sayede rakip mücadeleye devam edemeyecek duruma getirilerek müsabakanın kazanılması

²³ Bu durum, eklemlerin işlevini kaybetmesi, kemik kırılması gibi durumlar nedeniyle sporculardan birinin kas ve iskelet sisteminde meydana gelen travma nedeniyle müsabakaya devam edememesi durumunu ifade etmektedir, Buse, s. 170.

²⁴ Bu durum, sporculardan birinin diğerinin müdahalesi nedeniyle nefes alamamasından dolayı pes etmesi veya müsabakanın hakem tarafından sonlandırılmasını ifade etmektedir, Buse, s. 170.

²⁵ Buse, s. 169.

²⁶ Robert Simon, *The Ethics of Sport: What Everyone Needs to Know*, Oxford University Press, 2016, s. 83.

²⁷ Sporcuların birbirlerine fiziksel olarak temas etmelerinin mümkün olmadığı yüzme ve koşu gibi sporlarda katılımcıların *spor kuralları dahilinde* ceza hukukunu ilgilendiren kasten yaralama eylemleri gerçekleştirebilmeleri mümkün değildir.

²⁸ Dieter Dölling, "Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle", 1984, 96(1), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, s. 38, 64; Hans Joachim Hirsch, "Über strafrechtliche Fragen Des Sportrechts", 2010,1(1) *Law&Justice Review*, s. 78.

amaçlanır. Dolayısıyla dövüş sporlarında, temel hedef olan müsabakayı kazanmak için zorunlu olarak kasten yaralama fiilleri gerçekleştirilmektedir²⁹. Sporcu, rakibini nakavt (*knock-out*) ederek veya dövüş süresince daha çok puan toplayıcı darbe vurarak müsabaka sonucunda hakem kararıyla müsabakayı kazanmayı amaçlar³⁰.

Sporcuların birbirlerine müdahalede bulunmasına izin verilen diğer spor dallarında ise doğrudan hedeflenen rakibin bedensel olarak zarar görmesi değildir. Örneğin futbolda rakip takım oyuncusuna yapılan müdahalenin amacı; topun kontrolünü sağlamak, topu tehlikeli alandan uzaklaştırmak, sürmekte olan rakip takım hücumunu kesmek veya avantajlı bir pozisyon almak ve bu surette daha fazla gol atarak müsabakayı kazanmaktır. Bu hedeflere ulaşılabilmesi için rakip takım oyuncusuna bedensel olarak zarar verilmesi zorunlu değildir³¹.

Dövüş sporlarında müsabaka kuralları çerçevesinde sporcuların birbirlerini iradi olarak yaralamaya çalışmaları vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden bu davranışların ahlaki olarak ve hukuken ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda yapılan değerlendirmelerin bir kısmı, salt sporcuların sağlığının etkilenmesinden farklı gerekçelere dayanmaktadır³². Bu çerçevede profesyonel sporcuların genellikle düşük gelir grubuna mensup ailelerden gelmekte olduğuna dikkat çekilerek, profesyonel sporcu yaşamını seçmenin iradi olmadığı ileri sürülmektedir³³. Diğer yandan, özgür iradeyi odağına koyan yaklaşım sporcuların yeterince aydınlatılmadığı ve spor sonucunda irade yeteneğinin etkilenme olasılığını da tartışmanın odağına getirmektedir³⁴.

Dövüş sporlarına ilişkin etik tartışmaların bir diğer boyutunu, rakibe üstün gelmek amacıyla yaralama üzerine kurulu olmasından dolayı, müsabakanın taraflarının kendisini araç olarak kullandığına ilişkin görüş oluşturmaktadır³⁵.

²⁹ Rutz, s. 144, 148.

³⁰ Haupt, s. 101.

³¹ Pechan, s. 30-31.

³² Paul Davis, "Ethical Issues in Boxing", 1993, 20(1), Journal of the Philosophy of Sport, s. 50.

³³ Nicholas Dixon, "Boxing, Paternalism, and Legal Moralism", 2001,27(2), Social Theory and Practice, s. 327.

³⁴ Dixon, Boxing, s. 331.

³⁵ Dixon, Boxing, s. 337.

Bu noktada dövüş sporlarının amacı, tartışmaların odağında yer almaktadır. Rakibi belirli bir süreliğine müsabakaya devam edemez hale getirmek dövüş sporlarının amacı olarak kabul edildiğinde, dövüş sporları etik bağlamında içinden çıkılması çok zor tartışmalara konu olmaktadır. Özellikle, rakibinin yaralanmasının bir amaç olarak öngörüldüğü durumlarda dövüş sporları etik tartışmaların odağına yerleşmekte³⁶; rakibin iradi bir şekilde yaralanarak, müsabaka dışı bırakılması suretiyle galip gelmenin amaçlanmasının spora için temel değerlerle bağdaşmadığı ileri sürülmektedir³⁷.

Tartışılmaya değer bir diğer husus, amatör ve profesyonel müsabakalar arasındaki farklarda kendini göstermektedir. Boks örneğinde; amatör düzeydeki müsabakalarda, sporcuların daha fazla koruyucu ekipmanla donatılmaları, müsabakaların daha kısa olması gibi sporcuların yaralanma ihtimalini daha aza indiren ve müsabakaların puan farkı ile kazanılmasını yeğ tutan düzenlemelere karşılık profesyonel müsabakaların; galibin genellikle sporculardan birinin oyun dışı bırakılmasıyla belirlenmesine yönelik olarak dizayn edilmiş olması tartışmalara neden olmaktadır³⁸. Bu çerçevede tıp mesleği mensuplarının dövüş müsabakaları sırasında hazır olmaları ve sporculara gerektiğinde müdahale etmeleri tartışma konusu yapılmakta, özellikle müsabakaların gerçekleştirilmesini engellemeye yönelik olarak tıp mesleği mensuplarının müsabakalarda görev almayı reddetmelerinin gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır³⁹.

Dövüş sporları ile ilgili olarak tartışılan diğer bir husus, bunların şiddetin övülmesi aracı olup olmadığına ilişkindir⁴⁰. Bu durum özellikle, kafa koruyucu başlık, özel koruyucu kıyafetler gibi tüm önlemlerin alındığı dövüş sporlarından ziyade daha az önlemin alındığı ve sporcuların yaralanmasına daha müsait olan dövüş sporlarının daha popüler olması ile birlikte düşünüldüğünde anlam kazanmaktadır.

³⁶ Davis, s. 52.

³⁷ Anderson, s. 138-139.

³⁸ Nicholas Dixon; "A Moral Critique of Mixed Martial Arts", 2013, 29(4), Public Affairs Quarterly, 29/4, 2013, s. 369-370.

³⁹ Anderson, s. 136.

⁴⁰ Davis, s. 52.

II. DÖVÜŞ SPORLARINDA MEYDANA GELEN NETİCELERE SEBEBİYET VEREN FİİLLERİN MADDİ CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİNE YÖNELİK GÖRÜŞLER

Daha önce de ifade edildiği gibi dövüş sporlarının karakteristik özelliğini, sporcunun rakibini müsabakaya devam edemeyecek duruma getirmek veya alınan darbelerden daha fazla sayıda darbeyi rakibine vurarak müsabakayı kazanmak oluşturmaktadır. Müsabakayı kazanmak amacına ulaşmak için vurulan darbeler neticesinde bir başkasının yaralanmasının söz konusu olduğu bu faaliyetlerde sporcuların davranışlarının kasten yaralama suçu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim ceza hukuku doktrininde dövüş müsabakalarında meydana gelen yaralanmaların ne şekilde değerlendirileceğine dair birçok farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu kapsamda halen ceza hukuku dogmatığı bakımından güncelliğini koruyan görüşlere yer verilerek⁴¹ konuyla ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

A. Dövüş Sporlarındaki Yaralanmaları Tipiklik Kapsamında Ele Alan Görüşler

1. Hareketin Sosyal Uygunluğu (*Sozialadäquanz*)

Tarihsel süreçte sosyal düzende toplumun geneli tarafından benimsenen ve böylece toplumsal yaşamda önemli sosyal fonksiyonlara sahip hale gelen hareket tarzlarının ceza hukuku bakımından *tipik* haksızlık olarak nitelendirilemeyeceği görüşünün⁴² dövüş sporlarına yansımalarının sonucu

⁴¹ Boks sporu kapsamında rakibine yumruk atan boksörün *kötü niyetli olmaması*, kötü bir iradeyle hareket etmemesi dolayısıyla kasten yaralama suçunun tipikliğinin oluşmayacağına yönelik görüş, modern ceza hukuku anlayışında benimsenen tipiklik ve kast konsepti bakımından kabul edilemez nitelikte olduğu için burada ele alınmayacaktır. Bu görüş hakkında bilgi için bkz., Felix Herzog, “Der Boxer – ein Schläger? Ein Versuch über Strafrechtswissenschaft als Kulturwissenschaft”, 2006, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, s. 685; Dörling, s. 48; Haupt, s. 49-50.

⁴² Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, De Gruyter, 1969, s. 55-58; Reinhart Maurach/ Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teilband I Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Auflage, C.F. Müller, 1992, § 17 kn. 14 vd.; Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker- Humblot, 1996, s. 251. Bilgi için ayrıca bkz. Claus Roxin/ Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2020, § 10 kn. 33 vd. *Welzel* tarafından ortaya koyulan “*sosyal uygunluk*” anlayışı toplum tarafından tarihsel süreç içerisinde sosyal düzenin süregelmesinde benimsenen davranışların ceza hukukunun hukuki menfaat koruması kapsamında nitelendirilemeyeceğine dayanmaktadır. Kanun koyucu ceza hukuku haksızlıklarını tipiklik kapsamında tarif etmekte olup

olarak; dövüş sporlarının icra edilmesi sırasında meydana gelen “kurala uygun” davranışların sosyal uygunluk kapsamında kasten yaralama (ve kasten öldürme) suçları bakımından tipik davranış niteliğine sahip olmadıkları ileri sürülmüştür⁴³.

Hareketin sosyal uygunluğu anlayışı; *kendinde* tipik nitelik arz eden, bir diğer ifadeyle bir suçun kanuni tanımında yer verilen kavramın işaret ettiği unsur oluşturan davranışların “tarihsel süreçte toplum ya da ilgili spesifik faaliyetin ait olduğu alt sistem (*Teilsystem*) tarafından⁴⁴ benimsenmiş olduklarından” bahisle normatif olarak suç tipinin unsurlarının kapsamı dışında bırakılmasına yönelik teorik konsepti ifade eder⁴⁵. Kanun koyucu tarafından ceza hukuku haksızlıklarının tarif edildiği suç tanımlarında esasen sosyal uygunsuzluklara işaret edilmesi dolayısıyla, toplumsal düzende uzun süreden beri benimsenen davranışların hukuka aykırılık değerlendirmesine konu teşkil eden tipik davranış olarak nitelendirilebilmeleri mümkün değildir. Bu itibarla

hareketin sosyal uygunluğundan bahsedildiği hallerde hukuka aykırılık değerlendirmesine esas teşkil eden tipik bir davranış bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, sosyal açıdan uygun hareketler tipikliğinin hukuka aykırılığın karinesini teşkil etme özelliğine sahip değildir, Bilgi için bkz. Heinz Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1970, 82(3), s. 647-650. *Otto*’ya göre ise, sosyal uygunluk tipikliği değil hukuka aykırılığı ortadan kaldırır, Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, De Gruyter, 2004, § 6 kn. 69. Yazar, doktrindeki baskın görüşe mensup yazarların sosyal uygunluğun tipikliği ortadan kaldırdığını izah ederken hareketin sosyal uygunluğuna yorum yoluyla ulaştıklarını, yorum faaliyetiyle hareketin sosyal uygunluğunun belirlenmesi suretiyle tipikliğinin ortadan kalktığının kabulünün ise belirsiz niteliği dolayısıyla isabetli olmadığını ifade etmektedir, Otto, § 6 kn. 71.

⁴³ Maurach/Zipf, § 17 kn. 20; Wolfgang Joecks/ Klaus Miebach/ Bernhard Hardtung, *Münchener Kommentar zum STGB*, 3. Auflage, C.H. Beck, 2017, § 228 kn. 44; Albin Eser, “Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers”, 1978, 11-12, *Juristen Zeitung*, s. 371-372; Zipf, s. 636. *Jescheck/Weigend* da boks sporu sırasında meydana gelen *kurala uygun* nitelikteki davranışlardan kaynaklanan yaralanmaların sosyal uygunluk çerçevesinde ele alınmasına yönelik açıklamada bulunmaktadır, s. 252. Boks sporu bakımından aynı yönde: Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 2. Auflage, Mohr 1975, § 9 kn. 29.

⁴⁴ Dölling, s. 57 vd. Spor, çok katmanlı genel bir sistemsel yapı niteliğindeki toplumsal düzende bir *alt sistem* oluşturmaktadır. Sportif faaliyetler, toplumun geneli tarafından benimsenmiş olup sosyal düzenin bir parçasını oluşturmaktadır.

⁴⁵ Welzel, s. 55 ila 58; Maurach/Zipf, § 17 kn. 14 vd. Bu bağlamda tipikliğinin amaçsal olarak daraltılmasından (*teleologische Reduktion des Tatbestandes*) bahsedilmektedir, *Jescheck/Weigend*, s. 251. Bununla birlikte yazarlar, sosyal uygunluk anlayışının içerik olarak belirsiz niteliği dolayısıyla her zaman tipikliği sınırlandırıcı fonksiyonunun bulunduğu kabul edilemeyeceğini ve bu müesseseye yorum kurallarına başvurulduktan sonra en son aşamada başvurulması gerektiğini ifade etmektedirler, s. 252-253. Aynı yönde: Roxin/Greco, § 10 kn. 41-42.

sosyal açıdan uygun hareketler, tipikliğin hukuka aykırılığın karinesini teşkil etme özelliğini bünyelerinde barındırmazlar. Bu anlayış vasıtasıyla, sosyal gerçeklikle hukuki gerçeklik arasında davranışın değerlendirilmesi noktasında meydana gelecek çelişkinin sosyal gerçeklik lehine giderilmesi sağlanır⁴⁶. Davranışın sosyal uygunluğunun söz konusu olduğu hallerde tipikliğin olduğundan bahsedilemeyeceği için tipiklikten sonraki belirleme aşamasını oluşturan hukuka aykırılık unsuru kapsamında tetkiki gündeme gelecek olan ilgilinin rızasının varlığı veya yokluğu değerlendirilme konusu yapılmaz⁴⁷.

Bir davranış tarzının genel olarak alışılmış, toplum veya ilgili alt sistem tarafından benimsenmiş olması başlı başına sosyal açıdan uygun olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu davranışların sosyal uygunluğunun içerik olarak da kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Dövüş sporları çerçevesinde ortaya çıkan hukuki menfaat ihlallerinin nitelikleri itibarıyla medeni bir toplum düzeni tarafından sosyal açıdan kabul edilebilir oldukları söylenemez. Toplumun bu yönde kabulünün hukuken de yansıma bulması gerekmektedir. Bu nedenle, dövüş sporlarındaki rakibin ciddi bir şekilde yaralanmasına sebebiyet verebilecek tarzdaki davranışların ceza hukukunun ilgilendiği haksızlık türü olarak nitelendirilmemesinin gerekçesi *sosyal uygunluk* olamaz⁴⁸. Bir diğer ifadeyle, karakteristik olarak bünyesinde ciddi ölçüde şiddet olgusunu barındıran dövüş sporlarında⁴⁹ meydana gelen hukuki menfaat ihlallerinin suç teşkil edip etmediğine yönelik sorun; ceza hukuku sistemi tarafından içeriği net bir biçimde tespit edilememiş olan *sosyal uygunluk* müessesesi çerçevesinde çözüme kavuşturulamamıştır⁵⁰. Nitekim

⁴⁶ Welzel, s. 55; Maurach/Zipf, § 17 kn. 14 vd.; Jescheck/Weigend, s. 251; Dölling, s. 56-57; Eser, s. 370. Davranışın sosyal uygunluğu halinde ortada *şekli* olarak tipiklik oluşmakla birlikte *maddi* olarak tipikliğin varlığı reddedilmektedir, Maurach/Zipf, § 17 kn. 21.

⁴⁷ Schmidhäuser, § 9 kn. 29; Eser, s. 370; Zipf, s. 651.

⁴⁸ Hirsch, s. 78; Haupt, s. 84; Roxin/Greco, § 10 kn. 38.

⁴⁹ Kafes dövüşüyle ilgili olarak Haupt, s. 84.

⁵⁰ Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta, 1998, s. 356; Rutz, s. 166-169, Hirsch, s. 75; Haupt, s. 65, 84-85. Nitekim sosyal uygunluk anlayışının mimarı olarak nitelendirilebilecek olan *Welzel* spor faaliyetlerden kaynaklanan yaralanmaları rıza müessesesi çerçevesinde ele alırken (s. 96), yazarın görüşlerinden hareketle sosyal uygunluk anlayışına taraftar olan diğer yazarlar kurala uygun davranışların meydana getirdiği yaralanmaları sosyal uygunluk çerçevesinde ele almaktadır, Maurach/Zipf, § 17 kn. 21. *Herzog* tarafından, *Welzel*'in Alman Ceza Hukuku (*Das Deutsche Strafrecht*) isimli eserinin 1949 yılında yayınlanan 2. baskısının 37. sayfasında boks sporunun hareketin sosyal uygunluğu kapsamında örnek gösterildiği aktarılmaktadır, *Herzog*, s. 686 dn. 39. Bununla birlikte *Welzel*'in eserinin 11. baskısında sosyal uygunluk müessesesine dair yer verilen açıklamalarda bu örneğe rastlanmamakta olup spor müsabakaları kapsamındaki yaralanmalar rıza bahsinde ele alınmak-

hareketin sosyal uygunluğu anlayıŖı; hukuk uygulamasını belirsizliğe sevk edeceği, hukuk uygulayıcısının iradesine kanun koyucunun iradesine nazaran öncelik tanıyan bir fonksiyon yüklediği ve tipikliğin kapsamının belirlenmesi hususunda “örf adet hukukuna” başvurulmasına sebebiyet verecek olması dolayısıyla ceza hukuku tarafından kabulü mümkün olmayan sonuçlara yol açacağından bahisle eleŖtirilmiŖtir⁵¹. Bu itibarla konunun dogmatik olarak daha sağlam temellere sahip olan müesseseler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

2. İzin Verilen Risk

İzin verilen risk (*erlaubtes Risiko*) anlayıŖı; bünyesinde yaŖamsal veya vücut bütünlüğü bakımından riskler barındıran ve tüm güvenlik önlemleri alınmıŖ olsa bile birtakım olumsuz neticelerin ortaya çıkmasından kaçınılabilmesi tamamen mümkün olmayan belirli davranıŖların, sahip oldukları toplumsal fayda dolayısıyla hukuken tanınmasını ifade etmektedir⁵². Bir baŖka ifadeyle, menfaatler dengesi gözetilerek toplumsal yaŖamın sağlıklı bir Ŗekilde devam edebilmesinin sağlanabilmesi için hukuk düzeni tarafından bazı riskli davranıŖların gerçekteŖtirilmelerine izin verilmiŖtir ve bu kapsamda meydana gelen neticeler, izin verilen risk çerçevesinde kiŖiye objektif olarak isnat edilemez⁵³. Hukuk düzeni, bünyesinde rizikodan daha fazla toplumsal menfaat barındıran faaliyetin tamamen yasaklanması cihetine gitmemekte ve barındırdığı risklerin minimize edilmesi koŖuluyla yerine getirilmesine cevaz vermektedir. Bu itibarla, hareketin sosyal uygunluğu anlayıŖından farklı olarak, izin verilen risk kapsamında başvuru olan ölçütler hukuk düzeni tarafından somutlaŖtırılmıŖtır.

Tipikliğin değerlendirilebilir bir unsuru olan objektif isnadiyet kapsamında; kiŖi tarafından meydana getirilen tehlikeyi ortaya çıkaran davranıŖın tipe uygun olup olmadığı ilgili alandaki değerlendirme kriterlerine başvuru olarak tespit edilir. Ampirik olarak rizikoyu meydana getirmesi mümkün olan bir davranıŖın normatif olarak ceza hukuku sorumluluğunu

tadır, Welzel, s. 96. Bilgi için ayrıca bkz. Haupt, s. 69, 76-77.

⁵¹ Hellmuth Mayer, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, 1953, s. 108. Ayrıca bkz. Pecchan, s. 269-271.

⁵² Ünver, s. 11, 67 vd., 354; Michael Kubink, “Strafrechtliche Probleme des Rechtsschutzverzichts im sportlichen Grenzbereich – soziale Adäquanz, erlaubtes Risiko, Einwilligung”, *Juristische Arbeitblätter*, 2003, s. 259.

⁵³ Ünver, s. 357-358.

gerektiren nitelikte olup olmadığı bu suretle belirlenir. Bir diğer ifadeyle, ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmesinin esasını oluşturan *normatif riziko* davranışın haksızlığını gerekçelendirmektedir. Davranışın normatif rizikoyu bünyesinde barındırıp barındırmadığı ise hukuk düzeni tarafından yapılacak değerlendirme sonucunda tespit edilir. Dolayısıyla hukuk düzeni tarafından cezalandırılan davranış, salt ampirik bir tehlikeliliğe sebebiyet veren eylem olmayıp; normatif olarak izin verilen riskin alanının sınırlarını aşan ve bu sebeple hukuken tasvip edilmeyen bir tehlikelilik yaratmış olan davranıştır. Eğer davranış izin verilen risk alanı kapsamındaysa hukuk düzeninin koruma altına aldığı hareket özgürlüğü çerçevesinde kalmaktadır; ancak eğer normatif olarak izin verilmeyen riziko alanına geçilmiş ise artık toplumsal menfaatlerin korunması bakımından ceza hukukunun müdahalesi gündeme gelir⁵⁴.

Bu kapsamda dövüş sporu müsabakalarında katılımcıların uymaları gereken kuralların önceden belirlenmiş olması ve bu kuralların birçoğunun sporcuların yaşamları ve vücut bütünlüklerinin korunmasına yönelik olması dolayısıyla spor faaliyetlerinin *kurala uygun* icra edilmesi sırasında meydana gelen yaralanma ve ölümler izin verilen risk kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁵. Müsabaka sırasında gerçekleştirilen kurala uygun davranış dolayısıyla meydana gelen neticenin ceza hukuku bakımından faile isnat edilebileceği bir davranış bulunmamakta olup kurala uygun hareketler tipik nitelikte değildir⁵⁶. Zira, izin verilen riskin sınırlarının aşılması haksızlığın *pozitif bir şartını* oluşturmaktadır ve bu itibarla izin verilen risk kapsamında

⁵⁴ Wolfgang Mitsch, “Das Erlaubte Risiko im Strafrecht”, Juristische Schulung, 2018, 12, s. 1164 vd.

⁵⁵ Ünver, s. 187, 355; Mitsch, s. 1166; Roland Derksen, “Ultimate Fighting - oder: Setzt das Strafrecht modernen Gladiatorenkämpfen, Grenzen?”, 2000, 4, Zeitschrift für Sport und Recht, s. 142; Wolfgang Schild, Sportstrafrecht, Nomos, 2002, s. 116. *Schild*, hukuken izin verilmiş olan risk alanından (*rechtlich zugelassener Risikosphäre - Risikobereich*) bahsetmektedir. Yazar, 1982 yılında yayınlanan çalışmasında, *özgür iradesiyle spor faaliyetine katılan kişilerin* faaliyetlerinin sorumluluk doğurmayacağına yönelik açıklamalarında hukuktan *çıkarılan alan (rechtsentlassenen Raum)* kavramsallaştırmasını kullanmaktadır. Wolfgang Schild, “Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung (vorwiegend im Fußballkampfspiel)”, 1982, Jura, s.585, 592. *Schild* tarafından 2002 tarihli eserinde, hukuk düzeninden *çıkarılmış alan* ifadesinin sporun hukuk tarafından düzenlenmeye konu edilmediği gibi yanlış bir itiba uyandırması dolayısıyla ilgili kavramsallaştırma kullanılmaktan vazgeçilmiştir, Schild, Sportstrafrecht, s. 114-116.

⁵⁶ Ünver, s. 187, 355; Roxin/Greco, § 11 kn. 67. Ayrıca bkz. Schild, Sportstrafrecht, s.101, 116 vd, 120. Aksi görüş için bkz. Pechan, s. 251 ila 254. *Pechan* tarafından izin verilen risk anlayışının spor faaliyetlerinden kaynaklanan yaralanma ve ölüm neticelerini açıklamaya muktedir olmadığına dair ileri sürülen argümanların başında bu müessesenin müstakil bir içeriğe sahip bulunmadığı ve belirsiz nitelikte olması gelmektedir, s. 252.

kalan hareketlerin hukuka uygunluklarından değil tipe uygun olmadıklarından bahsedilmelidir⁵⁷.

3. Kişinin Kendisini İradi Olarak Tehlikeye Atması (*Handeln auf eigene Gefahr*)

Kişinin kendisini iradi olarak tehlikeye attığı hallerde artık tipikliğin bulunduğu bahsedilemeyeceğini esas alan yaklaşıma göre, dövüş sporu müsabakalarında kurallar dahilindeki hareketler sonucu meydana gelen yaralanmalar **tipik nitelikte değildir**⁵⁸. Dövüş müsabakasına katılan sporcular, müsabakayı kazanmak için rakibe yönelik gerçekleştirmeye çalıştığı hamlelere karşılık, rakibinin de kendisine yönelik hamlede bulunacağını bilmekte ve

⁵⁷ Günther Jakobs; Strafrecht Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2. Auflage, De Gruyter, 1991, 7/39; Roxin/Greco § 11 kn. 65-66. Nitekim hukuka uygunluk sebeplerinin karakteristik özelliği bir *müdahale yetkisi* barındırması olup izin verilen risk kapsamındaki davranış bakımından böyle bir müdahale yetkisinin kullanıldığından bahsedilmesi mümkün değildir. Bu itibarla izin verilen risk çerçevesindeki davranışın hukuka uygunluğundan değil tipik olmadığından bahsetmek gerekir. Aksi görüş için bkz. Eser, s. 370, 372. Eser'e göre, izin verilen risk müessesesi hukuka uygunlukla ilişkilidir ve yazar tarafından "hukuka uygunluk faktörü (*Rechtfertigungsfaktor*)" olarak nitelendirilmektedir. Jescheck/Weigend'e göre, izin verilen risk bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi niteliğinde olmayıp farklı hukuka uygunluk sebeplerinin müşterek yapısal prensibini (*gemeinsames Strukturprinzip*) oluşturmaktadır, s. 401. Öztürk/Erdem, izin verilen riskin "üstün yarar ilkesine dayanan bir hukuka uygunluk nedeni" olduğunu ifade etmektedir, Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin, 2019, s. 303. Kanaatimizce, hukuka uygunluk sebebinin müdahalesi, izin verilen risk alanını aşan ve fakat bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarının bulunduğu hallerde gündeme gelir. İzin verilen risk kapsamında bulunan davranışlar ise; hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi hukuk düzeni tarafından istisnai niteliğe sahip olmaları dolayısıyla benimsenmemişlerdir. Bu davranışlar modelleri hukuk sistemi ve sosyal düzen tarafından kabul edilmiş olup hukuka uygunluk sebeplerinin aksine "istisnai" mahiyette değillerdir.

Belirtmek gerekir ki, kasten gerçekleştirilen davranışlarla bağlantılı olarak objektif isnadiyet konsepti çoğunlukla gerçekleştirilen davranışın araya giren başka sebepler dolayısıyla neticenin failin hakimiyet alanından çıkması örnekleriyle ifade edilmektedir. Bu tarz durumlarda failin hareketi hukukten izin verilen risk alanını aşmış olmasına rağmen meydana gelen netice başka birtakım etkenlerin "eseri" olarak nitelendirildikleri için artık failin hakimiyet alanında olmadıklarından bahisle ona isnat edilemez. Objektif isnadiyet konsepti bağlamında hukuk düzeni tarafından *başından beri* gerçekleştirilmesine imkân tanınmış olan davranışların meydana getirdikleri neticeler de kişiye objektif olarak isnat edilemez. Hukuk sistemi ilgili sosyal ilişkiyi söz konusu ampirik riskler çerçevesinde kurgulamışsa, artık bu ilişkinin gerçekleştirilmesi tipik davranış niteliğinde değildir. Davranışın tipik olmadığı hallerde kişinin kastının yahut taksirinin varlığının tartışılması ise anlamsızdır. Hatta kişinin izin verilen hareket alanında gerçekleştirdiği davranışlar bakımından hangi amaçla hareket ettiğinin de bir önemi yoktur. İzin verilen risk çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar, belli bir neticenin meydana getirilmesi amaçlansa bile ceza hukuku bakımından "ilgisiz" niteliktedir. Zira ceza hukuku, tipik nitelikte olmayan davranışlarla ilgilenmez.

⁵⁸ Jakobs, 7/126.

meydana gelmesi muhtemel yaralanma tehlikesinin bilincinde olup bu riski üstlenmektedir. Buna göre; *dahil olduğu faaliyetin kurala uygun nitelik arz eden karakteristik rizikosuna dair bilgi sahibi olan kişi söz konusu rizikoya katlanmak durumundadır ve bu kapsamdaki mutad yaralanmalar bizzat kişinin kendi davranışına isnat edilmektedir*⁵⁹. Dolayısıyla yaralanmaya sebebiyet veren davranışı gerçekleştiren dövüşçünün hareketiyle ortaya çıkan netice arasında ceza hukukunda objektif isnadiyete esas teşkil edebilmesi mümkün nitelikte bir risk bağlantısı (*Risikozusammenhang*) bulunmamaktadır.

Dövüş sporu müsabakalarında taraflar esasen *kendi karşılıklı davranışlarıyla* yaralanma sonuçlarını ortaya çıkarmakta, bizzat kendilerini tehlikeye maruz bırakmaktadır. Bu tür müsabakalarda taraflar müsabakanın karşı tarafını yaralamanın yanı sıra kendisi de yaralanmaktan sakınmak istemektedir. Dolayısıyla *dövüş müsabakasının* sosyal bağlamı her iki tarafın menfaatleri çerçevesinde tanımlanmakta olup kasten yaralama suçunun tipikliği dışında ele alınmalıdır. *Jakobs*, maksatlı olmayan rıza (*unfinale Einwilligung*) olarak nitelendirdiği rızanın spor müsabakalarında mevcudiyetinden bahsetmektedir⁶⁰. Hukuk düzeninin bu tarz bir müsabakaya katılmak hususunda yetki tanıdığı kimse, karşı tarafın da kendisine yönelik olarak yaralanmasına sebebiyet verebilecek davranışlar gerçekleştireceği bir sosyal faaliyete dahil olduğunu bilmektedir⁶¹. Rızanın final nitelikte olmaması; sporcunun riskli mahiyetteki davranışların sonucunu *istememesi* ve fakat bu sonuçlara katlanmasını, bu sonuçları göze almasını ifade eder. Kişinin dahil olduğu organizasyonun niteliği; meydana gelen yaralanma neticelerine vücut veren davranışların, diğer yaralama davranışlarından farklı olarak değerlendirilmesinin ve neticenin sorumluluğunun bizzat zarar görene isnat edilebilmesinin gerekçesini oluřturur⁶².

⁵⁹ Jakobs, 7/128 kn. 195a.

⁶⁰ Jakobs, 7/128.

⁶¹ Kişinin zarar gören ile birlikte dahil oldukları bir organizasyonel faaliyet kapsamında; kişi tarafından zarar görenin arasallaştırılmadığı ve kişinin zarar görene ait hukuki menfaatleri korumak hususunda özel bir yükümlülüğe sahip bulunmadığı hallerde, sorumluluğun bizzat zarar görenin kendisine isnat edilmesi gerektiğine dair bkz. Manuel Cancio Meliá, “Opferverhalten und objektive Zurechnung”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1999, 111(2), 1999, s. 375 vd., 377. Rizikonun birlikte gerçekleştirilen bir faaliyet kapsamında meydana getirildiği hallerde mağdurun (zarar görenin (!))tamamen kendi yönetiminde olan sürecin varlığı dolayısıyla fail (kişi) bakımından ceza hukuku sorumluluğu doğuran tipik bir eylemin bulunduğundan bahsedilemez, Meliá, s. 376.

⁶² Bu hususta bkz. Meliá, s. 381-382.

Niteliği kendine özgü kurallarla belirlenmiş olan bu faaliyet alanında katılımcıların objektif olarak müsabaka kurallarına uygun davranışı gerçekleştirirken subjektif olarak kurala uygun davranmadıklarını düşünmelerinin herhangi bir önemi yoktur. Bir başka anlatımla, katılımcının davranışı spor faaliyetinin icrasına yönelik öngörülmüş olan kurala uygunsa, bir diğer anlatımla ilgili sporun karakteristik nitelikteki riski kapsamında (*sportartspezifisches Grundrisiko*) bulunuyorsa artık katılımcının bu konudaki subjektif telakkisinin önemi bulunmaz⁶³. Kurallarla düzenlenmiş olan dövüş müsabakası faaliyetinin oluşturduğu *sosyal ilişkinin (sozialer Kontakt)* kendi yapısı içerisinde bulunan kurala uygun davranışlar, katılımcının da bu davranışlara *önceden* dolayılı (*mittelbar-unfinal*) olarak rıza göstermiş olması sebebiyle artık tipik davranış olarak nitelendirilemez⁶⁴. Kişinin halihazırda sahip olduğu riziko bilgisi kapsamında, dahil olduğu sosyal ilişkinin karakteristik özellikleri çerçevesinde meydana gelebilecek neticelere dair riskleri üstlenerek dahil olduğu bu organizasyonlarda, daha önceden kurallar kapsamında öngörülmüş olan rizikonun çerçevesi dahilinde ortaya çıkan neticelerden kaynaklanan sorumluluk bizzat netice üzerinde meydana gelen katılımcıya isnat edilmektedir. Nitekim yaralama sonucunu doğuran hareketi gerçekleştiren kişinin davranışının değerlendirilmesi sırasında ilgili organizasyon dikkate alınmak suretiyle sporcunun diğer sporcuya üzerinde kurallar kapsamında gerçekleştirdiği davranışların meydana getirdiği neticeler kendisine isnat edilemez⁶⁵.

⁶³ Dolayısıyla sporcuya müsabakaya rakibini öldürmek için çıkmış olsa bile; dövüş sporunun kurallarına uygun hareket ettiği sürece meydana gelen ölüm neticesi dolayısıyla ceza huku-ku sorumluluğu bulunmaz. Spesifik olarak dövüş sporlarıyla bağlantılı olmaksızın, kişilerin birlikte dahil oldukları organize faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar kapsamında meydana gelen neticelerin objektif olarak isnat edilemeyeceğine ve bu itibarla kişinin bu kapsamdaki davranışı gerçekleştirirken subjektif telakkisinin ne olduğunun önemi bulunmadığına dair belirlemeler için bkz. Meliá, s. 377-378. Aksi görüş için bkz. Zipf, s. 634-635. Boksörün bir diğer boksörü kurala uygun hareketler kapsamında yaralamasını ve hatta öldürmesini sosyal uygunluk kapsamında ele alan Zipf'e göre; darbesi spor kurallara uygun olmasına rağmen rakibini öldürmek amacıyla hareket eden boksör yumruğu dolayısıyla rakibinin ölmesi halinde ölüm neticesinden sorumlu olur. Yazar, sosyal uygunluğun, amaçlı bir şekilde gerçekleştirilen hukuki menfaat ihlallerini *maskeleyemeyeceğini* ifade etmektedir, Zipf, s. 635.

⁶⁴ Jakobs, 7/128.

⁶⁵ Andreas Donatsch, "Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers", Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1990, 107(4), s. 405. Doping kullanan bir sporcunun rakibinin vücut bütünlüğüne zarar verici mahiyetteki davranışları ise, doping kullanımının kurallara aykırı teşkil etmesinden ötürü tipik nitelikte yaralamaya vücut verir, Donatsch, s. 405; Rutz,

Bu görüşe göre, özgür iradesiyle vücut bütünlüğü bakımından riskli sonuçlar doğurmaya elverişli nitelikteki dövüş sporu faaliyetine katılan ve kendi davranışının da neticenin meydana gelmesinde etkisi bulunan kişinin yaralanması kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturmaz. Boks ringine çıkan boksörün vücut dokunulmazlığının ihlali sonucunu doğurması mümkün olan riskli nitelikteki faaliyete katılmaya yönelik rızasıyla bağlantılı ortaya çıkan neticeler, zarar görenin bizzat kendi davranışının da dahliyle rizikoyu meydana getirmesi dolayısıyla objektif olarak isnat edilemez. Dövüş sporu katılımcısının aldığı yaralayıcı darbelere, müsabakaya katılmak suretiyle gösterdiği rıza ve katılan faaliyetin kurumsallaşmış sosyal niteliği kapsamında yaralanmaya (veya ölüme) vücut veren davranışların tipik nitelikte olmadıkları ifade edilmektedir. Dolayısıyla tipikliğin oluşmasını engelleyen rıza (*Einverständnis*)⁶⁶ ve birlikte gerçekleştirilen faaliyetin kapsamında bulunan izin verilen riskin sınırlarıyla bağlantılı olarak objektif isnadiyet müesseseleri çerçevesinde, katılımcının kendi davranışıyla tehlikeyi yaratmış olduğundan bahisle meydana gelen neticelerin isnadiyet kapsamı dışında bulunmaları dolayısıyla tipik olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁷.

Kanaatimizce kişinin iradi olarak kendisini tehlikeye atmasını esas alan bu yaklaşım; dövüş sporları organizasyonlarında meydana gelen ciddi nitelikteki yaralanma ve hatta ölüm neticelerinin neden ceza hukukuna konu edilmediğini gerekçelendirmek bakımından yeterli değildir. Nitekim dövüş sporlarında meydana gelen neticeler, yaralanan kişinin kendisini iradi olarak tehlikeye atması olarak değil (*Selbstgefährdung*) bir üçüncü kişinin yaralayıcı hareketi gerçekleştirilmesi (*Fremdgefährdung*) sebebiyle meydana gelmektedir⁶⁸. Bu belirlemenin bir diğer önemi, dövüş sporları kapsamındaki tehlikeliliğin kişinin kendisini bilerek riske maruz bırakması olarak nitelendirilmesi halinde, modern devlet anlayışı çerçevesinde bireyin kendisini tehlikeye maruz bıraktığı davranışların hukuki menfaat ihlali kapsamında cezalandırılabilmesinin mümkün olmamasıdır⁶⁹. Ancak

s. 326.

⁶⁶ Hukuka uygunluk sebebi olan rıza (*Einwilligung*) ile tipikliği ortadan kaldıran rıza (*Einverständnis*) arasındaki farklara ilişkin olarak bkz Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Vahlen 2017, § 9 kn. 20 vd.

⁶⁷ Meliá, s. 385.

⁶⁸ Haupt, s. 169; Pechan, s. 105-106. Spor faaliyetlerinin hukukiliğine ilişkin olarak “kişinin kendisini tehlikeye atması - bir başkası tarafından tehlikenin oluşturulması” ayrımını esas alan açıklamalara yönelik eleştiri için bkz. Schild, *Sportstrafrecht*, s. 69 vd.

⁶⁹ George Freund/ Frauke Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre*, 3.

bahsedildiği gibi bu faaliyetlerin “kişinin kendisini” tehlikeye atması olarak değerlendirilebilmeleri mümkün değildir. Kişinin kendi yaralanmasına veya ölümüne başkası tarafından katkı sunulmasına rıza göstermesi bu faaliyete katkı sunan üçüncü kişinin hiçbir koşulda sorumluluğunun bulunmamasını sağlamaz.

B. Dövüş Sporlarında Meydana Gelen Yaralanmaları Hukuka Aykırılık Unsuru Kapsamında Ele Alan Görüşler

Doktrinde spor faaliyetlerinde meydana gelen yaralanmaların tipiklik kapsamında çözüme kavuşturulmasına dair çözüm önerilerinin isabetli olmadığı ve sorunun suçun hukuka aykırılık unsuru çerçevesinde ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁰. Bu başlık altında dövüş sporları faaliyetleri sırasında meydana gelen neticelerin “hukuka uygun” olduğuna dair ileri sürülen görüşler ele alınacaktır.

1. Dövüş Sporlarındaki Yaralanmaların Rızanın Varlığı Dolayısıyla Hukuka Uygunluğu

Dövüş sporlarında sporcuların *kurala uygun* davranışlarının sonucu olarak meydana gelmesi kaçınılmaz nitelikteki yaralanmaların, katılımcının rızasının varlığı dolayısıyla hukuka uygun olduğuna dair görüş doktrinde ağırlıklı savunulmaktadır⁷¹.

Katıldıkları sportif faaliyetin kuralları kapsamında karşılıklı olarak birbirlerine yönelik darbe vuracaklarına dair bilgi sahibi olan sporcuların

Auflage, Springer 2019, § 1 kn. 53.

⁷⁰ Haupt, s. 264.

⁷¹ Adolf Schönke/ Horst Schröder/ Detlev Sternberg-Lieben; Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C. H. Beck, 2019, § 228 kn. 27; Kubink, s. 260, 262; Haupt, s. 189-190. 222; Donatsch, s. 421-423. Ancak *Donatsch*, dövüş sporlarında kurala uygun davranışlar sonucunda meydana gelen yaralanmaların, zarar görenin kendi sorumluluk alanında bulunan ve hesaplanabilir nitelikteki bir riskten kaynaklı olarak ortaya çıktığı hallerde artık kasten yaralama suçuyla amaçlanan korumanın kapsamında bulunan cezalandırılabilir bir davranış bulunmadığını ifade etmekte; bu sonuca ulaşılırken yaralamaya vücut veren davranışın tipik olarak addedilmemesi ile hukuka aykırı olmaması arasındaki açıklama farklılıklarının sonuca etkili olmadığını ileri sürmektedir, s. 428. Ayrıca bkz. Hans-Ludwig Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Heymann, 1983, s. 349-350. *Günther* rızanın, davranışın cezaya layık (*Strafwürdigkeit*) addedilmesini sağlayan haksızlık seviyesini ortadan kaldırdığını ve böylece “ceza hukuku haksızlığı” olarak nitelendirilemeyeceğini ancak davranışın haksızlık niteliğini korumasının mümkün olduğunu belirtmektedir, Günther, s. 347-350.

iradesine “kendi kaderini tayin etme hakkı (*Selbstbestimmungsrecht*) ve kişiliğini serbestçe geliştirme hürriyeti (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*)” çerçevesinde değer izafe edilmekte⁷² ve sporcuların dövüş sporu kapsamında neticeyi meydana getirebilecek nitelikteki hareketlerin gerçekleştirilmesine yönelik rızası geçerli kabul edilmektedir⁷³. Bu görüşe göre, dövüş sporlarında meydana gelen *tipik* yaralanmalar hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızanın (*Einwilligung*) varlığı dolayısıyla hukuka uygundur. Nitekim bu görüş kapsamında; boksörün rakibini nakavt etmek için onun çenesine vurduğu aparkat tipik bir kasten yaralama eylemidir ancak bu tipik yaralama eyleminin değersizliği hukuka uygunluk sebebi olan rızanın varlığı dolayısıyla “nötralize” edilmektedir⁷⁴.

Her ne kadar dürüst bir sporcu en az sayıda darbe alarak karşılaşmayı kazanmayı amaçlasa da; dövüş sporu müsabakasına katılmak suretiyle rızasını açıklayan⁷⁵ sporcu kurallar dahilindeki müdahaleler dolayısıyla maruz kalabileceği yaralanmaları öngörmekte ve kabullenmektedir. Dolayısıyla dövüş sporu faaliyetleri çerçevesinde rızanın iradi momentini istemek değil *göze almak, katlanmak* oluşturmaktadır⁷⁶.

Dövüş sporları kapsamında ilgilinin rızasına istinaden gerçekleştirilen yaralama davranışı prensip olarak ahlaka aykırı nitelikte de değildir. Alman Ceza Kanunu § 228 hükmüne göre; bir kimseyi rızasına istinaden yaralayan kişinin fiili, bu davranış rızanın varlığına rağmen “*ahlaka aykırı*” olarak nitelendirilebiliyorsa, hukuka aykırıdır. Bir başka ifadeyle, kişinin rızasına binaen yaralanması halinde, meydana gelen yaralanma ahlaka aykırı addedilmiyorsa, fiil hukuka uygundur. Alman Ceza Kanunu § 228 düzenlemesinin önceki halini oluşturan § 226a hükmünün getiriliş amaçlarından birinin spor faaliyetlerinde meydana gelen yaralanmalara

⁷² Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben; Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff., kn. 33, 33a; Pechan, s. 103-104, 108.

⁷³ Hirsch, s. 79; Pechan, s. 111.

⁷⁴ Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel; Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos, 2017, § 228 kn. 109.

⁷⁵ Rızanın açıklanmasına ilişkin olarak bkz. Pechan, s. 113-117.

⁷⁶ Haupt, s. 167-168, 197. Nitekim boks müsabakasında bir boksörün yaralanmayı *istediğinden* değil ama sporun karakteristik risklerini göze aldığından bahsedilebilir. Zira boksör rakibinden darbe almamak ve bu surette yaralanmamak için elinden geleni yapar; ancak bir boks müsabakasını hiç darbe almadan tamamlamak son derece istisnai bir durumdur. Bu husus *Jakobs* tarafından dolaylı, final olmayan rıza (*mittelbar-unfinale Einwilligung*) olarak ifade edilmektedir.

ilişkin sorunların hukuken çözüme kavuşturulmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir⁷⁷. Spor faaliyetlerinde kurala uygun davranışlar ve spesifik olarak dövüş sporlarındaki bu kapsamdaki hareketler dolayısıyla meydana gelen yaralanmaların rıza çerçevesinde ele alınması gerektiğini ileri süren bu görüşe göre; rıza gösterilen yaralama davranışı ahlaka aykırı nitelikte olmadığı müddetçe hukuka uygunluk sebebi teşkil eder⁷⁸. Yaralamanın “ahlaka aykırılığının” belirlenmesindeki temel ölçütlerden birini hukuki menfaat ihlalinin yoğunluğu çerçevesinde meydana gelmesi muhtemel neticenin ağırlığı oluşturmaktadır⁷⁹. Hukuk düzeni ahlaka aykırılık kriteri vasıtasıyla; toplumun genel menfaatinin korunması adına, bireyin iradesine davranışı hukuka uygun hale getiren bir etki tanımaz. Bir diğer anlatımla, bireyin kendi kaderini tayin etme hakkı çerçevesinde ortaya koyduğu rızanın geçerliliğinin sınırını yaşam bakımından ciddi risk oluşturabilecek veya süreklilik arz edecek nitelikteki yaralanmalara yönelik davranışlar çizmektedir. Hukuk düzeni tarafından kişilerin vücut bütünlüklerinin korunmasında aynı zamanda münferit bir kimsenin bireysel yararından üstün olan toplumsal bir menfaatin de varlığı kabul edilmektedir⁸⁰. Bu çerçevede mağdurun yaşamsal olarak ciddi tehlikelilik barındıran yaralanmalara göstermiş olduğu rıza, failin davranışını hukuka uygun hale getirmez. Bir diğer ifadeyle, mağdurun rızasının varlığına rağmen yaralanmanın *ağırlığı* itibarıyla *ahlaka aykırı* olduğu hallerde davranış hukuka aykırıdır⁸¹.

Yukarıda yapılan açıklamalar, boks ve kafes dövüşü sporlarının icrasından kaynaklanan ağır yaralanma ve ölüm neticelerinin ahlaka aykırı olduklarından bahisle hukuka uygun olarak nitelendirilememeleri sonucuna

⁷⁷ Bilgi için bkz. Haupt, s. 152-153, 156-157.

⁷⁸ Müsabaka sırasında doping kullandığı tespit edilen dövüşçünün davranışları ise Alman Ceza Hukuku bakımından, “ilgilinin rızasının ahlaka aykırılığı” dolayısıyla hukuka uygun nitelikte değildir, Eser, s. 369. Doping kullanılması halinde; rekabetin haksız bir şekilde etkilenmesi ve dürüst müsabaka gerçekleştirme imkanının ortadan kaldırılması dolayısıyla rakip sporcunun geçerli bir rızasının varlığından bahsedilemeyeceğine dair ayrıca bkz. Hirsch, s. 81-82. Dopingün sporun felsefesine aykırılığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Schild, Sportadäquanz, s. 167-168.

⁷⁹ Alman ceza kanununda yer verilen “ahlaka aykırılık” kriterinin içeriği hakkında bilgi için bkz. Joecks/ Miebach/ Hardtung, § 228 kn. 24; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 228 kn. 17-18.

⁸⁰ Söz konusu toplumsal menfaat genel önlemenin sağlanması ve kaos ortamının ortaya çıkmasının engellenmesine yöneliktir. Bundan dolayı bireyin kendi vücut bütünlüğü üzerindeki otonomisi sınırsız değildir, Joecks/ Miebach/ Hardtung, § 228 kn. 20 ila 23.

⁸¹ Pechan, s. 287-288, 292-293.

ulaşılmasını zorunlu kılmaktadır. Doktrinde bu sporların kurala uygun olarak icrası dolayısıyla meydana gelen ağır neticelere sebebiyet veren davranışların hukuka uygun olduğunu savunan görüş; yaralanmanın ahlaka aykırılığının belirlenmesinde hukuki menfaat ihlalinin ağırlığı kriteriyle birlikte davranışın gerçekleştirilmesinde *izlenen amaç* kriterinin de değerlendirilmesi gerektiği ileri sürmüştür⁸². Buna göre, ilgilinin rızasına istinaden gerçekleştirilen ve ağır nitelikte bir yaralanma sonucunu doğuran davranış, davranışın gerçekleştirilmesiyle izlenen amaç hukuk düzeni tarafından tanınan bir amaca (*rechtlich anerkannter Zweck*) yönelik ise ahlaka aykırı olarak nitelendirilemez⁸³.

Prensip olarak spor faaliyetlerinin icrası sırasında meydana gelen yaralanmaların sosyal uygunluk anlayışı esaslarına göre tipiklik kapsamı dışında bulunduğunu düşünen *Dölling*'e göre⁸⁴; katılımcıların birbirlerine karşı darbeler vurarak müsabakayı kazanmayı amaçladıkları, bu sebeple ciddi yaralanma ve hatta ölüm riskini bünyesinde barındıran *dövüş sporları* kapsamındaki kurala uygun davranışlar açısından sosyal uygunluk uygulama alanı bulmaz⁸⁵. Boks müsabakalarında meydana gelen neticelerin sebebiyet verdiği hukuki menfaat ihlallerinin, nitelikleri itibarıyla toplum tarafından önemsiz addedilmeleri mümkün olmayıp sosyal uygunluk anlayışı kapsamında mütalaa edilemez. Zira söz konusu yaralanmaların sosyal uygunluk kapsamında değerlendirilmesini gerekçelendiren “mağdurluk sınırı (*Opfergrenze*)” aşılmış bulunmaktadır. Bu itibarla bir boksörün ya da *kafes dövüşçüsünün* rakibine yönelik darbeleri kasten yaralama suçunun tipikliğini meydana getirir⁸⁶. *Dölling*'e göre, sosyal uygunluk anlayışının geçerli olmadığı boks sporunda (ve diğer dövüş sporlarında) boksörün davranışı, müsabakaya katılma iradesi gösteren rakip boksörün bu iradesinin ifade ettiği rıza çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu davranışlar tipik fakat istisnai olarak “hukuka uygun” niteliktedir⁸⁷. Darbeyi vuran boksörün davranışına yönelik rızasını, müsabakaya katılmak suretiyle açıklayan rakip boksörün iradesiyle “davranışın yasaklılığı” ve böylece davranışın icrasına yönelik

⁸² Kubink, s. 263-264; Pechan, s. 333.

⁸³ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 228 kn. 18.

⁸⁴ Dölling, s. 57 ila 60.

⁸⁵ Dölling, s. 64-65.

⁸⁶ Dölling, s. 64.

⁸⁷ Davranışın sosyal uygunluğundan bahsedildiği hallerde ise artık tipik nitelikte olduğundan bahsedilemez.

ceza hukuku koruması ortadan kalkar. Böylece boksörlerin ortaya çıkabilecek ağır nitelikteki yaralanma riskleri ve yaşamsal tehlikelilik bakımından; spor kuralları çerçevesinde birbirlerine darbe vuracakları hususundaki karşılıklı iradeleri ile sporun icrasının hukuk düzeni tarafından tanınmasını ve devlet tarafından desteklenmesini sağlayan üstün toplumsal amaçlılık çerçevesinde fiil hukuka uygun addedilmektedir⁸⁸. Bu amaca ulaşılmasındaki sosyal menfaatin hukuk düzeni tarafından kabul edilmesi, rızaya hukuken geçerlilik tanınmasını sağlar⁸⁹. Dolayısıyla boks örneğinde olduğu gibi, kasten yaralama niteliğini haiz şekilde doğrudan rakibe vurulan *kurala uygun* mahiyetteki darbeler hukuka uygun niteliktedir⁹⁰.

Sporcunun vücut bütünlüğünün korunmasına dair öngörülen kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen davranışların ise ilgilinin rızası kapsamında hukuka uygun olduklarından bahsedilemez⁹¹. Bu itibarla boks örneğinde; boksörün rakibine kafasıyla vurduğu darbeler, bel hizasından aşağıya vurulan yumruklar ya da rakibin ısırılması gibi kural dışı hareketlerin meydana getirdiği yaralanmalar hukuka uygun nitelikte değildir⁹².

Rızanın geçerliliğinden bahsedilebilmesi için kişinin rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Buna göre, meydana gelebilecek yaralanmaların sebebiyet vereceği hukuki değer ihlallerinin önem ve değerini bilen, bu hususu isabetli bir şekilde anlamlandırabilen kişinin rızası geçerliyken; hukuki menfaat ihlalinin mahiyeti hakkında sağlıklı bir muhakemede bulunması

⁸⁸ Rutz, s. 209 vd.; Donatsch, s. 421-422.

⁸⁹ Dölling, s. 64; Derksen, s. 143. *Welzel* ise, spor türleri bakımından herhangi bir ayrıma gitmeksizin spor müsabakalarında yaralanmayı meydana getiren davranışı hukuka uygun hale getiren rızanın varlığından bahsetmektedir, *Welzel*, s. 96.

⁹⁰ Dövüş sporları faaliyetleri esnasında meydana gelen yaralanmaların ilgilinin rızasının varlığı dolayısıyla hukuka uygun nitelikte olduğunu ileri süren *Rutz* 'a göre, rızanın müsabaka boyunca aktüel olarak bulunduğu tespit de bir problem teşkil etmez. Örneğin boks sporunda boksörün *köşesinin* havlu attığı hallerde spor kuralları kapsamında köşesi havlu atan boksörün rızasının geri alınması söz konusudur, *Rutz*, s. 221; *Hirsch*, s. 80; *Haupt*, s. 211. Kafes dövüşünde ise, dövüşçünün zemine iki kere vurması (*Tap Out*) müsabakayı sonlandırmak istediği anlamına gelmektedir ve rızanın geri alınmış olmasını ifade eder, *Derksen*, s. 142.

⁹¹ *Pechan*, s. 195. Spor faaliyetlerinin icrası sırasında hafif mahiyette kural ihlallerinde (*leichte Regel verstöße*) bulunmanın kaçınılmaz olması dolayısıyla bu nitelikteki davranışların “sosyal olarak uygun” oldukları ve tipik addedilemeyeceğine dair bkz. *Maurach/Zipf*, § 17 kn. 23; *Zipf*, s. 636; *Kühl*, § 4 kn. 48; *Joecks/ Miebach/ Hardtung*, § 228 kn. 44. Spor dalının kurallarının ihlali dolayısıyla meydana gelen “hafif” nitelikteki yaralanmaların “izin verilen riziko” kapsamında olduğuna dair, *Roxin/Greco*, § 24 kn. 108.

⁹² *Hirsch*, s. 79.

mümkün olmayan kişilerin rızaları hukuken geçerli değildir.

Dövüş sporları kapsamında kurala uygun olarak gerçekleştirilen davranışlar sonucunda meydana gelen yaralanmaların ilgilinin rızasının varlığı dolayısıyla hukuka uygun olduğu anlayışını eleştiren *Maurach/Zipf*'e göre ise; spor faaliyetlerinde meydana gelen yaralanma ve ölüm neticelerini rıza müessesesi çerçevesinde çözüme kavuşturmaya yönelik girişim hatalıdır⁹³. Nitekim toplumda kurumsallaşmış bir niteliğe bürünmüş olması dolayısıyla objektif bir karaktere sahip spor faaliyetleri kapsamında meydana gelen yaralanmaların ceza hukuku uygulaması dışında tutulması, somut olay esaslı ve bireysel nitelikteki “rıza” müessesesi vasıtasıyla açıklanamaz. Bu açıklama girişimi kapsamında rızanın varlığı tamamen standart ve fiktif olarak kabul edilmektedir. Zira sporcunun rızasının geçerli olabilmesi için rıza iradesini gösterme yeteneğinin her an aktüel olarak bulunmakta olduğu belirlenebilir değildir⁹⁴. Dolayısıyla rızanın mağdurun iradesini esas alan temel karakterinden uzaklaşarak genelleştirilmesi, rıza kurumunun esaslarıyla bağdaşmamaktadır.

Kanaatimizce, rızanın aktüelliği ve açıklanmasına ilişkin olarak getirilen eleştiriler isabetli değildir. Zira dövüş sporuna katılmak suretiyle iradesini dışa vuran sporcunun rızasının varlığı hususunda herhangi bir problem bulunmamaktadır. Müsabaka devam ettiği müddetçe iradesi herhangi bir sebeple ortadan kalkmayan sporcunun rızası aktüelliğini korumaktadır. Dövüş sporlarında sporcuların rızalarının geçerli olmamasının sebebini rızanın konusu oluşturmaktadır. Vücut bütünlüğünü ciddi nitelikte yaralanma tehlikesine maruz bırakan ve hatta ölüm riski barındıran bu tarz bir faaliyette rakip sporcu tarafından gerçekleştirilen davranışlara yönelik rıza bu hareketlerin hukuka uygun addedilebilmesini sağlamaz⁹⁵. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği kapsamda da rızanın geçerli olabilmesi için, davranışın ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁹⁶. Oysa kişinin vücut bütünlüğünü ve yaşamını ciddi biçimde tehlikeye maruz bırakmak ya da zarara uğratmak

⁹³ Maurach/Zipf, § 17 kn. 20.

⁹⁴ Maurach/Zipf, § 17 kn. 20. Ayrıca bkz. Schild, Sportstrafrecht, s. 99 vd.

⁹⁵ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin, 2016, s. 347; Ünver, s. 187.

⁹⁶ TCK m. 26, f. 2: “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

suretiyle ihlal eden davranışlara “rıza” gösterilebilmesi, muhatabın bu hukuki menfaatlerin bir başkası tarafından kasten ihlal edilmesine dair tasarrufta bulunması mümkün olmadığı için geçerli değildir⁹⁷. Zira bu menfaatler rızanın konusunu oluşturamazlar ve kişinin, vücut bütünlüğünü yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde yaralayıcı davranışlarla ihlaline yönelik rızası geçerli değildir⁹⁸. Bir diğer anlatımla, hukuk düzeni bireylere, ciddi bir şekilde yaralanmalarına ve ölmelerine sebebiyet verecek davranışlara yönelik bir tasarrufta bulunma yetkisi tanımamıştır. Dolayısıyla profesyonel boksörlerin ya da kafes dövüşü sporcularının “ölümü göze almalarından” bahsedilmesi; kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunmasının mümkün olmaması dolayısıyla konusu itibarıyla geçerli bir rıza olarak değerlendirilemez⁹⁹.

Kafes dövüşü ve boks gibi ciddi yaralanmalara gebe nitelikteki spor dallarının icrası kapsamında gerçekleştirilen davranışların, yalnızca ilgilinin rızasının varlığı dolayısıyla hukuka uygun olacağı görüşü başka birtakım mahzurları da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim bu tarz faaliyetlerin icrasının kişilerin vücut bütünlükleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkileri kapsamında açıklanması; kendi kendilerine organize olmuş ve kendi imkanlarıyla dövüş organizasyonu düzenleyen kişilerin davranışlarının da hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi sonucunu doğurması dolayısıyla sakıncalıdır. Örneğin, üniversite öğrencilerinin kendi aralarında organize olarak düzenledikleri boks müsabakaları sırasında başına aldığı darbenin etkisiyle hayati tehlike geçiren A’ya vuran B’nin davranışının, salt B’nin rızasının varlığı dolayısıyla hukuka uygunluğundan bahsetmek mümkün değildir.

Dövüş sporlarının icrası dolayısıyla ortaya çıkması mümkün olan neticelerin ağırlığı göz önüne alındığında bu faaliyetin ceza hukuku tarafından sorumluluk kapsamı dışında bırakılması tamamen katılımcıların iradesiyle

⁹⁷ Soyaslan, s. 347; Ünver, s. 347; Jescheck/Weigend, s. 590. Kafes dövüşünün sporcuların ciddi biçimde yaralanmalarına yönelik riski önleyici nitelikteki koruyucu önlemlerin eksikliği dolayısıyla ahlaka aykırı olarak değerlendirilebileceği ve bu nedenle sporcuların rızalarının geçersizliğine dair bkz. Joecks/ Miebach/ Hardtung, § 228 kn. 45; Kubink, s. 257 vd. Bununla birlikte, aynı mülahazanın neden profesyonel boks müsabakaları bakımından geçerli olamayacağı yanıtız kalmaktadır. Her ne kadar boks sporunda, sporcuların uyması gereken daha çok kural bulunsu da; meydana gelebilecek ağır yaralanmaların önlenmesi bakımından yeterli güvenlik önlemlerinin bulunup bulunmadığı ciddi derecede şüphelidir.

⁹⁸ Kubink, s. 264, Ünver, s. 187. Boks sporu bakımından aksi görüş için bkz. Rutz, s. 210-211, 251-252, 326.

⁹⁹ Nitekim Alman Hukuku’nda da bu tarz bir rıza “ahlaka aykırı” olduğu gerekçesiyle davranışı hukuka uygun hale getirmez, Paeffgen /Zabel, § 228 kn. 109b.

gerekçelendirilemez. Bunun yanında faaliyetin icrasını meşru kılan gerekçelere ve sporcuların ağır bir şekilde yaralanmalarına yönelik riski minimize etmeye yönelik bir kurallar sisteminin bulunmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

2. Dövüş Sporlarının İcrası Dolayısıyla Meydana Gelen Yaralanmaların Ağır Basan “Toplumsal Menfaat” Dolayısıyla Hukuka Uygunluğu

Davranışın sosyal uygunluğunu (*Sozialadäquanz*) bir hukuka uygunluk sebebi olarak addeden *Gropp* tarafından ileri sürülen görüşe göre; boks sporunda boksörün rakibine vurduğu spor kurallarına uygun mahiyetteki darbe kasten gerçekleştirilmiş bir yaralama (ya da öldürme) davranışıdır¹⁰⁰. Bu itibarla meydana gelen yaralanma ve ölüm neticeleri tipik mahiyettedir. Ancak kurala uygun davranış ve bu davranış dolayısıyla meydana gelen yaralanma ve ölüm neticeleri, sonuçları itibarıyla insan sağlığı bakımından tehlikelilik barındıran ilgili spor faaliyetinin icrasında mevcut bulunan kamusal menfaat dolayısıyla hukuka uygundur¹⁰¹. Dolayısıyla hukuk düzeni tarafından dövüş sporunun icrası dolayısıyla elde edilen toplumsal menfaat, sporcuların vücut bütünlükleri ve yaşamlarının zarar görmesi nedeniyle meydana gelen hak ihlallerine kıyasla daha ağır basmaktadır¹⁰². *Gropp* açıklamalarının devamında, söz konusu kamusal menfaati boks sporunun ilgi çekiciliği (*Attraktivität des Boxsportes*) olarak somutlaştırmaktadır¹⁰³. Bu görüşte, boks sporunun kurala uygun olarak icrası dolayısıyla meydana gelen neticelerin, spor faaliyetinin bünyesinde barındırdığı daha üstün menfaat dolayısıyla sosyal açıdan uygun olduğu ve kasten yaralama, kasten öldürme suçları bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul edilmektedir. Ancak bu gerekçenin tek başına, bir kimsenin ağır bir şekilde yaralanması ya da ölmesine sebebiyet veren eylemi hukuka uygun addetmek için yeterli olmadığı belirtilmelidir. Zira birey açısından ortaya çıkan neticelerin ağırlığı, salt toplumun tarihsel perspektifte geliştirdiği yoğun ilgiyle gerekçelendirilen üstün menfaatin kabulünü imkânsız kılmaktadır.

¹⁰⁰ Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, 2015, § 5 kn. 424-425, 427.

¹⁰¹ Gropp, § 5 kn. 426.

¹⁰² *Gropp* söz konusu toplumsal menfaatten bahsederken manidar bir şekilde Latince bir deyim olan “*panem et circenses*” ifadesini kullanmaktadır, Gropp, § 5, kn. 426. Türkçe karşılığı “ekmek ve sirk oyunları” olan bu deyiş, Roma İmparatorluğunda vatandaşların Devlet eliyle eğlenmeleri sağlanarak ayaklanmalarının engellenmesine yönelik politikasına yönelik yapılan bir taşlamayı ifade etmektedir.

¹⁰³ Gropp, § 5 kn. 429 Ancak belirtmek gerekir ki yazar ulaşılan bu sonucun ikna ediciliğinin düşük olduğunu ve fakat toplumsal gerçeklikle daha çok örtüşüğünü belirtmektedir, § 5 kn. 429.

3. Sportif Faaliyetlerin Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Kapsamında Hukuka Uygunluğu

Türk doktrinindeki baskın görüü spor faaliyetlerin icrasının hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında mütalaa etmektedir¹⁰⁴. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Hakkını kullanan kişinin davranışı dolayısıyla bir başkası zarar görmüü olsa bile hukuk düzeni tarafından bu hakkın kullanılması olarak nitelendirilen davranış hukuka uygun olarak nitelendirilmektedir. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilebilmesi için; kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen bir hakkın bulunması, hakkın kullanılması suretiyle bir suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşması ve hakkın kötüye kullanılmaması gerekmektedir¹⁰⁵. Avusturya doktrininde de toplum tarafından tanınmış bir sportif faaliyetin yerine getirilmesinin hukuka uygun olduğu ileri sürülmüştür (*Rechtfertigungsgrund der „anerkannten Sportausübung“*)¹⁰⁶.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin, dövüü sporlarının icrasının esasını teşkil ettiğinin kabulü halinde söz konusu hakkın kaynağının ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Türk Doktrininde *Demirbaş*; sportif faaliyetlerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınmasının esasını; devletin spor tesisleri yapmak, müsabakaları organize etmek ve ödülleri koymak gibi yollarla bu faaliyetleri teşvik etmesinin oluşturduğunu belirtmektedir¹⁰⁷. Böylece devlet tarafından sporun icrasına “zımnen” müsaade edilmiş olmaktadır¹⁰⁸. *Hakeri* ise; spor faaliyetlerinin 3289 sayılı ve 21.05.1986 tarihli “*Gençlik ve Spor Müdürlüğünün Teşkilat*

¹⁰⁴ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II*, 12. Baskı, Beta 1999, kn. 735; Öztürk/Erдем, s. 288, 295; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin, 2019, s. 311; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin, 2020, s. 287; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet, 2019, s. 355; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin, 2019, s. 326; Memiş Kartal, s. 556 vd.

¹⁰⁵ Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/Üzülmöz, s. 287-288.

¹⁰⁶ Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 7. Auflage, Springer, 2008, Kapitel 16 kn. 33- 35.

¹⁰⁷ Demirbaş, s. 326. Aynı yönde Dönmezer/Erman, kn. 735.

¹⁰⁸ Demirbaş, s. 326.

ve Görevleri Hakkında Kanun” ile düzenlendiklerini ve bu suretle hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında olduklarını belirtmektedir¹⁰⁹. Hiç şüphesiz devlet tarafından ilgili sporların federasyonlaşmasına izin verilmesi ve bu çerçevede kurulan spor federasyonlarının faaliyet göstermesi; söz konusu sporların ve kurallarının devlet tarafından tanınmış olduğu anlamına gelir¹¹⁰. Ancak bir spor faaliyetinin icrası bakımından bir federasyonunun bulunması zorunluluğu yoktur. Bir diğer ifadeyle, federasyonlaşmış olmak faaliyetin spor olarak nitelendirilebilmesinin bir şartı değildir. Bu itibarla federasyonlaşmamış spor dallarının icrasının hukuka uygunluğu spor federasyonlarının kurulmasını düzenleyen 3289 sayılı Kanun kapsamında açıklanamaz^{111,112}.

¹⁰⁹ Hakeri, s. 355.

¹¹⁰ 3289 sayılı Kanun’un 18. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Bir veya daha fazla spor dalı, teknik ve idari bakımdan birer federasyona bağlanır. Amatör federasyonların adedi ile profesyonel dallar; Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından tespit olunur.” Kanun’un “Profesyonel Spor” başlıklı 24. maddesine göre ise; “Profesyonel dallar; Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından tespit olunur. Profesyonel spor dallarının teşkili, ilgili federasyonları ile bağlantıları, idaresi tüzükle düzenlenir.” Kanun’un “Bağımsız Spor Federasyonları” başlıklı Ek Madde 9 hükmüne göre ise; “Spor dalı ile ilgili faaliyetleri ulusal ve uluslararası kurallara göre yürütmek, gelişmesini sağlamak, sporcu sağlığı ile ilgili konularda gerekli önlemleri almak, teşkilatlandırmak, federasyonu uluslararası faaliyetlerde temsil etmek ve Tahkim Kurulu kararlarını uygulamakla görevli ve yetkili, özel hukuk hükümlerine tabi bağımsız spor federasyonları kurulur. Federasyonlar, Cumhurbaşkanını kararı ile kurulur ve kararın Resmi Gazetede yayımlanması ile tüzel kişilik kazanır...”

Türkiye’de boks federasyonu (Türkiye Boks Federasyonu) ve kafes dövüşü federasyonu (Türkiye MMA Federasyonu) mevcut bulunmaktadır. Bu itibarla söz konusu sporların kurallarının Devlet tarafından kabul edilmiş olduğu söylenebilir. İlgili federasyonların internet siteleri <https://www.turkboks.gov.tr/> , <http://www.mmafederasyonu.org.tr/> (Erişim tarihi: 14.10.2020).

¹¹¹ 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin Gençlik ve Spor Bakanlığı’nın düzenlendiği altıncı bölümünde yer alan “Spor Hizmetleri Genel Müdürlüğü” başlıklı 189. maddenin 1. fıkrasının (m) bendinde; “Ülkemizde faaliyeti olan ancak herhangi bir federasyona bağlı olmayan spor dallarının yaygınlaştırılması, faaliyetlerinin düzenlenmesi ve bu spor dallarında kulüplerin faaliyette bulunması için gerekli tedbirleri almak” Spor Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün görevi olarak düzenlenmiştir.

¹¹² 5774 sayılı Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması ile Devlet Sporucusu Unvanı Verilmesi Hakkında Kanun hükümleri de sportif faaliyetler kapsamında meydana gelen neticelerin hukuka uygunluğunu gerekçelendirmek bakımından elverişli değildir. 5774 sayılı Kanunun 2. maddesine göre bu Kanun hükümleri; “müsabakaların yapıldığı dönem itibarıyla **Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) tarafından olimpik, paralimpik ve defolimpik spor dalları içinde kabul edilmiş spor dallarının büyükler kategorisinde; olimpiyat oyunlarında, Dünya veya Avrupa şampiyonalarında ferdî ya da takım sporlarında takım halinde birinci, ikinci ve üçüncü olan amatör sporcular ile bunların ölümü halinde bakmakla yükümlü oldukları eş ve çocuklarını ve takım halinde olimpiyat veya dünya şampiyonu olmuş amatör sporcuların**

Sportif faaliyette bulunulması yalnızca lisanlı sporcular bakımından bir hak olarak nitelendirilerek mesleğin icrası (*Berufsrecht*) çerçevesinde ele alındığı takdirde, amatör sporcular bakımından hakkın kullanılmasından bahsedilememesi bir eşitsizliğe sebebiyet vermektedir¹¹³. Mesleğin icrası, hukuken izin verilmiş, gerçekleştirilmesi yetkili makamlar tarafından denetlenen ve esas amacı para kazanmak olan sürekli bir faaliyette bulunulmasını ifade eder. Bu itibarla dövüŖ sporlarının icrası bakımından kişinin sporcu lisansına sahip olup olmamasının ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesinde rol oynaması mümkün olmaz. Aksi halde profesyonel sporcu olduğundan bahisle bir kimsenin gerçekleŖtirdiği davranışlar hukuka uygun addedilecekken objektif olarak tamamen aynı nitelikteki bir davranışı sporcu lisansı bulunmayan bir kişinin gerçekleŖtirmesi halinde hakkın kullanılmasından bahsedilemeyecek ve aynı tarzda hareket eden kişiler bakımından farklı sonuçlara ulaşılması gündeme gelecektir. Bu sebeple hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin spor faaliyetlerinin niteliğini ortaya koymakta elverişli olmadığını düşünüyörüz. Ayrıca bir mesleğin icrası kapsamında bulunulan faaliyetlerin hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi ancak bunların kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olması halinde mümkün olabilir. Oysa spor tarzlarının icrası ve spor kuralları devlet tarafından düzenlenmemektedir¹¹⁴. Bahsedilen gerekçeler kapsamında, mesleğin icrasının sportif faaliyetler bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturduğuna dair argüman ikna edici nitelikte değildir¹¹⁵.

III. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

DövüŖ sporları kapsamında gerçekleştirilen davranışların gündelik tehlikelilik-risk algısıyla değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu sporların icrası bünyesinde karakteristik bir yaralanma riski barındırmaktadır ve günlük sosyal yaşama hakim olan tehlikelilik anlayışından farklılaşmaktadır.

DövüŖ sporlarının icrası dolayısıyla ortaya çıkması mümkün olan neticelerin ağırlığı göz önüne alındığında, bu faaliyetin ceza hukuku tarafından sorumluluk kapsamı dışında bırakılması, salt katılımcıların iradesinin

milli takım teknik direktör ve antrenörlerini kapsar". Kanun kapsamında bulunmayan spor dalları bakımından ise ne şekilde hareket edileceğine dair bir belirleme yapılması mümkün değildir.

¹¹³ Donatsch, s.426 dn. 91.

¹¹⁴ Bu hususta bkz. Aşağıda III-A Başlığı

¹¹⁵ Haupt, s. 107-108.

varlığıyla gerekçelendirilemez. Toplumsal amaçlılığı bünyesinde barındıran bir faaliyet niteliğine sahip dövüş sporlarının katılımcıların yeterli ölçüde korunmasına yönelik öngörülmüş kurallara uygun biçimde icrası çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar “izin verilen risk” alanını oluşturmaktadır. Bu itibarla, dövüş sporunu icra eden sporcunun davranışıyla dövüş sporuna içkin karakteristik tehlike seviyesini artırması söz konusu olmuyorsa artık ceza hukuku değerlendirmesine konu edilebilecek tipik bir yaralama fiili bulunmaz.

Dövüş sporlarının icrası kapsamında gerçekleştirilen davranışların ve meydana gelen neticelerin izin verilen risk kapsamında ele alınabilmesi için spor kurallarının riski düşürmek bakımından yeterli korumayı sağlamaları ve hukuk düzeninin bu sporların kuralları çerçevesinde icrasına cevaz vermesini meşru kılan üstün bir sosyal menfaatin bulunması gerekmektedir.

A. Spor Kurallarının Niteliği

Boks ve kafes dövüşü sporları müsabakalarının karakteristik özelliği; bu sporların *kurala uygun* icrası kapsamında dahi ciddi yaralanma ve hatta ölüm neticelerinin meydana gelebilmesidir¹¹⁶. Nitekim bünyesinde barındırdığı yaralanma riski en üst seviyede olan dövüş sporlarının katılımcılardan biri-çoğunlukla her ikisi- yaralanmaksızın müsabakanın tamamlanması genellikle mümkün değildir. Bu sporların icrası sırasında oyun kuralları kapsamında meydana gelme riskine izin verilmiş olan “beklenen sonuç” gerçekleşmektedir.

Dövüş sporları müsabakalarının önceden belirlenmiş kurallara göre gerçekleştirilmesi ve bu müsabakalarda sporcuların uymaları gereken kuralların bulunması; dövüş sporu müsabakası ile kavga olgusu arasındaki temel farkı oluşturur¹¹⁷. Dövüş sporu kurallarının temel fonksiyonu da sporcular bakımından “ciddi nitelikteki yaşamsal tehlikelilik” sınırının aşılmasının engellenmesidir.

¹¹⁶ Yakın tarihte boks sporu müsabakaları kapsamında meydana gelen ciddi yaralanma ve ölüm neticelerine dair örnekler için bkz. Haupt, s. 11.

Örneğin dizle darbe vurmanın serbest olduğu kafes dövüşünde, rakibinin baş bölgesine diziyile vuran sporcunun onun kafatasını çatlatması spor kuralına uygun addedilmektedir. *Michael Page* ile *Evangelista Santos* arasında 17.7.2016 tarihinde gerçekleştirilen karma dövüş sporu müsabakasının ikinci raundunda, *Page* tarafından *Santos*'un kafasına vurulan diz darbesi sonucunda *Santos*'un kafatasında kırık meydana gelmiştir. Bu yaralanma dolayısıyla yedi saat süren bir ameliyat geçiren *Santos* bir daha başka bir müsabakaya katılmamıştır. <https://www.mmafighting.com/2018/8/12/17655774/two-years-career-ending-injury-evangelista-cyborg-santos-no-intentions-returning-mma> (Erişim Tarihi: 14.09.2020)

¹¹⁷ Derksen, s. 142.

Spor kuralları (*Sportregeln-Spielregeln*) spor dallarında uzman kişilerin yıllar içerisinde edindikleri bilgi ve tecrübeye istinaden ortaya çıkmış olup ilgili sportif faaliyetin ne şekilde gerçekleşeceğini belirlemektedir¹¹⁸. Sporcuların hangi davranışlarda bulunmalarının mümkün olduğu ve hangi risklerin üstlenildiği bu kurallar kapsamında belirlenmektedir. Bu bağlamda spor dalına karakteristik özelliğini veren ve sporcuların sportif amaçla hareket etmelerini sağlayan o sporun kendine özgü kurallarıdır¹¹⁹.

Spor kurallarının esas niteliği sporcuların vücut bütünlüklerinin ve yaşamlarının korunmasını sağlamalarıdır. Ancak dövüş sporları uzun yıllar içerisinde sürekli değişen ve gelişen belirli kurallara bağlı olarak gerçekleştirilmekle birlikte bu kurallar devlet tarafından ihdas edilmiş birer hukuk kuralı değildir¹²⁰. Hukuki düzenleme niteliğinde olmayan bu kurallar, ulusal ya da genellikle uluslararası spor federasyonları tarafından ihdas edilmektedir¹²¹.

Spor kurallarının birçoğu sporcunun vücut bütünlüğünün ve sağlığının korunması amacına yönelik olmakla birlikte¹²² bu kuralların büyük bir kısmı

¹¹⁸ Bu açıdan spor kuralları hangi davranışın ilgili spor dalının gereklerine *uygun olmadığı* hususunda net bir belirleme yapma imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte, spor kuralları çerçevesinde dürüst yarışma (*fair play*) gibi içerik olarak belirsiz kurallar da bulunmaktadır.

¹¹⁹ Kafes dövüşü müsabakalarında; katılımcıların birbirlerini ısırmaları, birbirlerinin gözlerine parmak sokulması gibi herhangi bir şekilde doğrudan müdahalede bulunmaları, birbirlerine kafa atmaları veya saçlarını çekmeleri yasaktır, Thomas Jacob, "Trendsport oder Sittenverrohung? Free Fight und MMA im kritischen Fokus des öffentlichen Rechts", 2013, Neue Verwaltungsrecht-Zeitung, s. 1133. Kafes dövüşü müsabakaları kapsamında kurala aykırılık olarak nitelendirilen hareketlerin tüm listesi için bkz. http://www.abcboxing.com/wp-content/uploads/2015/09/unified_rules_fouls_rev0816.pdf (Erişim Tarihi: 14.09.2020)

¹²⁰ Donatsch, s. 402, 407 vd.; Hirsch, s. 73; Schild, Sportstrafrecht, s. 26, 52, 39 vd.; Haupt, s. 37-38. Bu konuda açıklamalar için bkz. Pechan, s. 55 vd., s. 59-63.

Hafizoğulları/Özen, sportif faaliyetleri *özel kanunlarda yer alan* hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında ele almakta olup sportif faaliyetlerin uygar toplumlarda ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğini ifade etmektedir, Zeki Hafizoğulları /Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A, 2018, s. 228-229. Fakat sportif faaliyetlerin kurallarının kanun veya Devlet tarafından ihdas edilen başka bir hukuki düzenleme vasıtasıyla öngörüldüğünü söyleyebilmek mümkün değildir. Yazarlar kurallarına uygun bir şekilde icra edilen sportif faaliyet sonucu ortaya çıkan ölüm ve yaralanmaların "kaza" olarak nitelendirildiğini ve ceza hukuku sorumluluğu doğurmadığını ifade etmekte ve boks sporunun icrası dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesini örnek olarak göstermektedir, s. 229.

¹²¹ Derksen, s. 143, dn. 11; Mitsch, s. 1165; Rutz, s. 262-263; Haupt, s. 35.

¹²² Spor kuralları ile hukuk kuralları arasında hiçbir irtibat bulunmadığı ise söylenemez. Spesifik olarak sporcuların vücut bütünlüğünü ve yaşamlarını korumaya yönelik spor

da ilgili sporun akışıyla bağlantılı olup doğrudan sporcunun korunmasına yönelik değildir. Bahsedilen bu son tarzdaki spor kuralları seyircilerin heyecan ve ilgi seviyelerinin en üst seviyede kalmasını sağlayarak organizasyonun çekiciliğini ön plana çıkarmak, popüleritesini artırmayı amaçlamaktadır. Bu itibarla dövüş sporları kurallarıyla bir yandan da izin verilen müdahale tarzlarının çeşitliliğinin aşırı sınırlandırılmaması da gözetilmektedir¹²³. Otonom nitelikteki teşekküller olan ulusal veya uluslararası spor federasyonları spor kurallarını ihdas ederken spora olan toplumsal ilginin korunmasını ve artırılmasını da amaçlamaktadır¹²⁴. Dolayısıyla bir davranışın “spor kuralına uygunluğu” başlı başına ceza hukuku kapsamı dışında ele alınması sonucunu doğurmaz. Bir diğer anlatımla, spor kuralları hukuk düzeni tarafından kabul edilebilir mahiyette olmalıdır. Sportif faaliyette bulunma özgürlüğü esas olmakla birlikte; insan vücudu veya hayatı bakımından bir başkasının oluşturduğu ciddi mahiyetteki neticeler her durumda spor kurallarına uygun olduklarından bahisle hukuka uygun kabul edilemez.

Dövüş sporu kurallarının bahsedilen nitelikteki federasyonlar tarafından düzenlenmiş olması ise bu spor faaliyetlerine ilişkin olarak ceza hukuku kurallarının uygulanmasını engellemez¹²⁵. Nitekim bir profesyonel spor dalı faaliyeti, egemen devletin hukukundan ve daha özelde yürürlükteki ceza

kurallarına aykırı hareket edilmesi özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunup bulunmadığı hususunda bir değerlendirilme noktası oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bir kural ihlalinin bulunduğu her durumda aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğüne de aykırı hareket edildiği söylenemez. Spor dalının özellikleri kapsamında düzenlenmiş olan bu kuralların ihlali her durumda objektif nitelikte bir özen yükümlülüğü ihlaline vücut vermez. Kural ihlali dolayısıyla ilgili spor dalının icrası faaliyetine mündemiç yaralanma riski artırılmışsa ancak bu durumda ortada bir yükümlülük ihlalinin varlığından bahsedilebilir. Dolayısıyla spor kuralları *dolaylı* olarak hukuki değerlendirmenin esasını oluşturabilir. Spor kuralları ile hukuk kuralları arasındaki münasebet hakkında bkz. Rutz, s. 285-286; Pechan, s. 88-89. Biz çalışmamızda münferit dövüş sporlarının *kurala uygun* icrasının ceza hukuku bakımından ne şekilde nitelendirileceğini ele almakta olduğumuz için, kurala aykırılıklar bakımından nasıl bir değerlendirmede bulunulması gerektiğine zorunlu olmadığı müddetçe değinmiyoruz.

¹²³ Haupt, s. 36, 40. Sabit kural ve düzenlemelerinin sayısı çok az olduğu için karışık dövüş sanatları müsabakalarının spor olarak kabul edilemeyeceğine dair görüş hakkında bkz. Rutz, s. 77.

¹²⁴ Bu hususta bkz. Hirsch, s. 72-73; Kubink, s. 259. Spor kurallarının en nihai amacı sporcuların değil bizzat “sporun” korunmasıdır, Schild, Sportstrafrecht, s. 25 vd.; Haupt, s. 40.

¹²⁵ Kubink, s. 259. Spor kurallarının ihdası sürecinde bu kuralların ceza hukuku bağlantısı dikkate alınmadığı için ceza hukuku bakımından herhangi bir anlamlarının bulunmadığına dair bkz. Schild, Sportstrafrecht, s. 52 vd., 55.

hukukundan bağımsız nitelikte değildir¹²⁶. Belirtmek gerekir ki; hukuken izin verilen riskin sınırlarının yalnızca kanun koyucu tarafından ihdas edilmiş kurallar vasıtasıyla belirlenmiş olması zorunluluk teşkil etmemektedir ve teknik olarak hukuk kuralı mahiyetinde olmayan kuralların da izin verilen riskin sınırını belirlemekte esas alınması mümkündür¹²⁷.

İlgili sporun kurallar çerçevesinde icra edilmesi halinde dahi sporcunun ölüm yahut yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralanma riskinin *katlanılamaz* ölçüde yüksek olması halinde spor faaliyetinin bu şekliyle icra edilmesine hukuken izin verilemez.

Nitekim devlet, toplumda insan sağlığı bakımından ağır sonuçlar doğuran yaralama davranışlarının yaygınlaşmasını engellemek ve bu sayede sosyal düzeni muhafaza etmek yükümlülüğüne sahip olup bireylerin “vücut bütünlükleri üzerinde sınırsız tasarruf yetkilerinin” bulunduğunu düşünmeleri demokratik toplum bakımından kabul edilebilir değildir¹²⁸.

Dövüş sporlarında “izin verilen risk” alanını; faaliyetin icrası sırasında sporcuların vücut bütünlüklerinin korunmasına yönelik olarak öngörülmüş olan kurallar kapsamındaki davranışlar oluşturmaktadır. Bu itibarla izin verilen riskin sınırlarının tespitinde, spor kurallarıyla sporcuların vücut bütünlükleri ve yaşamlarının korunması açısından yeterli düzeyde koruma seviyesinin öngörülüp öngörülmediği değerlendirilmelidir^{129,130}. Sporcuların

¹²⁶ Donatsch, s. 407-408.

¹²⁷ Ünver, s. 364.

¹²⁸ Kubink, s. 264. Kafes dövüşünün mevcut kural yapısı itibarıyla “şiddetin dışı vurulması ve şiddetin övülmesi” amacından başka bir amaçlılığa hitap etmediği ve bu itibarla hukuka uygun addedilemeyeceğine dair görüş için bkz. Derksen, s. 143; Kubink, s. 264. Aksi görüş için bkz. Jacob, s. 1132-1133; Buna göre, kafes dövüşü birçok diğer dövüş sanatının kombinasyonundan oluşmaktadır ve bu sporların kuralları genel olarak kafes dövüşü açısından da geçerlidir. Bu itibarla “kuralsız” olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayan kafes dövüşü salt şiddetin dışı vurulması faaliyeti biçiminde de anlaşılabilir.

¹²⁹ Olimpik nitelikteki dövüş sporlarının mevcut kuralları itibarıyla “izin verilen riskin” sınırları kapsamında kaldığı söylenebilir. Örneğin amatör boksta, spor kurallarına göre boksörlerin kask takmaları mecburidir ve sporcunun vücut bütünlüğünü korumayı amaçlayan bu kural sayesinde yaralanma ve ölüm riski önemli ölçüde azaltılmaktadır. Rutz, s. 210, 230. Alman Federal İş Mahkemesi'nin (*Bundesarbeitsgericht*) amatör boks sporunu tehlikeli bir spor olarak nitelendirmediği ve bu spor dalındaki yaralanma riskinin futbol veya basketboldan daha fazla olmadığına dair belirlemelerine dair bkz. Rutz, s. 228.

¹³⁰ 2020 yılında gerçekleştirilmesi planlanan ancak Covid-19 pandemisi nedeniyle 2021 yılında ertelenen 2020 Tokyo Yaz Olimpiyatları Oyunları programında bulunan olimpik yaz sporlarının listesi için bkz. <https://www.olimpiyatkomitesi.org.tr/Detay/Olimpiyatlar/>

sıkletlere ayrılarak aynı sıkletteki rakip sporcuyla müsabakaya çıkmaları¹³¹, sporcuların düzenli olarak özellikle müsabaka öncesi doktor kontrolünden geçirilmesi, müsabaka sırasında hazır bulunan doktorun sporcuları dikkatle takip etmesi, müsabakanın uzman bir hakem tarafından yönetilmesi, raunt sayısının ve süresinin sınırlanması, sporcunun veya köşesinin istediği takdirde müsabakayı sonlandırabilmesi, koruyucu ekipmanların kullanılması riski katlanılabilir hale getiren önlemlerin başında gelmektedir¹³².

Bu itibarla öngörülen kuralların ciddi nitelikteki yaralanma ve ölüm neticesinin ortaya çıkmasının önüne geçen bir *kontrol sistemi* oluşturması gerekir. Söz konusu kuralların yeterli korumayı sağladığı tespit edildikten sonra; kurallara uygun hareket edilmesine rağmen ortaya çıkan neticelere sebebiyet veren davranışlar izin verilen risk kapsamındadır.

B. Hukuk Toplumunda Riske İzin Verilmesinin Amacı

Hukuk düzeninde boks ve kafes dövüşü müsabakalarının “izin verilen risk” kapsamında değerlendirilebilmesi için bu faaliyetlerin icrasının toplumsal faydalarıyla bağlantılı olarak tanınmasını sağlayan amaçların belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususu şu şekilde de dile getirmek mümkündür: Hukuk düzeni hangi bireysel ve toplumsal menfaatleri korumak ve geliştirmek

Olimpik-Spor-Dallari-ve-Uluslararası-Federasyonlar/49/1 (Erişim Tarihi: 14.09.2020). Bu listeye göre; boks, güreş, judo, karate ve tekvando spor dalları olimpik spor dalı mahiyetindedir. Bunun yanında; birer dövüş sporu olan muaythai (Uluslararası Amatör Muaythai Federasyonu -IFMA), kick boks (Dünya Kick Boks Organizasyonları Birliği -WAKO), wushu (Uluslararası Wushu Federasyonu -IWUF), sumo (Dünya Sumo Federasyonu - ISF) ve sambo (Uluslararası Sambo Federasyonu (FIAS) sporları, olimpik olmayan ancak Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) tarafından tanınan uluslararası spor federasyonları olarak sayılmaktadır.

¹³¹ Dövüş sporlarında sporcular arasında bariz bir kilo farklılığı bulunması zayıf olan sporcu aleyhine yaralanma riskini artırır. Zira şans eşitliği bulunmayan ve adil olarak nitelendirilemeyen bu tarz bir müsabakada fizik güç bakımından zayıf sporcunun yaralanma riskine karşı koyması mümkün olamaz. Böyle bir durumda toplumsal açıdan kabul edilebilir nitelikte izin verilen risk durumunu gerçekleştirebilecek bir korumanın varlığından bahsedilemez.

¹³² Günümüzde çok popüler olmamakla birlikte Rusya başta olmak üzere çeşitli ülkelerde icrasına müsaade edilen tokat atma yarışmalarının (*slap contest*) spor niteliğinde olmadıklarını ifade etmek gerekir. Bu “yarışmalarda” karşılıklı olarak duran iki kişi sırayla birbirlerine çıplak elleriyle tüm güçleriyle “tokat” atmaktadır ve rakibini düşüren kişi yarışmayı kazanmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu yarışmalarda baş bölgesini koruyan hiçbir koruyucu ekipman bulunmamakta, katılımcılar arasında güç farkını gerçekleştiren kilo, yaş ve diğer nitelikler dikkate alınmamaktadır. Bu tarz müsabakaların *tamamen* fiziksel güce dayanması, herhangi bir strateji uygulanmasına izin vermeyen yapısı dolayısıyla salt bir şiddet olgusundan öteye geçtiğini söyleyebilmek mümkün değildir.

amacıyla bir kimsenin ağır şekilde yaralanması riskini bünyesinde barındıran dövüş sporlarının icrasına müsaade etmektedir?

Sosyal olarak değerli addedilen ve devlet tarafından desteklenen bu faaliyetler bünyelerinde önemli nitelikteki yararlı fonksiyonları barındırmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzeni tarafından tanınan amaçlılık çerçevesinde hareket eden sporcuların cezalandırılması mümkün olmamalıdır.

Daha önce de ifade edildiği gibi sportif faaliyetler genel olarak toplum sağlığının korunması ve geliştirilmesine, bireylerin sosyalleşmesine, kişilerin fiziksel ve psikolojik disiplinlerine katkı sağlamasına hizmet etmektedir. Spesifik olarak dövüş sporlarının da bahsedilen bu olumlu özelliklere sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, yaşamı ciddi biçimde tehlikeye sokacak ölçüde yaralanma ve hatta ölüm riskini meydana getirmesi mümkün olan davranışlara hukuk düzeni tarafından izin verilebilmesi için söz konusu risklerin ağırlığıyla orantılı şekilde yüksek bir amaca ulaşılmasının hedeflenmesi gerekir. Bir diğer anlatımla; menfaatler dengesinin sağlanabilmesi için hukuk düzeni tarafından insan yaşamı ve sağlığı bakımından yüksek risk barındıran davranışların tanınmasının yüksek bir amaçlılığa hizmet etmesi gerekir. Bu noktada; bir boksörün rakibinin baş bölgesine vurduğu ve rakip boksörün bilincini kaybetmesine ya da beyin kanaması geçirmesine sebebiyet veren şiddetli bir yumruğa izin verilmesini sağlayan kamusal menfaatin, hukuk düzeni tarafından tanınmasındaki amacın belirlenmesi gerekmektedir. Bu tarz bir yumruğun sebebiyet verebileceği neticelerin ağırlığı dikkate alındığında bu soruyu kolaylıkla cevaplandırabilmek mümkün değildir¹³³.

Genel olarak sporun “*toplum sağlığının korunması ve geliştirilmesine, bireylerin sosyalleşmesine, kişilerin fiziksel ve psikolojik disiplinlerine katkı sağlaması*” nitelikleri bağlamında ele alındığında; bahsedilen sporların profesyonel olarak icrası içerdiği şiddet olgusu dolayısıyla toplum sağlığını korumaya ve geliştirmeye matuf değildir. Esasen bu sporların toplumda en üst düzeyde ilgiyle takip ediliyor olması ve bir endüstri olarak ulaştığı ekonomik hacim dikkate alınmadan bu sporların icrasına neden izin verilmekte olduğuna dair ikna edici bir açıklama yapabilmek güçtür. Boks ve kafes dövüşü organizasyonlarının tüm dünyada büyük bir ilgiyle takip edilmesindeki sebeplerin başında, bu müsabakalar kapsamında insan mücadelesinin en saf ve kıyasıya nitelikteki şeklinin sergilenmesinin izleyicide meydana getirdiği heyecan ve tatmin duygusu gelmektedir. Sosyal medya başta olmak üzere

¹³³ Donatsch, s. 410-411; Derksen, s. 143.

tüm elektronik mecralar vasıtasıyla büyük kitleler tarafından takip edilen bu faaliyetleri düzenleyen organizasyonların ticari değeri de her geçen gün artmaktadır. Bu itibarla mevcut toplumsal ilginin sürekli artmasıyla paralel olarak büyüyen ekonomik değerin de devletler tarafından bu sporların icrasına izin verilmesinde rol oynadığı yadsınmaz. Dolayısıyla hukuk düzeni, tarihsel ve kültürel olarak toplum tarafından benimsenen ve modern çağda büyük bir ekonomik değere sahip hale gelmiş bulunan bu faaliyetlerin yeterli korumayı içeren kurallar çerçevesinde profesyonel olarak icrasına cevaz vermektedir.

Kafes dövüşü organizasyonlarının bünyesinde barındırdığı şiddet seviyesi dolayısıyla insan onuruna aykırı nitelik barındırıp barındırmadıkları ve kamu düzenini bozucu mahiyette olup olmadıkları Almanya’da bir mahkeme kararında değerlendirmeye konu edilmiştir. *Gießen İdare Mahkemesi*’nin (*Gießen Verwaltungsgericht*) 03.03.2011 tarihli kararına¹³⁴ konu olan olayda; yetkili idari otorite tarafından organizatörün kafes dövüşü müsabakası düzenleme talebi reddedilmiş olup gerekçe olarak bu faaliyetin barındırdığı aşırı şiddet potansiyeli dolayısıyla insan onuruna aykırı olduğu ileri sürülmüştür. *Gießen İdare Mahkemesi* yaptığı değerlendirme sonucunda; kafes dövüşü müsabakalarının sporculardan birinin zemine vurarak, hakem kararı veya sporcunun köşesinin müdahalesiyle sona erdirilebilmesinin mümkün olduğuna dair kuralı barındırması dolayısıyla salt şiddet eylemi olarak telakki edilemeyeceğine ve insan onuruna aykırı nitelikte olduğunun kesin olarak söylenemeyeceğine; bu itibarla organizatörün başvurusunun bu gerekçeyle reddedilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Buna göre mahkeme tarafından; idareye yapılan başvurunun “menfaatler dengesi” gözetilerek karara bağlanması gerektiğine hükmedilmiştir¹³⁵. Bununla beraber, Almanya’da kafes dövüşü faaliyetlerinin televizyon vasıtasıyla yayınlanması ise “şiddeti özendiren ve normalleştiren yapısı” dolayısıyla yasaklanmıştır¹³⁶.

SONUÇ

Bireylerin hareket özgürlüğü ve sporun geliştirilmesi mülahazalarının

¹³⁴ Gießen İdare Mahkemesi, Beschluss vom 03.03.2011 - 4 L 444/11, BeckRS 2011, 48391.

¹³⁵ Kararda bu tarz bir organizasyona 18 yaşından küçüklerin izleyici olarak alınması yasaklanarak organizasyon günü alınacak tedbirler ve yapılacak denetimlerle bu kişilerin organizasyonu izlemelerinin önlenmesi halinde menfaatler dengesinin organizatör lehine gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹³⁶ Jacob, s. 1134.

karşısında devletin insan onuru ile bireylerin yaşamlarını ve vücut bütünlüklerini korumaya yönelik yükümlülüğü dövüş sporları bakımından ortaya çıkan gerilim alanını oluşturmaktadır. Bu itibarla dövüş sporu müsabakalarının ceza hukuku bakımından ne şekilde değerlendirileceği; bu sporların icra edilemez hale getirilmeden demokratik ve insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde hangi şartlarda kabul edilebilecekleri bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede izin verilen riskin sınırlarının belirlenmesi ve bahsedilen menfaatler ile yükümlülükler arasında bir denge tesis edilmesi gerekmektedir.

Bir dövüş sporunun icrası kapsamında spor kurallarına ve sporun karakteristik yapısına uygun olarak gerçekleştirilen davranış izin verilen risk çerçevesindedir. Bu itibarla spor kuralına uygun davranışa, bu davranış dolayısıyla meydana gelen netice isnat edilemez. Ancak bunun için dövüş sporunun icrası bakımından öngörülen kuralların sporcuların yaşamları ve vücut bütünlükleri bakımından yeterli nitelikte korumayı ihtiva etmesi gerekir.

Bünyesinde yüksek seviyede yaralanma potansiyeli barındıran sporların *kurala uygun* icrasından kaynaklanan risklere kıyasla bu sporların icrasında ağır basan toplumsal bir menfaat bulunmaktadır. Hiç şüphesiz kişinin talebi üzerine bir başkası tarafından yaralanması ile spor faaliyetleri kapsamında rakibinin kurala uygun davranışı dolayısıyla bir sporcunun yaralanması aynı niteliğe sahip değildir. Zira sportif faaliyetin niteliği, gerçekleştirilen davranışlara yönelik olarak yapılacak değerlendirmenin esasını oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

Anderson J, *The Legality of Boxing A Punch Drunk Love?*, Routledge 2007.

Baird L/ Newman B/ Volk H / Svinth J/ Conklin, J /Levy M, “Mortality Resulting From Head Injury in Professional Boxing: Case Report”, 2010, 67 (5) *Neurosurgery*, ss. 1444-1450.

Bledsoe G/Li G/Levy F, “Injury Risk in Professional Boxing”, 2005, 98(10), *Southern Medical Journal*, ss. 994-999.

Buse G, “No holds barred sport fighting: a 10 year review of mixed martial arts competition”, 2006, 40(2), *British Journal of Sports Medicine*, ss. 169-172.

Davis P, “Ethical Issues in Boxing”, 1993, 20(1), *Journal of the Philosophy of*

Sport, ss. 48-63.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin 2019.

Derksen R, "Ultimate Fighting - oder: Setzt das Strafrecht modernen Gladiatorenkämpfen, Grenzen?", 2000/4, Zeitschrift für Sport und Recht, ss. 141-145.

Dixon N, "A Moral Critique of Mixed Martial Arts", 2013, 29(4), Public Affairs Quarterly, ss. 365-384.

Dixon N, "Boxing, Paternalism, and Legal Moralism", 2001, 27(2), Social Theory and Practice, ss. 323-344.

Donatsch A, "Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers", 1990, 107(4), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, ss. 400- 435.

Dölling D, "Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle", 1984, 96(1), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ss. 36-65.

Dönmezer S /Ermən S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II, 12. Baskı, Beta 1999.

Eser A, "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers", 1978, 11-12, Juristen Zeitung, ss. 368 -374.

Freund G/ Rostalski F, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 3. Auflage, Springer 2019.

Fuchs H, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Grundlagen und Lehre von der Straftat, 7. Auflage, Springer 2008.

Gardiner Simon, Sports Law, Cavendish 2001.

Gentry C, No Holds Barred, The Complete History of Mixed Martial Arts in America, Triumph Books 2011.

Green T /Svinth J, Martial Arts of the World, An Encyclopedia of History and Innovation, ABC-CLIO 2010.

Günther H, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: : Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Heymann 1983.

- Hafizoğulları Z, /Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A 2018.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler,22. Baskı, Adalet 2019.
- Haupt S, Die Körperverletzung des Gegners im Kampfsport und die strafrechtliche Einwilligungproblematik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bremen 2006.
- Herzog F, “Der Boxer – ein Schläger? Ein Versuch über Strafrechtswissenschaft als Kulturwissenschaft”, 2006, Goltdammer’s Archiv, ss. 678-688.
- Hirsch H. J; “Über strafrechtliche Fragen Des Sportrechts”, 2010, 1(1), Law&Justice Review, ss. 69-94.
- Jacob T, “Trendsport oder Sittenverrohung? Free Fight und MMA im kritischen Fokus des öffentlichen Rechts”, 2013, Neue Verwaltungsrecht-Zeitung, ss. 1131-1134.
- Jakobs G, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2. Auflage, De Gruyter, 1991.
- Jescheck, H /Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker- Humblot 1996.
- Joecks W/ Miebach K /Hardtung B, Münchener Kommentar zum STGB, 3. Auflage, C. H. Beck 2017.
- Kim M, “Mixed Martial Arts: The Evolution of a Combat Sport and Its Laws and Regulations”, 2010, 17(1), Sports Lawyers Journal, ss. 49-71.
- Kindhäuser U/ Neumann U /Paeffgen H /Zabel B, Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos 2017.
- Koca M /Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin 2020.
- Kubink M, “Strafrechtliche Probleme des Rechtsschutzverzichts im sportlichen Grenzbereich – soziale Adäquanz, erlaubtes Risiko, Einwilligung”, 2003, Juristische Arbeitblätter, ss. 257-264.
- Kühl K, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Vahlen 2017.
- Lassiter C, “Lex Sportiva: Thoughts towards a Criminal Law of Competitive Contact Sport”, 2007, 22(1), St. John’s Journal of Legal Comment, ss.

35-100.

Maurach R, /Zipf H, Strafrecht, Allgemeiner Teilband I Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Auflage, C. F. Müller 1992.

Mayer H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Kohlhammer 1953.

Meliá M, “Opferverhalten und objektive Zurechnung”, 1999, 111(2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ss. 357-387.

Memiş Kartal P, “Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti”, 2020, 26(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 537-570.

Mitsch W, “Das Erlaubte Risiko im Strafrecht”, Juristische Schulung, 2018/12, ss. 1161-1167.

Özbek V /Doğan K/ Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin 2019.

Öztürk B /Erdem M, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin 2019.

Pechan M, Die Strafbarkeit wegen Körperverletzung im Sport, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tübingen 2011.

Rainey C, “Determining the Prevalence and Assessing the Severity of Injuries in Mixed Martial Arts Athletes”, 2009, 4(4), North American Journal of Sports Physical Therapy, ss. 190-199.

Roxin C/ Greco L, Strafrecht Allgemeiner Teil I Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, C. H. Beck 2020.

Rutz C, Kampfsport und Strafrecht, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tübingen 2010.

Schild W, “Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung (vorwiegend im Fußballkampfspiel)”, 1982, Jura, ss. 585-592.

Schild W, “Sportadäquanz: Zur Begründung eines Strafbarkeitsfreiraums”, in Carl-Friedrich Stuckenberg, Klaus Ferdinand Gärditz (Ed.), Strafe und Prozess im freiheitlichem Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Duncker-Humboldt, 2015, ss. 153-176.

Schild W, Sportstrafrecht, Nomos 2002.

- Schmidhäuser E, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 2. Auflage, Mohr 1975.
- Schönke A/ Schröder H /Sternberg-Lieben D, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 30. Auflage, C. H. Beck 2019.
- Simon R, The Ethics of Sport: What Everyone Needs to Know, Oxford University Press, 2016.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin 2016.
- Svinth J, “Death Under The Spotlight: The Manuel Velazquez Collection”, 2011, Journal of Combative Sport, https://ejmas.com/jcs/velazquez/Death_Under_the_Spotlight_2011_Final.pdf (Erişim Tarihi: 16.10.2020)
- Tuna İ, Kronik Kafa Travmasına Maruz Kalan Boksörlerde Beyin Parankim Değişikliklerinin Perfüzyon Manyetik Rezonans Görüntüleme ile Değerlendirilmesi, Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Radyoloji Anabilim Dalı Tıpta Uzmanlık Tezi, Kayseri 2010.
- Ünver Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta 1998.
- Welzel H, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, De Gruyter 1969.
- Zipf H, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, 1970, 82(3) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ss. 633-654.

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA FAİL (TCK m.104)

Ali Tanju SARIGÜL*

ÖZ

Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda öğretide üzerinde en çok tartışılan suç "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu olmuştur. Özellikle rızaya dayalı cinsel ilişkinin her iki tarafının da reşit olmaması ya da on sekiz yaşın altında olması durumunda ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Ancak hukuk uygulamamızda on beş yaşın üzerindeki akran çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkilerin suç olarak kabul edildiği, herhangi başka bir değerlendirme bile yapılmasına ihtiyaç duyulmaksızın erkek çocuğun fail, kız çocuğun ise mağdur olarak belirlendiği görülmektedir. Korunan hukuki yararlar uyuşmadığını değerlendirdiğimiz ve bir gerekçeye dayanmayan bu kararlar, uygulamada tutarsız sonuçlara ve mağduriyetlere neden olmaktadır.

Kanaatimizce sorunun çözümü; kanun hükmünün Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi kapsamında yapılabilecek bir yorumuyla mümkün olabilecektir. Söz konusu Sözleşmede bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırının taraf devletlerce belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (m.18). Sözleşme kapsamında dikkat edilmesi gereken diğer husus ise çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğidir. Dolayısıyla çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki, ceza hukukunun dışında tutulmalı, suçun faili olabilmek için on sekiz yaşın tamamlanmış olması koşulu aranmalıdır.

***Anahtar Kelimeler:** Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Cinsel İstismar, Cinsel İlişki, Ensest, Cinsel Olgunluk.*

THE PERPETRATOR OF SEXUAL INTERCOURSE WITH A MINOR (TURKISH PENAL CODE ART. 104)

ABSTRACT

In the Turkish Penal Code, the crime most frequently discussed in doctrine crimes against sexual inviolability is the crime of "sexual intercourse with minors".

* **Dr. Öğr.Üyesi** Hasan Kalyoncu Üniv. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD/ GAZİANTEP, e-posta: atanju.sarigul@hku.edu.tr

ORCID : 0000-0002-4112-0311

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933619

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/04/2021

There is a consensus in the doctrine that especially if both parties of consensual sexual intercourse are minor or under the age of eighteen, criminal law should remain outside the intervention area. However, in our legal practice, it is seen that consensual sexual intercourse among peer children over the age of fifteen are considered as a crime, the boy is determined as the perpetrator and the girl as the victim without the need for any further evaluation. These decisions, which we consider to be incompatible with the protected legal interest and do not rely on any justification, cause inconsistent results and aggrievements in practice.

In our opinion, the solution of the problem will be possible with an interpretation of the provision of law within the scope of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse. In the aforementioned Convention, the age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child should be determined by the state parties (Art.18). Another point that should be considered within the Convention is that sexual activities based on consent among children should not be considered within this scope. Therefore, consensual sexual intercourse between children should be excluded from the criminal law, and the condition of completing the age of eighteen must be taken into account in order to be the perpetrator of the crime.

Keywords: *Sexual Intercourse with a Minor, Sexual Abuse, Intercourse, Incest, Sexual Maturity.*

I.GENEL OLARAK

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK'nun 104. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde

koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna, 765 sayılı Kanunda benzer bir şekilde, ancak başka bir suç adı altında, ırza geçme suçunu düzenleyen 416. maddede yer verilmişti. Kanun'un 416. maddesinin 3. fıkrası hükmü; “*reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır bir cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” düzenlemesini içermektedir. On beş yaşından büyük, fakat reşit olmamış bir kız çocuğu ile rızaya dayalı cinsel ilişkide bu tür fiiller rızaen cinsel ilişki olarak değil, ırza geçmenin mefruz (varsayılan) cebirle işlendiği bir suç tipi olarak değerlendirilmekteydi¹.

Ayrıca, 5237 sayılı Kanundan farklı olarak, 765 sayılı Kanun'un 423. maddesinde, bağımsız bir suç tipi olan, “*evlenmek vaadiyle kızlık bozma*” suçuna yer verilmişti. Yalnız on beş yaşından büyük, fakat reşit olmamış bir çocukla rızaya dayalı cinsel ilişkide mağdurun rızası geçerli olmadığından m.423 kapsamında değil, 416. maddesinin 3. fıkrası kapsamında “*ırza geçme*” olarak değerlendirilmekteydi².

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (765 sayılı Kanun'dan farklı olarak) 5237 sayılı Kanunda bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır³. Kanun tasarısının ilk metninde olmayan bu düzenleme, Komisyon çalışmalarında eklenmek suretiyle Kanun metnine dâhil edilmiştir⁴.

¹ Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017, s.371; Nihat Kanbur, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, 2014, (Basım Yılı: 2015), C. 16, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.4140.

² YİBK 25.04.1956 tarih ve 1956/5 Esas ve 1956/2 Kararı.” ... *onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını ikmal etmeyen bir kızla cinsi münasebette bulunanların hareketleri 423 üncü maddede mevzu cezadan daha ağır bir müeyyide ile tecziye kılınmasına ve Kanun Vazının maksuduna göre böyle bir kimse ile mukarenet halinde fiilin 423 üncü maddede mezkur unsur ve şartların mevcudiyeti aranmaksızın 416 ncı maddenin son fıkrasında yazılı suçu teşkil edeceği anlaşılmaktadır. ... onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını ikmal etmemiş olan bir kızla rızaen cinsi mukarenette bulunanların fiil ve hareketlerinin Türk Ceza Kanunu'nun 423 üncü maddesinde gösterilen sair cürüm unsurlarının ve takibat şartlarının mevcut olup olmadığına bakılmaksızın 6123 sayılı kanunla mezkur kanunun 416 ncı maddesine ilave olunan üçüncü fıkrasına yazılı suçu teşkil ettiğine...karar verildi”*

³ TBMM, Dönem: 22.Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.512; İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, 2006, s.805.

⁴ Özgenç, Gazi Şerhi, s.805-806.

Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra 2. fıkradaki "fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat arttırılır" hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve 103/89 sayılı kararıyla Anayasa'nın 2 ve 10. Maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Müteakiben 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile de cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda önemli sayılabilecek nitelikte bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda 104. madde de, suçun temel şekli için öngörülen ceza arttırılmış, yeni eklenen fıkralarda nitelikli hallere yer verilmiştir.

Bu çalışmadaki amacımız 104. maddedeki tüm sorun alanlarını ortaya koymak olmayıp, suçun maddi unsuruna dâhil bulunan "fail" konusunu milletlerarası sözleşmeler ile karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri, öğretilerdeki görüşleri ve Yargıtay içtihatlarını göz önünde bulundurmamak suretiyle tartışmaktır. Ancak "fail" unsuruna yönelik hukuki nitelememizin çözümü çoğu zaman suçun diğer maddi unsurlarına ilişkin değerlendirme yapmamızı gerektirdiğinden, makalemizin kapsamı elverdiği ölçüde bu konulara da değinilmeye çalışılacaktır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında belki de en tartışmalı konuyu oluşturan "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçuna ilişkin öncelikle suçla korunan hukuki değer üzerinde durulması gerektiği düşünülmektedir. Zira, kanun koyucu tarafından bu suçun ne maksatla düzenlendiğini, hangi hukuki yararı korunduğunu tartışmadan failin kim olması gerektiğini yorumlayabilmenin çok mümkün olmadığından, öncelikle kanun koyucunun düzenlemedeki amacına ve karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlara yer verilmeye çalışılacaktır.

Daha sonra ise suçun maddi unsurlarından birini oluşturan faile ilişkin olarak "*failin cinsiyeti ve yaşı*" çerçevesinde, mağdur ve fiil kavramlarına yer verilecektir. Suçun failine ilişkin tartışmanın yapılması m. 104/1'de geçen fiil kapsamında "*cinsel ilişki*" kavramının da yorumlanmasını gerektirdiğinden, öğreti ve içtihatlarla bu konu da irdelenmeye çalışılacaktır.

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mülga 765 sayılı TCK'da "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aleyhinde Cürümler*" babında düzenlenmiş iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "*kişilere karşı suçlar*" kısmında ve "*cinsel*

dokunulmazlığa karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiştir.

765 sayılı Kanunda bu suça ilişkin düzenlemeyle “*genel ahlak ve aile düzeninin*” korunması amaçlanmıştır. On beş-on sekiz yaş aralığındaki kişilerin cinsel ilişkiye girmeleri cinselliğin toplumun genel ahlaki değerleri ile bağlantılı görülmesinin bir sonucu olarak, genel ahlak ve aile düzenine aykırı görülmekteydi⁵. Bu görüş çerçevesinde cinsel dokunulmazlığa yönelik davranışlar, ne kişiye karşı davranışlar, ne de ahlaka karşı davranışlar olarak görülmekteydi. Kanun, bunları, bireysel niteliğinden çok toplumsal niteliğine bakarak, topluca, “*edep*“ denen toplumsal değerle ilgili görmüş ve “*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar* “ başlığı altında kendine özgü bir suç kategorisi olarak düzenlemiştir⁶.

5237 sayılı Kanunda ise hukuki tasniften hareketle korunan hukuki yararın, “*çocuğun cinsel dokunulmazlığı*” ve “*gelişimi*” olduğu belirtilmektedir⁷.

ÖZGENÇ, cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler yapılırken korunan hukuki değerın “*kişilerin cinsel dokunulmazlığı*” olarak belirlendiğini, cinsel özgürlük ibaresinin kullanılmadığını, bunun bilinçli bir tercih olduğunu belirtmektedir. Bu düzenleme ile kişilerin cinsel arzularını tatmin amacıyla başkalarının vücut bütünlüğünü ihlal edemeyecekleri, cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik partnerlerini belirlerken, fiziki ve ruhi gelişmişlik düzeyi, cinsiyet, akrabalık ilişkisi ve medeni hal gibi bazı doğal ve hukuki sınırlama ölçütlerine riayet etmekle yükümlü kılındıkları, ancak her hukuka aykırı fiilin ceza sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği vurgulanmaktadır⁸.

TCK’nın 104. maddesindeki düzenlemede on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel ilişkiye varmayan davranışları kapsam dışı bırakılmakta, rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri ise şikâyete bağlı olarak müeyyide altına alınmaktadır. Kanun koyucu tarafından on beş yaşını tamamlamış çocukların temyiz kudretine sahip olsa bile henüz cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını

⁵ Zeki Hafizoğulları, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, 2005, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, , s.1

⁶ Hafizoğulları, s.1.

⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s.375.

⁸ İzzet Özgenç, “CİNSEL SUÇLAR, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, 2020, C.24, S.1, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.260.

algılayamayacakları kabul edilmiştir⁹. Aslında on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar cinsel özelliklerinin farkındadırlar. Ancak kişiliklerinin henüz yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin anlam ve sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olmamaları dolayısıyla, kanun koyucu tarafından rızaen bile olsa cinsel ilişkiye girmeleri arzu edilmemiş, suç olarak tanımlanmıştır¹⁰.

Düzenlemenin çocukları erken yaşta cinsel deneyimden korumaya yönelik olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte¹¹; bunun toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenebileceği haklı olarak ifade edilmektedir¹². Bu yaş grubundakilerin rızaya dayalı cinsel ilişkilerinin ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır¹³.

B. Çocukların Cinsel İstismarını Önlemeye Yönelik Milletlerarası Sözleşmelerdeki Düzenlemeler

Reşit olmayanla cinsel ilişki fiiline ilişkin hukuki yararın anlaşılabilmesi ve suçun faili konusunda bir kanaate varabilmek bakımından, milletlerarası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle de bakmanın da faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Türkiye'nin taraf olduğu pek çok milletlerarası sözleşmede, çocukların cinsel istismarına ve müstehcenliğin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak çocuk pornografisinin önlenmesine ve suç olarak tanımlanmasına yönelik hükümler bulunmaktadır¹⁴.

⁹ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2012, s. 243.

¹⁰ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.264.

¹¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s.371.

¹² Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267.

¹³ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267; İzzet Özgenç, "Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler", 2020, C.24, S.4, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.266; Handan Yokuş Sevik, "6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirmesi", 2015, C.3, S.2, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s.138; Taner, s. 367; Nurullah Kantarcı, Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s.94; S.Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016, s. 405.

¹⁴ İzzet Özgenç, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi", 2020, C.24, S.2, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.253.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹⁵; taraf devletlerin çocukları her türlü cinsel sömürüye ve istismara karşı koruma güvencesi sağlaması gerektiği belirtilmektedir (m.34).

Aynı maddede taraf devletlerin özellikle; çocuğun yasa dışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını, çocukların, fuhuş, ya da diğer yasa dışı cinsel faaliyette bulundurulması, çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi almaları gerektiği ifade edilmektedir.

Türkiye'nin de taraf olduğu 25.10.2007 tarihli "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi"¹⁶ ile de, taraf devletlerden her biri, çocukların cinsel sömürü ve istismarının her türünü engellemek ve çocukları korumak için gereken yasal ve diğer tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır (m.4)

Sözleşme'nin "cinsel istismar" başlıklı 18. Maddesi;

"1.Taraflardan her biri aşağıdaki kasti fiilin suç kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- Ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre **yasal olarak cinsel erginlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak**;

b- Bir çocukla aşağıdaki yollarla cinsel faaliyette bulunulması halinde:

- Zor, güç veya tehdit kullanma veya

- Aile içi dâhil, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak istismar veya

- Özellikle bir zihinsel veya fiziksel özurlülüğü veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız bir durumundan yararlanarak istismar.

2. Yukarıdaki 1. fıkra amacına uygun olarak, taraflardan her biri **bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırına karar verir.**

¹⁵ Sözleşme uyarınca erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır (m.1).

¹⁶ *Lanzarote Convention*; Sözleşme metni için bkz. RG: 10 Eylül 2011/28050; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), s. 85 vd.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf> (erişim tarihi: 31.12.2020)

3. 1.a fıkrasının hükümleri, küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik değildir.” düzenlemesini içermektedir.

Maddede dikkat edilecek olursa; bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırının belirlenmesi zorunluluğuna işaret edilmektedir (m.18/2). Ancak Sözleşme'nin aynı maddesinin 3. fıkrasında ise; küçükler (çocuklar) arasındaki karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetlerin¹⁷ bu kapsamda ele alınmaması gerektiğine de vurgu yapılmaktadır (m.18/3)¹⁸.

Sözleşme'nin bu hükümlerinin TCK'da çocukların cinsel istismarı, makale konumuzu oluşturan “reşit olmayanla cinsel ilişki” ve “cinsel taciz” suçunun çocuğa karşı işlenmesi hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir¹⁹.

Sözleşme'nin 28. maddesinde ise “ağırlaştırıcı durumlara” yer verilmiş, taraf devletlere Sözleşmedeki suçlara ilişkin yaptırımlara karar verilirken ağırlaştırıcı durum olarak değerlendirilmesini sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri almaları yükümlülüğü yüklenmiştir.

Madde kapsamında;

- a. Suç mağdurun fiziksel ve akıl sağlığına ciddi olarak zarar vermişse;
- b. Suçun öncesinde veya beraberinde işkence veya ciddi şiddet eylemleri olduysa;
- c. Suç özel olarak savunmasız bir mağdura karşı işlenmişse;
- d. Suç ailenin bir üyesi tarafından, çocukla beraber yaşayan bir şahıs ya da yetkisini kötüye kullanan bir kişi tarafından işlenmişse;
- e. Suç beraber hareket eden birkaç kişi tarafından işlenmişse;
- f. Suç bir suç örgütü çerçevesinde işlenmişse;
- g. Fail daha önce aynı türden bir suçtan hüküm giymişse,

Ağırlatıcı durum olarak taraf devletlerce dikkate alınmak durumundadır.

¹⁷ *Consensual sexual activities between minors*

¹⁸ Türkçe resmi metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf>; Sözleşmenin (*Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*) orijinal metni için bk. <https://rm.coe.int/1680084822> (erişim tarihi: 27.3.2020)

¹⁹ Özgenç, Cinsel Dokunulmazlık, s.257.

Bu çerçevede TCK uygulamasında cinsel suçların nitelikli hallerine ilişkin hükümlerin yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁰.

Dikkat edilecek olursa, Sözleşme'nin çocuğun yaşı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlama getirmediği görülmektedir. Söz konusu fiiller, kural olarak, yaş sınırlaması getirilmeksizin bütün çocuklar bakımından yasaklanmıştır. Keza, suç olarak tanımlanması gereken söz konusu fiiller bakımından çocuğun rızasının bir önemi bulunmamaktadır²¹.

BM Çocuk Hakları Komitesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kapsamında, küçük yaşlarda evliliğe müsaade eden düzenlemelere, rızaya dayalı cinsel ilişkiyi meşrulaştırdığı için tereddütlü bakmaktadır. Ayrıca çocukların cinsel istismarının, "*cinsel davranışın rızası dışı olmaması durumu*" ile sınırlı olarak yorumlanmaması gerektiği, belli bir yaşın altında çocuklarda çocuğun istekli olması ve hatta cinsel davranışı kendisinin başlatması durumunda dahi istismar kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesindedir²².

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede de, aynı Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nde olduğu gibi, cinsel ilişkiye rıza gösterilmesine ilişkin asgari bir yaş düzenlemesi öngörülmemektedir. Ancak Komite, Endonezya'da müsaade edilen on iki yaşı oldukça düşük olarak değerlendirmiş ve on dört yaşa ilişkin olarak da, büyüklere karşı istismara yönelik yeterli koruma sağlamayacağı düşüncesiyle endişeli baktığını belirtmiştir. Ayrıca Komite, on dört-on sekiz yaş arasındaki çocukların pornografi ve fahişeliğe karşı hukuken korunmadıkları takdirde istismara uğrayabileceklerine vurgu yapmaktadır. Bunun yanında; erkek-kız, homoseksüel-heteroseksüel şeklinde ayrımlar yapılarak, cinsiyetine göre farklı yaş tespitlerinin yapılmasının Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen "ayrımcılık yasağı" ile bağdaşmayacağı da belirtilmektedir²³.

Söz konusu Sözleşme'nin 34. maddesinin kaleme alınması sırasındaki tartışmalarda da, amacın çocukların cinsel yaşamlarını düzenlemekten ziyade cinsel yönden sömürülmeleri ile mücadele etmek olduğuna işaret edilmiştir.

²⁰ Özgenç, Cinsel Dokunulmazlık, s.259.

²¹ Özgenç, Cinsel Dokunulmazlık, s.259.

²² Rachel Hodgkin/Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3.Baskı, UNICEF, 2007, s.523, 524.

²³ Hodgkin/Newell, s.523, 524. https://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Part_3_of_3.pdf (erişim tarihi: 29.3.2020).

Dolayısıyla Sözleşme ile güvence altına alınan çocuk hakları kapsamında amaç, “*çocukların cinsel istismarını önlemek*” olarak vurgulanmıştır²⁴.

Diğer taraftan Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen çocuğun görüşlerine saygı gösterilmesi hakkı²⁵ bağlamında; kendi görüşlerini serbestçe oluşturma yeteneğine ve olgunluğuna sahip olan çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir özerliğe sahip olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır²⁶.

C. Çocukların Cinsel İstismarını Önlemeye Yönelik Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

Suçla korunan hukuki yararın daha iyi anlaşılabilmesi ve dolayısıyla normun yorumlanmasında katkısı sağlayabilmesi bakımından kanaatimizce karşılaştırmalı hukuka da yer vermek gerekmektedir.

Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler incelendiğinde; “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçuna benzer bir düzenlemeye yer verilmediğini görmekteyiz. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin çocukların istismarını önlemeye yönelik olduğu, istismar içermeyen rızaya dayalı cinsel ilişkinin cezalandırdığı bir suç tipine yer verilmediği görülmektedir.

Kanaatimizce yukarıda değindiğimiz BM Çocuk Hakları Komitesinin bakış açısı da dikkate alınmak suretiyle, “*belirli bir yaşın altında karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişki acaba istismarın bir türü olarak değerlendirilebilir mi?*” sorusunun tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda; “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçuna ilişkin bu değerlendirmeyi yapabilmek için çocukların cinsel istismarına yönelik karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakmanın yerinde olacağını düşünmekteyiz.

İsviçre Ceza Kanunu'nda; çocuklar bakımından suç teşkil etmeyen cinsel ilişki yaş sınırı on altı olarak kabul edilmiş, bu yaşın altında bir çocukla rızasına dayalı cinsel davranışlar ve dolayısıyla “cinsel ilişki” hürriyeti bağlayıcı ceza ile müeyyide altına alınmıştır. İlgili maddede suça konu fiil, cinsel davranışlar olarak belirtildiğinden, sadece cinsel ilişki değil, her türlü cinsel davranışın gerçekleştirilmesi durumunda cezalandırma öngörülmektedir. İlgili maddede ayrıca; fail ile mağdur arasındaki yaş farkının üçü geçmemesi halinde fiilin

²⁴ Hodgkin/Newell, s.523, 524.

²⁵ *Respect for the views of the child*

²⁶ Aynı yönde Recep Doğan, “Anlamalı Yanıt Üretilemeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2017, S. 2017/1, Ankara Barosu Dergisi, s.128.

cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmiştir²⁷. Söz konusu hüküm; “*cinsel bütünlüğe karşı suçlar*” bölümü altında “*çocukların gelişmesini tehlikeye sokmak, çocuklarla cinsel davranışlar*”²⁸ başlığı altında düzenlenmiştir. Düzenlemenin yeri ve başlığı dikkate alındığında, İsviçre Ceza Kanunu’nda korunan hukuki değer “*çocukların sağlıklı gelişimi*” olduğu söylenebilecektir.

İsviçre Ceza Kanunu’nda ayrıca mağdurun yaşında hata konusu da düzenlenmiş, failin mağdurun yaşının on altıdan fazla olduğuna ilişkin hatalı tasavvurunun kaçınılabilir olması durumu yaptırma bağlanmıştır (m.187) İlgili maddenin 3.fıkrasında ise; takdire bağlı bir cezazırlık sebebi öngörülmektedir. Fail suç tarihinde yirmi yaşını doldurmamışsa ve özel koşulları varsa ya da fail ile mağdur evlenmiş ya da birlikte yaşamaya başlamışlarsa soruşturma ve kovuşturma mercileri cezalandırmadan sarfinazar edebilmektedirler.

Alman Ceza Kanunu’nda²⁹, on altı yaşını tamamlamamış kişilere karşı cinsel suçlar (m.182) “*cinsel tercihte bulunma hakkına karşı suçlar*”³⁰ bölüm başlığı altında düzenlenmiştir.

Alman öğretisinde bu suçlarda korunan hukuki yararın on altı yaşın altındaki gençlerin “*cinsel tercihte bulunma hakkı*”, bir başka deyişle “*cinsel özgürlükleri*” olduğu vurgulanmakta³¹, gençlerin cinsel kimliklerinin gelişimi ile fiziki ve sosyal olgunlaşmalarının korunmasının amaçlandığı vurgulanmaktadır. Ayrıca mağdurun istismar niteliğindeki cinsel davranışların olumsuz sonuçlarından korunması zorunluluğuna işaret edilmektedir³². Burada amacın belirli standart bir cinsel gelişim modeli değil, kişinin kendisinin belirlediği cinsel yaşama ilişkin gelişim hedeflerinin korunması olduğu ifade edilmektedir³³.

²⁷ *Schweizerisches Strafgesetzbuch par.187*. Kanun orijinal metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> (erişim tarihi: 18.3.2020); Memiş Kartal, s.2085.

²⁸ *Gefährdung der Entwicklung von Minderjährigen/Sexuelle Handlungen mit Kindern*

²⁹ *Strafgesetzbuch-StGB*; Alman Ceza Kanunu’nun Türkçe tercümesi için bkz. Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, *Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu*, 2. Bası, Beta Yayınları, 2015.

³⁰ *Sexuelle Selbstbestimmung*

³¹ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch*, 56. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2009, StGB § 182 Kn.2, s.1265; BGH 42, 27, 29, 51, 55, NJW 97, 1590); Kristian Köhl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2007, s.793.

³² Fischer, s.1265; Köhl, s.793.

³³ Fischer, s.1265.

“Gençlerin cinsel istismarı”³⁴ başlığı altında düzenlenen StGB’nin 182/2. maddesi incelendiğinde ise; öncelikle “reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki”yi düzenleyen bir hüküm bulunmadığını belirtmek gerekmektedir. Maddede failin yirmi yaşını tamamlamış, mağdurun ise on altı yaşın altında olması durumunda “istismar”³⁵ teşkil eden fiiller müeyyide altına alınmaktadır. Keza mağdurun zaruret durumundan faydalanmak ya da ivaz karşılığında cinsel davranışta bulunmak gibi istismar niteliğindeki fiiller de bu madde altında cezalandırılmaktadır.

Maddenin uygulamasında; mağdur kadın ya da erkek olabilmekle birlikte, yaşının on altının altında olması gerekmektedir. Fail bakımından ise yetişkin³⁶, yani yaşının en azından on sekiz yaşını tamamlamış olma koşulu bulunmaktadır³⁷ (StGB par.182/1). Kanunda on dört yaşından önce kişinin cinsel davranışını tayin ehliyetinden objektif olarak yoksun bulunduğu kabul edildiğinden, bu yaşın altındaki çocuklara yönelik cinsel davranışlar “çocukların cinsel istismarı” olarak nitelendirilmektedir (StGB par.176)³⁸.

On dört-on altı yaş aralığındaki çocuklara yönelik cinsel davranışlar bakımından ise gencin cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin³⁹ bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Ancak mağdurda bu ehliyetin bulunmaması durumunda failin davranışı “cinsel istismar” olarak kabul edilebilmektedir (StGB par.182/2-2).

StGB’de “mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması” kavramı yanında “mağdurun kendisini savunamayacak halde bulunması”⁴⁰ (StGB par.179/1) “kavramına da yer verildiği görülmektedir. Kendisini savunamayacak durumda olması kavramından bedensel ya da ruhsal engellilik, maluliyet gibi fail bakımından cinsel davranışı kolaylaştıran durumların istismarı olarak anlaşılmaktadır⁴¹. Mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yoksunluğu ise; tespiti daha karmaşık ve birçok

³⁴ *Sexueller Missbrauch von Jugendlichen*

³⁵ *Missbrauch*

³⁶ *Erwachsene*

³⁷ Kühl, s.794.

³⁸ Fischer, S.1270; Adolf Schröder/Horst Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2019, StGB § 176, Rn.2-4.

³⁹ *Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung*

⁴⁰ *Widerstandsunfähig*

⁴¹ Fischer, s.1236.

kriterin değerlendirmesini gerektiren bir niteliktedir. Uygulamada, somut olay göz önüne alınarak, bilirkişi ya da uzman bir kişi tarafından, failin kişiliği ve fail ile mağdur arasındaki ilişkinin mahiyeti vb. dikkate alınmak suretiyle belirlenebilmektedir⁴².

Gençlerin cinsel istismarı suçunun bir şeklini düzenleyen StGB par.182/2'de ise; fail için yirmi bir yaşını tamamlamak, mağdur bakımından da ise on altı yaşını tamamlamamış bulunmak koşulu öngörülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından burada fail ile mağdur arasında en az beş yaş gibi önemli bir yaş farklılığı olması zorunluluğu getirilmiştir. Öğretide yaş farklılığı nedeniyle failin mağdur üzerinde ciddi bir otorite eğilimi olabileceği ve dolayısıyla istismar tehlikesi doğurabileceği kabul edilmektedir⁴³. Ancak sadece yaş farklılığına dayalı olarak mağdur bakımından “cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı” şeklinde bir tahminde bulunmanın doğru olmadığı, mağdurun kişilik özelliklerinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Sözgelimi; mağdurun henüz olgunlaşmamış olması, uçarılık ya da bilgisizliğe dayanan hareketlerinin bulunmasının da göz önünde alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Alman öğretisine göre; “*cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin*” değerlendirmesinde mağdur bakımından tam bir olgun kişilik özellikleri arandığı şeklinde anlaşılmalıdır ya da ahlaki değerler ile de karıştırılmamalıdır. Zira yetişkin insanların cinsel yaşam konusundaki kararları çoğu zaman sorumluluk duygusuna sahip bir yaşam tarzı ile çelişebilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla; mağdur bakımından ahlaki değerleri yüksek, örnek bir rol modele dayalı değil, mağdura özgü kişilik özellikleri somut olay kapsamında dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

“*Cinsel istismar*” Alman öğretisinde genel olarak; cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş bir kişiden faydalanmak olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Bu nedenle “*faydalanmak*”⁴⁶ kavramının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Sadece fail ve mağdur arasında beş yaş farkının bulunduğundan hareketle bu sorunun çözümü mümkün görülmemektedir. Diskotekte tanışma ya da fail-mağdur arasında ilk ya da

⁴² BGH 42, 402; Fischer, s.1269.

⁴³ Kühl, s.795.

⁴⁴ Fischer, s.1269-1270.

⁴⁵ Schönke/Schröder, StGB § 182, Rn.14, 14a.

⁴⁶ *Ausnutzen*

ikinci kez kişisel temas kurulmuş olması gibi örneklerin de “faydalanma” olup olmadığı hakkında yeterli ipucu vermediği düşünülmektedir⁴⁷.

Mahkemenin kararı; uzman kişinin ya da bilirkişinin “*mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği var mı?*” şeklindeki normatif bir sorunu çözmesi ile mümkündür. Cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan çocuğun cinsel ilişkiye ve diğer cinsel davranışlara gösterdiği rızanın geçersiz kabul edilebileceği düşünülmektedir⁴⁸. Uzman tarafından bu karmaşık sorunun çözümü ise; fail ve mağdurun kişilik özellikleri, aralarındaki ilişkinin mahiyeti, yaş farkları, cinsel davranışa rıza gösterilmesinin rasyonel, ahlaki ve duygusal anlamda bir yaşam tarzına uygunluğu gibi birçok faktörün bir arada değerlendirilmesi suretiyle mümkündür⁴⁹. Sadece olması gereken ahlaki değerlerden yola çıkarak mağdurun bu yeteneğinin olmadığı sonucuna varmak doğru bir çözüm olarak nitelendirilmemektedir.

Alman öğretisinde; somut olayda mağdurdan faydalanma olup olmadığının tespitinin nihayetinde içtihatlarla ve bilimsel öğretilere bırakıldığı ifade edilmektedir⁵⁰.

İtalya’da da reşit olmayanlar arasındaki cinsel ilişki suç olarak düzenlenmemiştir. Cinsel ilişkiye girme yaşı on dört olarak kabul edilmektedir. İki kişi arasındaki yaş farkının üç yaştan az olması ve ikisinin de on üç yaşından küçük olmaması şartıyla cinsel ilişki istismar olarak nitelendirilmemektedir⁵¹.

⁴⁷ Kühl, s.795-796.

⁴⁸ Alman Ceza Kanunu’nun 182/2. maddesinde yirmi bir yaşını tamamlamış bir fail, on altı yaşını tamamlamamış bir kişinin cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmamasının, cinsel davranışlarla istismar edilmesi müeyyide altına alınmaktadır (StGB par. 182/2).

Söz konusu maddede mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza, cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmadığından ya da yeterince gelişmemiş olması halinde geçerli kabul edilmemektedir. Her şeyden önce, failin benimsediği “haksız” yaklaşıma bakılmaksızın, mağdur genç yaşa bağlı olgunlaşmamış olması nedeniyle buna karşılık gelen bir irade geliştiremiyorsa veya gerçekleştiremiyorsa, fail bunu bilinçli olarak fiiline katkı sağlayan bir faktör olarak kullanıyorsa bir istismar söz konusudur. Madde hükmü sadece geçerli olmayan rıza bulunması halini değil, rızanın olmaması durumunda da uygulanmaktadır (Schönke/Schröder, StGB § 182, Rn.14, 14a).

⁴⁹ Benzer açıklamalar için bkz. Fischer, s.1269.

⁵⁰ Kühl, s.796.

⁵¹ <http://www.protection-of-minors.eu/en/country/IT> (erişim tarihi: 18.3.2020)

İngiltere’de ise cinsel ilişkiye rıza yaşı 2003 tarihli *Cinsel Suçlar Kanunu*⁵² tarafından on altı, Kuzey İrlanda da ise on yedi olarak belirlenmiştir. Bu yaşı altındaki çocuklar arasında rızaya dayanan ve istismar içermeyen cinsel ilişki durumunda farklı bir soruşturma süreci uygulanmaktadır. Bu durumda Savcılık makamı çocuk suçluluğu uzmanları⁵³ ile beraber çalışmakta, fiilin soruşturulup soruşturulmayacağı konusunda somut olay kapsamında birçok ölçüt dikkate alınmaktadır. Özellikle; fail ve mağdurun birbirine yakın yaş grubu içinde olup olmadıkları, cinsel ilişkinin rızaya dayalı olup olmadığı, tarafların cinsel, duygusal ve eğitsel gelişimleri, cinsel ilişkinin ergenliğin gelişim evresine ile psikolojik ve sosyal gelişimlerine etkileri, cinsel ilişkinin duhul içerip içermediği gibi birçok ölçüt bir arada değerlendirilmek suretiyle karar verilmekte, savcılık makamınca uygun görülmesi halinde ailenin görüşleri de değerlendirmeye alınmaktadır⁵⁴.

Diğer ülke örneklerinden edindiğimiz kanaat; ülkemizde rızaya dayalı cinsel ilişki yaşının diğer ülkelere oranla yüksek olduğu hususudur. Ayrıca reşit olmayan mağdurla karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkinin cezalandırılması şeklinde benzer bir düzenlemenin bulunmadığını söyleyebiliriz.

Dikkat çekici diğer husus ise; bazı ülke kanunlarında istismar olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından suçun unsuru olarak, fail ile mağdur arasında asgari bir yaş farkının öngörülmüş olmasıdır. Ayrıca Almanya ve İngiltere örneklerinde olduğu gibi bazı ülke kanunlarında; mağdurun istismar edildiği, bir başka deyişle mağdurdan faydalandığı konusunda bir tespit bulunabilmek için mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği yönünden bir uzman görüşüne başvurulduğu görülmektedir. Uzman kişinin başta fail ve mağdurun kişilik özellikleri olmak üzere somut olay kapsamında birçok faktörü değerlendirmek suretiyle bir kanaate vardığı ve hazırladığı bu görüşün soruşturma ve kovuşturma mercilerine yön verdiği anlaşılmaktadır.

D. Tipikliğin Maddi Unsurları

Türk ceza hukuku öğretisinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna 5237 sayılı Kanunda yer verilmesinin doğru olmadığı, burada ceza hukuku ile

⁵² *Sexual Offences Act*; Kanun metni için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdfs/ukpga_20030042_en.pdf (erişim tarihi: 18.3.2020)

⁵³ *Youth Offender Specialists*

⁵⁴ <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/child-sexual-abuse-guidelines-prosecuting-cases-child-sexual-abuse> (erişim tarihi: 18.3.2020); Doğan, s.145-146.

korunması gereken bir menfaat bulunmadığı şeklinde görüşler bulunmaktadır⁵⁵. Ayrıca bu yaşta cinsel ilişkinin psikolojik açıdan zararlı olması ya da toplumda tercih edilen bir şey olmamasının, suç olarak düzenleme yapılmasına haklı bir gerekçe oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁵⁶.

Öğretideki suç olarak düzenlemesinin yerinde olup olmadığı şeklindeki bu tartışmaların aksine ilgili suçun müeyyidesinde 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle artırım yoluna gidilmiştir. Öngörülen müeyyide “altı aydan iki yıla” kadar hapis cezası iken “iki yıldan beş yıla” kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmak suretiyle değiştirilmiştir.

Düzenlemenin diğer bir tartışma noktasını ise 765 sayılı Kanundan farklı olarak, 5237 sayılı Kanunda suçun şikâyete tabi kılınmış olması oluşturmaktadır. Madde bir taraftan mağdurun iradesini sakatlayan bir sebep olmamasını şart koşarak rızasını aramış, diğer taraftan da suçu şikâyete bağlı kılarak çelişki yaratmıştır⁵⁷. Rızaya dayalı cinsel ilişki sonrası mağdurun şikâyeti ile soruşturma başlayabilecek olması, faili öngörülemez ve mağdurun keyfiyetine dayalı bir ceza tehdidi ile karşı karşıya bıraktığı şeklinde görüşler bulunmaktadır⁵⁸. Hatta bu düzenlemenin mağdurun şikâyet etmeme karşılığında çıkar sağlamasına hukuki dayanak olabileceği gibi bir görüş de bulunmaktadır⁵⁹.

Şikâyet konusunda dile getirilen diğer bir sorun ise, şikâyet hakkının münhasıran mağdurda olup olmadığı konusudur. Mağdurun yanında kanuni temsilcilerin (veli ya da vasi) de şikâyet haklarının bulunduğu kabulü uygulamada iki süje arasındaki ihtilafın nasıl çözülmesi gerektiği konusunu da gündeme getirmektedir.

104. maddede failin yanında mağdurun da belirsiz oluşu ise öğretideki diğer bir tartışma konusudur. Örneğin evlenmek suretiyle ergin olan ve on

⁵⁵ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R.Murat Önok, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018, s.447; Kantarcı, s.93; Taner, s.367.

⁵⁶ Taner, s.367.

⁵⁷ Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s.536; Hale Akdağ, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, 2017, C.5, S.9, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.180.

⁵⁸ Enver AKSAKAL, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2014, 2014/2, İstanbul Barosu Dergisi, s.271.

⁵⁹ Atacan Köksal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2015, Prof. Dr. Nevzat Toroslu ’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, s.719.

sekiz yaşını doldurmamış kişilerin suçun mağduru olup olamayacakları konusunda kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte; bu sorunun da milletlerarası sözleşme ve Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde bir çözüme kavuşturulabileceği düşüncesindeyiz.

Rızaen cinsel ilişkide bulunan her iki tarafında on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar olmaları durumunda, fail ve mağdurun kim olacağı konusu uygulama nedeniyle tartışmalı bir şekilde kavuşmuştur.

Hukuk uygulamamızda bu yaş aralığındaki akran çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin m.104. kapsamında suç olarak kabul edildiği, fail ve mağdurun cinsiyetlerine göre hukuki sorunun çözümlendiğini görmekteyiz⁶⁰. Öğretide bu kriterin yanında cinsel ilişkiye ikna etme, razı etme ya da yönlendirme gibi kriterlerin de kullanılabilirliği ifade edilmektedir⁶¹. Ancak uygulamada bu kriterlerin referans alındığına ilişkin bir içtihadı rastlanmamıştır.

Ağırlıklı olarak uygulama temelli olduğunu değerlendirdiğimiz⁶² bu sorulara aşağıda belli bir sistematik içinde konuya ilişkin Yargıtay kararlarına da yer vermek suretiyle cevap vermeye çalışacağız.

aa. Fail

TCK'daki 104. maddesinin temel şekli; “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmünü haizdir.

Öğretide, bu suçun failinin çocuk olmaması gerektiği, aksi düşünüldüğü takdirde kimin mağdur, kimin fail olduğunun tespitinin mümkün olmaması

⁶⁰ Hukuk uygulamamızda, on beş yaşını tamamlamış akran çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin “suç” oluşturduğu, suçun failinin erkek çocuk olduğu, kızın ise, bazı olaylarda yaş olarak erkekten büyük olmasına rağmen, “mağdur” olarak kabul edildiği yönünde kararlar verilmektedir (Özgenç, Akran Çocuklar, s.266); Y.14. C.D., 6.7.2020, E. 2019/429, K. 2020/3120; Y.14. C.D., 25.6.2020, E. 2018/9851, K. 2020/2675; Y.14.C.D., 29.6.2020, E. 2018/8581, K. 2020/2772. Söz konusu kararlarda cinsel birleşmede bulunan çocuklardan kızın yaşı erkeğin yaşından büyük olmasına rağmen, suçu işleyen yine de erkek kabul edilmiş, kız ise “mağdur” olarak değerlendirilmiştir. Kararların ayrıntılı tahlil ve eleştirisi için bkz. Özgenç, Akran Çocuklar, s.268-271.

⁶¹ İsmail Malkoç, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Malkoç Kitabevi, 2009, s. 275; Akdağ, s.175.

⁶² Özgenç, Akran Çocuklar, s.266. ÖZGENÇ, söz konusu makalesinde akran çocuklar arasındaki cinsel birlikteliklere ilişkin hukuk uygulamamızdaki tutarsızlıklara değinmiştir.

nedeniyle 104. maddedeki düzenlemenin “*belirlilik*” ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir⁶³.

TCK’nın 104. maddesi çerçevesinde; on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara, bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunmak yönünde cinsel bütünlükleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi tanınmamıştır. Dolayısıyla on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun rıza açıklaması, reşit kılınmadığı sürece, kendisiyle cinsel ilişkide bulunan bir başkasının fiilini hukuka uygun hale getirmemektedir⁶⁴.

Türk Ceza Kanunu’ndaki 104. maddesine ilişkin uygulamada; failin reşit olmaması durumunda hükmün uygulanıp uygulanamayacağı ve hatta kimin fail, kimin mağdur olduğu gibi temel konular tartışma konusu olmaktadır. Bu başlık altında faile ilişkin sorun alanları incelenmeye çalışılmıştır.

104. madde; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikâyet üzerine cezalandırılmasını müeyyide altına almaktadır. Madde metninde failin yaşına ya da cinsiyetine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Failin cinsiyetine ilişkin yer verilecek bir ibarenin “*ayrımcılık yasağı*” ile çelişeceği de izahtan varestedir.

Karşılaştırmalı hukukta, yukarıda bazı ülke örneklerinde bahsettiğimiz üzere; reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yer verilmemiş olmakla birlikte, çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından failin yaşının belli bir yaşın üstünde olmasına ilişkin düzenlemelere rastlamaktayız.

Almanya örneğini tekrar ele alacak olursak (reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte); istismarın nitelikli halinde on altı yaşını doldurmamış bir mağdura karşı ancak on sekiz yaşını tamamlamış (StGB par.182/1), haksızlık içeriği daha az olan cinsel istismarın temel şekline ilişkin fiillerde ise yirmi bir yaşını tamamlamış bir kişi cinsel istismar suçunun faili olabilmektedir (StGB par.182/2).

Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında; failin yaşı ve özellikle on beş-on sekiz yaş aralığındaki failerin ceza sorumluluklarının söz konusu olup olmadığı konusu çalışmamızın temel noktasını oluşturmaktadır. Failin kanuni yolla ergenliğini elde etmiş olması durumunda ceza sorumluluğunun nasıl değerlendirileceği ise yine ayrı bir sorundur.

⁶³ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267; Kantarcı, s.88-89; Yokuş Sevük, 6545 sayılı Kanun, s. 138.

⁶⁴ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.264.

Diğer bir tartışma konusu ise failin cinsiyetine ilişkindir. Failin cinsiyeti madde metninde belirtilen “*cinsel ilişki*” kelimesine verilen anlamla da doğrudan ilişkilidir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri incelendiğinde; faile ilişkin bazı özellikler arandığı görülmektedir. 2014 yılında yapılan değişiklik ile, 6545 sayılı Kanun’un 60. maddesinde iki ayrı özgü faillik düzenlemesi getirilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu düzenleme uyarınca, söz konusu suçun mağdurlar aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerce işlenmesi maddenin 2.fıkrasında, koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi de 3. fıkrasında şikâyete tabi olmaksızın nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.

aaa. Failin Cinsiyeti ve Cinsel İlişki Kavramı

TCK 104. maddenin başlık ve metni bize failin cinsiyeti hakkında bir fikir vermemektedir. Öğretide; madde metninin hukuk biliminin gereklerine uygun olarak yapılan yorumuna göre, fail ya da mağdurun cinsiyetinin önemli olmadığı belirtilmektedir⁶⁵.

Öncelikle belirtmek gerekirse, kanun koyucu tarafından suçun maddi unsuru olarak “*cinsel davranış*” değil, “*cinsel ilişki*” terimi tercih edilmiştir. Kanunda “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” bölümünde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında “*cinsel davranış*” yeterli görülürken, 104. maddede “*cinsel ilişki*”nin gerçekleşmesinin aranması öğretide eleştiri konusu olmuştur.

Gerçekten yukarıda karşılaştırmalı hukuk örneklerinde de belirttiğimiz üzere; çocukların cinsel istismarında her türlü “*cinsel davranış*” suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Keza Alman Ceza Kanunu’nda “gençlerin cinsel istismarı” başlıklı 182. maddesinde sadece cinsel ilişki değil, “*cinsel davranışlar*”⁶⁶ kavramı kullanılmak suretiyle suça konu fiilin kapsamı geniş tutulmuştur.

Suçla benzer hukuki yararların korunduğu göz önüne alındığında, cinsel ilişki ile diğer cinsel davranışlar arasında ayrıma gidilmiş olması, kanun koyucu tarafından çocuğun gelişimine etkileri yönünden aralarında bir derecelendirme yapılmış olduğu düşüncesini doğurmaktadır.

⁶⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt 1 (Kanunlar), 11. Baskı Seçkin Yayınevi, 2014, s. 291.

⁶⁶ *Sexuelle Handlungen*

104. maddedeki mevcut düzenlemeden çıkarabileceğimiz sonuç, on beş-on sekiz yaş aralığında bulunan çocuklar arasında rızaya dayanan ya da kanundaki lafzı ile ifade edecek olursak cebir, tehdit ve hile içermeyen ve cinsel ilişki aşamasına varmayan cinsel davranışları kanun koyucunun ceza hukuku alanının dışında tuttuğudur. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar ve cinsel ilişki ise TCK m.103/1-b maddesi uyarınca çocuğun cinsel istismarı olarak müeyyide altına alınmıştır.

104. madde esas itibariyle, failin cinsiyeti ve yaşına işaret etmeksizin on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cebir, tehdit ya da, hile içermeyen, karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkiyi müeyyide altına almaktadır. Ayrıca maddede suçun takibi mağdurun şikâyetine tabi kılınmıştır. Dolayısıyla failin cinsiyeti konusundaki tartışmalar “*cinsel ilişki*” kavramına verilecek anlam ile doğrudan bağlantılıdır.

Cinsel ilişki kavramı, 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay Kararlarında; “*aktif failin tenasül organını kadının vücuduna normal (vajinal) ya da anormal (anal) yoldan, erkeğin vücuduna ise anormal (anal) yoldan sokması*” olarak tanımlanmıştır⁶⁷. Oral yoldan gerçekleşen duhul cinsel ilişki sayılmayarak ırza tasaddi kapsamında değerlendirilmekteydi. Eşin rızası hilafına anal ilişkide bulunulması ise, 478. madde kapsamında “*kötü muamele*” olarak değerlendiriliyordu⁶⁸. Ayrıca, 765 sayılı Kanun’a ilişkin içtihatlarda, cinsel

⁶⁷ YCGK, 19.2.2002, E. 2002/5-44, K. 2002/175 “*Irza geçme suçu aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesiyle oluşur. Şehevi duyguların cinsel birleşme dışında tatminine yönelik, sarkıntılık boyutunu aşan ve devamlılık gösteren davranışlar ırza tasaddi, belli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve ifetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar ise sarkıntılık suçunu oluşturur.*”

YCGK, 4.6.1990, E.1990/5-101, K.1990/156 “*Irza geçme...Aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen ya da tamamen ithal etmesi, sokmasıdır.*”

⁶⁸ Y.4.CD, 19.12.1990, E.1990/5557, K.1990/7044; Söz konusu kararda ilk derece mahkemesi sanığın eşi olan mağdureyi tehdit etmek (manevi cebir) suretiyle anal ilişkide bulunulması şeklinde gerçekleşen fiili nedeniyle “*aile bireylerine kötü muamele suçundan (m.478)*” hüküm kurmuş, Yargıtay Ceza Dairesince söz konusu karar yerleşik yargı kararlarına uygun bulunarak onanmıştır.

Söz konusu kararda Sami Selçuk’a ait karşı oy yazısında; evliliğin zorla ırza geçme suçunun hukuka aykırılık ögesini kaldırmadığı, eşler arasında cinsel dokunulmazlığın benimsenmesi gerektiğini ve ırza geçme suçunun eşler arasında da oluşabileceği, dolayısıyla m.416 gereğince ırza geçme suçundan hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Selçuk, ancak m.478’in maddi ve manevi zor kullanılması durumunda değil, mağdurenin gönülsüz olması durumunda uygulanabileceği görüşündedir. KÖKSAL, s.705.

organa erkek cinsel organından başka bir cismin ithal edilmesi de bu suç kapsamında görülmemekte idi. 765 sayılı Kanunu uygulamasında fail yönünden en dikkat çekici husus ise, failin ancak erkek olabileceğinin kabulü idi.

5237 sayılı Kanunda ise 765 sayılı Kanundan farklı olarak, fail erkek ya da kadın olabilmektedir⁶⁹. Öğretide, 5237 sayılı Kanun'un 104. maddesindeki cinsel ilişki kavramını "*erkek cinsel organının vajina ya da anüse sokulması veya sokturulması*" olarak tanımlayan görüşler bulunmaktadır⁷⁰. Bu görüşe göre oral yoldan yapılan birleşmeler bu suç bakımından fiil olarak nitelendirilmemektedir⁷¹. Diğer bir görüş ise cinsel organın oral yoldan duhulünü de cinsel birleşme kavramı içinde değerlendirmekte; "*iki karşı ya da aynı cinsin üreme organlarının duhul niteliğinde birbirleriyle birleşmesi ya da anal ya da oral yoldan cinsel organın duhulü*" olarak nitelendirilmektedir⁷². Bu durumda bir erkeğin bir kadınla vajinal, anal ya da oral yönden, bir erkeğin başka bir erkekle anal ya da oral yoldan yaşayacağı birleşme cinsel ilişki olarak nitelendirilmektedir⁷³. Görüldüğü üzere öğretideki temel farklılık oral yoldan birleşmelerin cinsel ilişki olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusundadır.

Yargıtay içtihatlarında ise; oral yoldan birleşme, kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle cinsel ilişki olarak nitelendirilmemektedir⁷⁴. Bu yerleşik içtihadın bir sonucu da iki kadın arasında

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.7.1994 tarihli kararında da; eşe yönelik yerleşik yargısal görüşler doğrultusunda, eşi olan mağdureyi tehdit etmek (manevi cebir) suretiyle anal ilişkide bulunulması şeklinde gerçekleşen eylemi "sevecenlikle bağdaşmayan suç" olarak nitelendiren ve TCK'nın 478. maddesi çerçevesinde hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararını onamıştır (Y.4.CD, 7.7.1994, E.1994/2788, K.1994/6217).

⁶⁹ Pınar Memiş Kartal, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)", 2016, S.65/4, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.2087.

⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.445; Memiş Kartal, s.2089; Köksal, s.707.

⁷¹ Köksal, s.707.

⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız, s.381.

⁷³ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s.3417; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.381.

⁷⁴ Y.14.CD, 16.1.2013, E.2011/7214, K.2013/240. "*Oluşa uygun kabule göre; sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılığa düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...*"

gerçekleşen fiillerin cinsel ilişki olarak nitelendirilmemesidir⁷⁵. İki kadın arasındaki birleşmenin cinsel ilişki olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde ayrık görüşler de bulunmaktadır⁷⁶. Kanunda düzenlenen tipik fiilin, “cinsel davranış” değil, “cinsel ilişki” olarak belirlendiği dikkate alındığında, yerleşik içtihat ve görüşler ile çelişecek şekilde, böyle bir yoruma ulaşılamayacağı düşüncesindeyiz.

5237 sayılı Türk Ceza Kanun 765 sayılı Kanun ile karşılaştırıldığında diğer bir farklılık ise; cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında sair cisim sokulmasının da nitelikli hal olarak kanun metnine dahil edilmiş olmasıdır. Ancak “sair cisim sokulması”, cinsel ilişki kavramı kapsamında değerlendirilmediğinden, m.104 bakımından tipik fiil olarak görülmemekte, suç olarak nitelendirilmemektedir.

Cinsel ilişki dışındaki her türlü cinsel davranış ve bu hatta vücuda sair cisim sokulmasına gösterilen rıza geçerli sayılıp, söz konusu fiiller suç olarak değerlendirilmezken, cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmiş olması öğretide eleştirilmiştir⁷⁷.

KOCA/ÜZÜLMEZ de; m. 104’de bu suçta sair cisim sokulması fiiline yer verilmemiş olmasını haklı olarak eleştirmektedirler. Söz konusu maddenin “...onbeş yaşını bitirmiş bir çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokan kişi,cezalandırılır” şeklinde yeniden formüle edilmesi gerektiğini, böyle bir düzenlemenin çocukların tam bir olgunluğa erişmeden, her türlü cinsel deneyimden uzak tutulmasını sağlayacağı belirtilmektedir⁷⁸.

Failin yaşı sorunu aşağıda incelenecek olmakla birlikte, yaş konusundan bağımsız olarak ve on sekiz yaşın altındakilerin de suçun faili olabileceği kabul edildiği takdirde, on beş yaşından büyük, yani akran olan erkek ve kız çocuğunun cinsel ilişkiye girmeleri durumunda failin cinsiyet itibariyle kim olacağı konusu ayrı bir tartışma konusudur.

Yargıtay kararlarında suçun failinin erkek olduğu kabul edilmektedir. İki tarafın da çocuk olduğu ve cinsel ilişki teklifinde ilk bulunanın kız çocuğu olduğu olayda (teklif edenin kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır)

⁷⁵ Taner, s.368: Köksal, s.691.

⁷⁶ Doğan, s.134; Farklı gerekçeyle eleştiri için bk. Memiş Kartal, s.2087.; Kanbur, s.4146.

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.446.

⁷⁸ Koca/Üzülmez, s.374; Tezcan/Erdem/Önok, s. 446; Handan Yokuş Sevik, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s.176;

erkek çocuk fail olarak kabul edilmiştir⁷⁹. Diğer bir olayda ise kız çocuğu erkek çocuğundan büyük olmasına rağmen, kızın şikâyeti üzerine erkek çocuk hakkında zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan verilen mahkûmiyet hükmü Yargıtay tarafından hukuka uygun bulunmuştur⁸⁰.

Kanaatimizce, failin erkek olması gerektiği yönündeki görüş, 5237 sayılı Kanunun cinsel suçlara ilişkin düzenlemeleri ile uyumlu değildir⁸¹. 5237 sayılı Kanun'da, 765 sayılı Kanundan farklı olarak kadın da suçun faili olabilmektedir. Örneğin; yetişkin kadın, çocuğun penisini kendisine sokturması durumunda bu suçun faili olabilmektedir⁸². Ancak iki kadın arasındaki cinsel münasebet, cinsel ilişki olarak nitelendirilmediğinden 104. madde kapsamında değerlendirilmediğini belirtmiştik.

Diğer taraftan Yargıtay'ın diğer bir yerleşik içtihadında görüldüğü üzere, iki erkek çocuğunun karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkisinde de aktif-pasif ayırımından hareket edilerek fail-mağdur tespiti yapılması da⁸³ suçla korunmak istenen hukuki yararlar örtüşmemektedir.

Öğretide erkek- kız ayrımı yapılmaksızın diğer tarafı cinsel ilişkiye ikna eden tarafın fail sayılması gerektiği yönünde görüşler bulunmakta ise de⁸⁴, yine suçun koruduğu hukuki yarardan hareketle, istismar içermeyen ve karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkide, suç tipi ile ilgisi olmayan kimin kimi ikna ettiği konusunun önemli olmadığı düşüncesindeyiz.

Cinsel ilişki kavramına öğretide "*cinsel haz*" kavramından hareketle farklı bir yorum da getirildiğini görmekteyiz. Bu görüş çerçevesinde; erkek ile kadın arasında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, vücutların

⁷⁹ Y.14.CD., 17.2.2014, E. 2012/8899, K. 2014/1766. "Nüfus kayıt örneğine göre, 15 yaş 7 aylık mağdurenin teklifi üzerine cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık sanık hakkında TCK. nın 104/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine uygun düşecek ve TCK.nın 3/1. maddesine aykırı olmayacak şekilde bir ceza verilmesi gerekirken, suçun işleniş şekli, olayın mağdure ve ailesi üzerinde yarattığı etkiden söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle üst haddeden ceza tayini, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, belirtilen nedenle 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA"

⁸⁰ Y. 14. C.D., 29.6.2020, E. 2018/8581, K. 2020/2772.

⁸¹ Koca/Üzülmez, s.372.

⁸² Kocaoğlu, s.403.

⁸³ Y.14.CD, 24.1.2013, E.2012/13961, K.2013/467.

⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 67.

herhangi bir şekilde “*cinsel haz*” amacıyla bir araya gelmesini sağlayan her türlü yakın temasın “*cinsel ilişki*” olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵. “*Cinsel ilişki*” kavramının yerleşik tanımından uzaklaşarak genişletici bir yoruma tabi tutulması ve bu suretle suçun kapsamının belirsiz bir şekilde genişletilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı düşüncesindeyiz. Zira bu sefer de “*cinsel haz*” gibi başka bir bilinmeyen kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Tartışmalar kanaatimizce kanun koyucunun madde ile korumak istediği hukuksal değeri açıklığa kavuşturmamış olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁶. Kanun koyucunun çocukları henüz yeterli olgunluğa erişmeden deneyimleyecekleri cinsel ilişkilerde yaşanabilecek istismara karşı korumak istediğini düşünmenin doğru bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.⁸⁷

Kanaatimizce; karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, konuya yaklaşımın “*cinsiyet*” ya da “*cinsel ilişki*” kavramlarından değil, somut olayda gerçekleşen cinsel ilişkide taraflardan birinin istismar edilip edilmediği noktasından yapılması gerekmektedir. Ancak m.104 deki düzenlemede tipik fiilin “*cinsel ilişki*” olarak belirlenmiş olması “*cinsel istismar*” bakımından değerlendirme yapmamızı mümkün kılmamaktadır. Ayrıca böyle bir yoruma ulaşabilmek için, cebir, tehdit veya hile içermediği halde “*istismar*” olarak değerlendirilebilecek olan cinsel davranışın ölçütlerinin ortaya konulması gerekmektedir.

Öğretide; 104. maddenin 103. madde ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, zira 104. maddenin de çocukların cinsel istismarını önlemeyi amaçladığı ifade edilmektedir⁸⁸. Bu görüş çerçevesinde 103. Maddede suç olan bir fiilin 104. Maddede sadece rızanın varlığına bağlı olarak suç olmaktan çıkarılmasının doğru olmadığı da belirtilmektedir⁸⁹.

Bu görüş kabul edildiği takdirde cinsiyet ve yaş ayrımı yapılmaksızın, istismar içeren tüm cinsel davranışların suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Böyle bir düzenleme yapılması durumunda, mevcut düzenleme ile söz konusu suç kapsamında değerlendiremediğimiz, yetişkin bir kadının bir kız çocuğunu

⁸⁵ Doğan, s.134.

⁸⁶ Aynı yönde Doğan, s.134.

⁸⁷ Doğan, s.134.

⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.377.

⁸⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.377.

istismar etmesi gibi durumlar da madde kapsamında yorumlanabilecektir. Bu şekilde yapılacak bir düzenlemenin çocukların cinsel istismara karşı korunmasına yönelik sağlayacağı teminat nedeniyle, milletlerarası sözleşmeler ile korunması gereken hukuki yararlar daha uyumlu olacağı düşünülmekle birlikte; 104. madde metni böyle bir genişletici yoruma müsaade etmemektedir. Diğer taraftan kanun koyucunun bu madde düzenlemesiyle çocukların cinsel istismarını önlemeyi amaçladığı düşüncesi de azınlıkta kalan bir görüştür.

Reşit olmayanla cinsel ilişkinin çocukları erken cinsel ilişkiden korumayı amaçladığı görüşü, suçu istismar çerçevesinde yorumlamamızın önüne geçmektedir. Ayrıca cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip on beş yaşın üzerindeki bir kişinin rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girmesi durumunda, hangi koşullarda istismar olduğunu ortaya koyabilmek ve buna ilişkin ölçütler belirleyebilmek “kanunilik” ve “belirlilik” ilkeleri çerçevesinde pek mümkün görülmektedir.

bbb. Failin Yaşı

M.104'deki mevcut düzenlemede failin yaşına ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Madde başlığı dikkate alındığında, suçun mağdurunun reşit olmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Madde başlığı tek başına failin yaşına ilişkin bir değerlendirme yapma imkânı vermemektedir.

Yukarıda da vurguladığımız üzere; 104. maddenin milletlerarası sözleşme hükümlerine uygun olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda yapılacak bir yorumla, suçla korunması gereken hukuki yarar çocuğun cinsel istismarını önlemek şeklinde kabul edildiği takdirde, failin ancak on sekiz yaşını doldurmuş kişi olabileceği düşünülebilir⁹⁰. Aksi düşüncenin kimin fail, kimin mağdur olduğu konusunda tereddüt doğurduğu öğretide haklı olarak ifade edilmektedir.

Öğretide, cinsel ilişkinin tarafı olan çocukların on beş-on sekiz yaş aralığında olması durumunda, her iki çocuğun da hem fail, hem de mağdur olabileceği görüşünü savunanlar bulunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde her iki taraf da karşılıklı kasten yaralama suçunda olduğu gibi kendi fiilinden sorumlu olacaktır⁹¹.

Diğer bir görüş ise; korunan hukuki yarar konusuna işaret ederek benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Bu görüş kapsamında, suçla korunan hukuki yarar

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Köksal, s.695.

⁹¹ Soyaslan, s.247.

çerçevesinde çocuğun sadece reşit olan faile karşı değil, birbirlerine karşı da korunmasının gerektiği, 103. madde bakımından suç teşkil eden eylemin 104.madde bakımından suç olmaktan çıkarılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla on beş-on sekiz yaş aralığında iki çocuk arasındaki cinsel ilişkide, her iki kişi için de 104.maddenin uygulanması dışında bir seçenek bulunmadığı ifade edilmektedir⁹².

Kanun koyucunun suçu takibi şikâyete tabi kılmak suretiyle, pratikte rızaya dayalı cinsel ilişkide böyle bir şikâyet olamayacağı düşüncesinden hareketle, aslında takibini imkânsız kıldığı, bir nevi fiilin suç sayılmadığı da öğretide ifade edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde on beş yaşını bitirmiş çocukların, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, yani isteyerek cinsel ilişkiye girmeleri, karşılıklı birbirlerini şikâyet etmedikleri sürece, hukuk düzenimizde artık ceza hukukunun dışında bırakılmıştır⁹³.

Rızaya dayanan bir fiilin şikâyete tabi kılınarak suç olarak düzenlenmiş olması tutarlı görülmemekle birlikte, suça ilişkin muhakeme şartı olan şikâyete tabi olmasından hareket edilerek suç teorisine ilişkin bir sonuca ulaşılmamasının mümkün olmadığını değerlendirdiğimizden bu görüşe katılmıyoruz. Zira bu yaklaşım failin çocuk olmayacağını değil, suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ya da kovuşturmanın fiilen imkânsız olacağını savunmaktadır⁹⁴. Kaldı ki kanunun lafzı karşısında fail ile mağdurun nasıl tespit edileceği ayrı bir sorun olmakla birlikte, her iki çocuğun diğerinden şikâyetçi olması ihtimal dâhilindedir.

Öğretide son ve ağırlıklı olan görüş ise; on beş-on sekiz yaş aralığındaki iki çocuk arasında karşılıklı rıza çerçevesinde gerçekleştirdikleri cinsel ilişkinin 104. maddenin kapsamına girmediğidir⁹⁵.

Yargıtay Kararlarında 104. maddeye ilişkin içtihatlar incelendiğinde ise; on beş-on sekiz yaş aralığındaki çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkinin kız-erkek çocuklar arasında gerçekleşmesi durumunda erkek çocuk fail olarak kabul edilmektedir. İki erkek çocuk arasındaki cinsel ilişkide ise fiili livatanın aktif tarafı fail, pasif tarafı ise mağdur olarak kabul edilmektedir⁹⁶.

⁹² Özbek/Doğan/Bacaksız, s.377-378.

⁹³ Hafizoğulları, s.7-8.

⁹⁴ Akdağ, 174.

⁹⁵ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267; Koca/Üzülmez, s.372; Tezcan/Erdem/Önok, s.441; Yokuş Sevik, 6545 sayılı Kanun, s.138; Taner, s. 367; Kantarcı, s.94; Kocaoğlu, s.405.

⁹⁶ Y.14.CD, 24.1.2013, E.2012/13961, K.2013/467.

Yargıtay'ın yaklaşımı, 765 sayılı Kanun dönemindeki suç sistematığıne uygun olarak çocuklardan erkek ve de aktif olanın fail olarak kabul edilmesi şeklindedir⁹⁷. Ancak failin daima erkek olmasını öngören çözüm tarzının yukarıda da değindiğimiz üzere, 5237 sayılı Kanunla uyumlu olmayacağı düşüncesindeyiz. Öncelikle içtihatlarda bu kabulün nedenine ilişkin bir gerekçeye rastlamamaktayız. Diğer taraftan sadece pasif durumda olan çocuğun zarara uğrayacağı düşüncesinin de bilimsel bir temeli bulunmadığından kabulü mümkün değildir⁹⁸.

Karşılaştırmalı hukuk örneklerinde belirttiğimiz üzere; bazı ülke düzenlemelerinde fail ile mağdur arasında asgari bir yaş farkı öngörülmüş olması da henüz cinsel olgunluğa erişmemiş çocuğun kendisinden büyük bir kişi tarafından istismar edilmesinin önlenmesine yönelik olmasındandır. TCK'nın 104. maddedeki düzenlemeyle her ikisi de on beş-on sekiz yaş aralığında olan iki çocuk arasındaki cinsel ilişkide, failin kim olduğunun tespitinin mümkün olmadığı bir suçta, kanun koyucunun çocuklardan birini ya da her ikisini cezalandırmak maksadında olmadığı düşüncesindeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TBMM Adalet Komisyonundaki çalışmalar sırasında düzenlenmiş olduğundan, bu suç tanımına ilişkin olarak komisyon raporunda ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmemiştir⁹⁹. Bu nedenle; kanun koyucunun, sadece failin reşit olmasına ya da on sekiz yaşından büyük olmasına münhasır bir cezalandırmayı amaçlayıp amaçlamadığını komisyon raporundan da çıkartamıyoruz. Ekseriyetle, çocuklardan birisinin diğerine göre psikolojik ve de fizyolojik olarak daha olgun olması durumunda, diğer çocuğu istismar edebileceği düşünülebilir. Ancak, yaşı daha küçük olmasına rağmen çocuklardan birinin inisiyatif almış, diğerini etkilemiş olması da ihtimal dahilindedir. Öğretide bu görüşten hareketle failin belirlenmesinde cinsel ilişkiye ikna eden, razı eden, yönlendiren gibi kriterlerin kullanılabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Suçun failinin sadece reşit ya da on sekiz yaşını tamamlamış kişi olabileceği görüşü ise, kanun metninin lafzı ile ulaşılabilecek bir yorum değildir. Ancak,

⁹⁷ Bu kararların eleştirisi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

⁹⁸ Aynı yönde görüş için Akdağ, s.179. Tezcan/Erdem/Önok, bir cinsel ilişkide faillik ve mağdurluk sıfatının, organı kimin soktuğuna göre belirlenmesinin mümkün olmadığına işaret etmiştir (Tezcan/Erdem/Önok, s.441).

⁹⁹ Özgenç, Gazi Şerhi, s.805.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 67; Akdağ, s.175.

suçla korunan hukuki yarar dikkate alındığında, amaçsal yorumla böyle bir yorum yapılabilmesinin mümkün olabileceği değerlendirilebilir. Bu sefer de, suçun unsurları arasında karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi fail-mağdur arasında belli bir yaş farkı olmadığı takdirde yine istismar içermeyen bazı somut örneklerin suç kapsamında değerlendirilmesi kaçınılmaz olacaktır.

Örneğin, on sekiz yaşını henüz yeni tamamlamış olan failin, yeterli cinsel olgunluğa eriştiği konusunda tereddüt bulunmayan on yedi yaşındaki kız arkadaşıyla karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girdiklerini, ancak şikâyet süresi içinde aralarının bozulması nedeniyle kız arkadaşının kendisinden şikâyetçi olduğunu düşünelim. Failin fiilinin 104. madde kapsamında soruşturulması gerekecektir. Bu örnekte herhangi bir istismar olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Örnekte olduğu gibi istismar içermeyen, karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmiş olmasının hukuki yararın sorgulanmasına neden olabilecek nitelikte hatalı sonuçlar doğurduğu kanaatindeyiz. Kanunun ilk metninde olduğu gibi suçun nitelikli hali olarak değil, bir unsuru olarak arada belirli bir yaş farkının öngörülmesi düşünülebilir. Lakin yaş farkının da korunması gerek hukuki yarar dikkate alındığında yukarıda belirttiğimiz üzere dikkate almamız gereken birçok kriterden sadece birisi olabileceği kanaatindeyiz.

Fail ile mağdurun aralarındaki yaş farkına ilişkin normlara çocukların cinsel istismarı bakımından birçok ülke düzenlemesinde yer verildiğini belirtmiştik. 5237 sayılı Kanun'un 104. maddesinin ilk metninde de "*failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması durumunda şikâyet koşulunun aranmaksızın cezasının iki katına kadar arttırılabileceği*" düzenlemesi mevcuttu. Hüküm, sadece yaş farkına dayalı olarak suçu nitelikli hal kapsamına sokmakta ve şikâyete tabi olmaktan çıkarmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli kararı ile, söz konusu hüküm Anayasanın hukuki güvenlik, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir¹⁰¹. Oysa nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve iptal edilmiş olan bu hükme benzer hükümlere, yukarıda da belirttiğimiz üzere bazı ülkelerin Ceza kanunlarında istismar suçu bakımından suçun unsuru olarak yer verildiğini görmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararında; nitelikli hale ilişkin iptal edilen düzenlemenin hukuki yarar bakımından sonuca etkili olmadığı,

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve E.2005/103, K.2005/89 sayılı kararı.

sadece yaş farkı nedeniyle şikâyet koşulunun kalkması ve müeyyidenin iki katına çıkarılmasını Anayasa'nın ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ve adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçelerine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında ayrıca; söz konusu kuralın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığına da vurgu yapılmaktadır.

Anayasa Mahkemesince iptal edilen kanun hükmü öğretide de eleştiri konusu olmuş, beş yaş sınırının hiçbir bilimsel temele ve kriminolojik veriye dayanmadığı belirtilmiştir¹⁰². Ayrıca yaş farkı dışında hiçbir veriyi dikkate almadan şikâyete tabi olmaksızın nitelikli hal olarak uygulanması, bazı adaletsiz sonuçlar doğurması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir.

Örneğin, on yedi yaşında olan mağdurun, yirmi üç yaşındaki fail ile rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri durumunda daha sonra evlenseler bile, şikâyet şartı aranmadığından resen soruşturulacak ve nitelikli hal hükümleri uygulandığından ceza ağırlaştırılacaktır¹⁰³.

Kanaatimizce fail ile mağdur arasında, akran olmanın ötesinde belirli bir yaş farkının bulunması, fiilin haksızlık içeriğinin değerlendirmesi bakımından önemli olabilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, “*akran birlikteliği*” ya da Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerindeki mevcut deyiimiyle “*Romeo and Juliet Law*” kapsamında; yakın yaşlardaki çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkileri suç olarak öngörmeyen örnek düzenlemeler bulunmaktadır.

Kanaatimizce, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ile milletlerarası bağlayıcı metinlerden çıkarabileceğimiz ortak sonuç, çocukların gelişiminin sağlıklı olabilmesi bakımından, kanun koyucuların yasal düzenlemelerdeki öncelikli amaçlarının; onların cinsel yaşamlarını düzenlemekten ziyade, her türlü cinsel istismardan korunmalarını sağlamaya yönelik olması gerektiğidir.

Bu çerçevede; fail ile mağdur arasındaki yaş farkının “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunda tek başına nitelikli hal olarak değerlendirilmesi yönündeki bir hükmün yerinde bir düzenleme olmayacağı açıktır. Ancak yaş farkının, Alman Ceza Kanunu'nda istismara ilişkin düzenlemede olduğu gibi; somut olayda çocuğa yönelik cinsel istismar olup olmadığına değerlendirilmesinde,

¹⁰² Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

¹⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

isnadın objektif ve bilimsel bir şekilde ortaya konulabilmesi bakımından önemli bir kriter olduğu da bir gerçektir.

Burada fail ve mağdurun yaşları yanında, aralarındaki ilişkinin mahiyeti, fail ve mağdurun kişilik özellikleri, cinsel, duygusal ve eğitsel gelişimleri, cinsel ilişkinin ergenliğin gelişim evresine ile psikolojik ve sosyal gelişimlerine etkileri, gibi birçok ölçüt bir arada değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir. İngiltere örneğindeki savcılık makamınca uygun görülmesi halinde ailenin görüşlerinin de değerlendirmeye alınması, özellikle mağdura ilişkin daha fazla veri edinebilmek bakımından faydalı olabilecektir.

Burada diğer bir önemli nokta ise; cinsel ilişkiye rıza gösteren mağdurun bu kararı verebilecek şekilde cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi zaruretidir. TCK'daki düzenlemede on beş yaşından büyük her çocuğun bu yeteneğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla çocuğun zihinsel gelişiminin yetersiz olduğu ileri sürüldüğü takdirde, bu tespitin ancak bir uzman marifetiyle ortaya konulabileceği izahtan varestedir.

Özetle; milletlerarası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukuk örneklerinde dikkat çekilen husus, çocukların cinsel istismardan korunmaları bağlamında, yasal olarak cinsel ergenlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmanın suç olarak düzenlenmesi gerektiğidir. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinde bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırının taraf devletlerce belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (m.18).

Söz konusu Sözleşme kapsamında dikkat edilmesi gereken diğer husus ise çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğidir. Dolayısıyla çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki, ceza hukukunun dışında tutulmalı, suçun faili olabilmek için reşit kişi olması koşulu aranmalıdır.

Evlenmek ya da kanuni yolla ergin olmuş kişilerin suçun faili olup olamayacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Öğretide bu kişilerin suçun faili olabileceği yönünde de görüş bulunmakla birlikte¹⁰⁴, ağırlıklı görüşün aksi yönde, yani bu kişilerin suçun faili olamayacakları yönünde olduğu görülmektedir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

¹⁰⁵ Özbek/Erdem/Bacaksız, s.380; Kanbur, s.4147; Kantarcı, S.108; Köksal, s.698.

104. maddedeki düzenleme ile; madde başlığı da dikkate alındığında, reşit olmayan çocukların henüz cinsel olgunluğa erişmemiş olmaları nedeniyle erken cinsel deneyim yaşamalarının ruhsal gelişimlerine olumsuz etki edebileceği düşüncesinden hareket ettiğini ve bu yaşlardaki çocukların yetişkinler tarafından istismar edilmelerinin önlenmesini amaçladığını düşünmekteyiz. Hükmün aslında reşit olan bir kişiyle reşit olmayan bir kişi arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiyi suç olarak düzenlemesi gerekmektedir¹⁰⁶.

Diğer bir tartışma konusu ise evlenme suretiyle reşit kılınan kişilerin fail ya da mağdur olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Evlenme ile kazanılan rüşt, kişinin cinsel bakımdan da ergin olduğu sonucuna gösterdiğinden, eşler arasında bu suçun işlenmesi mümkün değildir¹⁰⁷. Mağdur bakımından incelediğimizde; evlenmek suretiyle reşit hale gelen kişinin cinsel ilişkisinin anlam ve sonuçlarını kavramak bakımından bir sorun söz konusu değildir. Bu nedenle on beş-on sekiz yaş aralığında olmakla birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacaktır¹⁰⁸.

Fail bakımından ise kanun hükmünün milletlerarası sözleşme hükümleri çerçevesinde yorumlanması ile doğru bir sonuca ulaşılabileceği düşüncesindeyiz. Kanaatimizce burada kanun koyucunun amacı, yeterli cinsel olgunluğa eriştiği kabul edilen 18 yaşını doldurmuş kişinin ancak fail olarak kabul edilebileceğidir¹⁰⁹. Henüz on sekiz yaşını doldurmamış, ancak kanuni yolla ya da evlenmek suretiyle erginliğini elde etmiş kişiler ceza kanunu kapsamında hala çocuklardır. Sadece medenî hakları kullanma bakımından yasal menfaati gereği Medeni Kanun'un hükümleri gereğince ergin kılınmışlardır¹¹⁰. Daha erken yaşta ergin olmaları, kişilik özellikleri, fizyolojik ve psikolojik özellikleri dikkate alındığında, bu kişilerin çocuk olduğu ve dolayısıyla yeterli cinsel olgunluğa erişmedikleri gerçeğini değiştirmeyecektir. O halde bu suçun faili ancak 18 yaşını doldurmuş olan birisi olabilecektir¹¹¹.

Öğretide, Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nin 18. maddesinin 3. fıkrası gereğince on beş-on sekiz

¹⁰⁶ Kanbur, s.4147.

¹⁰⁷ Taner, s.368.

¹⁰⁸ Koca/Üzülmez, s.373.

¹⁰⁹ Kanbur, s.4147.

¹¹⁰ Özbek/Erdem/Bacaksız, s.380.

¹¹¹ Kanbur, s.4147.

yaş arasındaki çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç olmaktan çıkarılması gerektiği de ifade edilmektedir¹¹².

Yukarıda da vurgulandığı üzere; on beş-on sekiz yaş arasındaki kişilerin bu suçun faili olamayacakları Kanun'un lafzi itibariyle açıkça belirtilmemiş ise de; düzenlemenin söz konusu Sözleşme kapsamında yorumlanması durumunda on beş yaşını doldurmuş akran çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin 104. maddede düzenlenen suç oluşturmadığı düşüncesindeyiz¹¹³.

Bu itibarla akran çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin suç olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Ancak öncelikle kanunilik ilkesinin gereği olarak kanun metninin özellikle fail bakımından aksi yoruma imkân vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sayede hukuk uygulamamızla yerleşik hale gelen ve taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmeler ile çeliştiği açık olan aksi yöndeki içtihatların da değişmesi kaçınılmaz olacaktır¹¹⁴.

E. Nitelikli haller

6545 sayılı Kanunla 104. maddeye iki ayrı nitelikli hal eklenmiştir. Maddeye eklenen 2. bent hükmünde evlenme yasağı olan kişiler tarafından işlenmesi, 3. bent hükmü ile de; koruma, gözetim ve bakım yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Failler yönünden özgü suç olarak düzenlenen bu iki nitelikli hal düzenlenmesi olumlu, ancak yetersiz olarak nitelendirilmektedir. Çocuk üzerindeki yönlendirme etkileri göz önüne alınarak eğitici ve öğreticilerin fiillerinin de nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵.

Nitelikli hallere ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında; mağdurun cinsel ilişkiye göstermiş olduğu rızanın, fail ile aralarındaki yakın akrabalık ilişkisinin mahiyeti göz önüne alındığında ne derece serbest iradesine dayandığı konusunda tereddüt bulunmaktadır. Bu nedenle bu suç altında değil, çocuğun cinsel istismarı olarak nitelendirilmesi gerektiği öğretilmektedir¹¹⁶.

¹¹² Yokuş Sevik, 6545 Sayılı Kanun, s.137-138.

¹¹³ Özgenç, Akran Çocuklar, s.266.

¹¹⁴ Özgenç, Akran Çocuklar, s.265-271.

¹¹⁵ Kantarcı, s.195.

¹¹⁶ Taner, s.383.

Alman Ceza Kanunu incelendiğinde; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun açıkça düzenlenmediğini belirtmiştik. Ancak StGB’de gençlerin istismarına ilişkin hükümler incelendiğinde; TCK m.104’deki nitelikli hallerde farklı hukuki yararları koruduğu gerekçesiyle farklı bölümler altında yer verildiği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu’nda “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*¹¹⁷”; “*kişisel durum, evlilik ve aileye karşı suçlar*” bölümünde düzenlenmiştir (StGB par.173). İlgili maddede altsoy, üstsoy ve kardeşler arasında cinsel ilişkide bulunmak suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla ancak çekirdek aile mensupları suçun faili olabilecektir. Kanun koyucu hukuki yarar olarak evlilik ve ailenin korunmasının önemine atıf yapmaktadır. Çekirdek ailenin kendisiyle bağdaşmadığı düşünülen cinsel ilişkilerden uzak tutulması amaçlanmıştır. Aile içi cinsel ilişkinin aile iç düzenini ve aile hayatını önemli ölçüde bozabilecek, hatta yok edebilecek, ailenin varlığının sorgulanmasına neden olabilecek olması nedeniyle ailenin cinsel ilişkilerden arındırılmasına hizmet ettiği düşüncesinin sosyal gerçekliğe daha uygun olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸. Düzenlemenin sadece cinsel ilişki ve çekirdek aile ile sınırlı tutulması evlilik ve aile için yeterli normatif koruma sağlamayacağı gerekçesiyle öğretilerde eleştirilmektedir¹¹⁹. Normun geleneksel ahlaki fikirleri ceza hukukuna dahil ettiği şekilde ensest kavramının tartışmaya açıldığı da görülmektedir. Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesinin anayasal şikâyet nedeniyle incelediği konuda; ensest cezalandırılmasında tarihsel kültür bağlamında toplumsal kanaatin hala rasyonel bir etkisinin olduğu ifade edilmektedir¹²⁰. Ayrıca Yüksek Mahkeme medeni hukuktaki¹²¹ akrabaların evlenmesinin yasaklanmasının da bu toplumsal kanaatin bir yansıması olduğu görüşündedir¹²².

Alman Federal Anayasa Mahkemesi sınırlamanın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin cezai müeyyide ile temel haklara müdahale ölçüsüne ilişkin kararları ile de uyumlu olduğu görüşündedir. Kanun koyucunun temel haklara ilişkin müdahaleler konusunda, ancak üstün kamu yararı veya üçüncü kişilerin

¹¹⁷ *Beischlaf zwischen Verwandten*

¹¹⁸ Wolfgang Joeks/Klaus Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2017, StGB § 173, Rn.5.

¹¹⁹ Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.5.

¹²⁰ *BVerfG 26.2.2008 – BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 614 – 617 = NStZ 2008, 614.*

¹²¹ BGB, par. 1307.

¹²² Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.7.

temel hakları söz konusu olduğunda ve ölçülülük ilkesi gözetilmesi kaydıyla, özerk olduğu vurgulanmaktadır¹²³.

İHAM, yetişkin kardeşler arasında cinsel ilişkiyi Sözleşmenin 8. Maddesi kapsamında değerlendirdiği *Stübing/Almanya* kararında; bireyin özel yaşamının en mahrem yönlerinden biriyle ilgili olsa da, yetişkinler arası ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları konusunda ulusal makamların geniş bir takdir alanına sahip olduklarına işaret etmiştir¹²⁴.

Alman Ceza Kanunu'nda mevcut düzenlemeye ilişkin olarak, eşlerin cinsel tercihlerini belirleme ve ruhsal gelişimlerine yönelik tehlikeler ile ensest ilişki münasebetiyle doğan çocuklarda genetik hasar tehlikesi de cezalandırma gerekçesi olarak belirtilmiştir¹²⁵. Kanun koyucunun uzun süre ön plandaki gerekçesini teşkil eden genetik hasar ihtimalinin tıbbi olarak kesin olarak ortaya konmadığı ve doğum kontrol yöntemleriyle önüne geçilebilmesi nedenleriyle artık güncelliğini yitirdiği belirtilmektedir¹²⁶.

Ayrıca m.173'ün düzenlenmesinde kanun koyucunun amacının “*cinsel tercihte bulunma hakkını koruma*” olmadığı ifade edilmektedir. Cinsel tercihte bulunma hakkı kapsamında kişinin fiziksel, zihinsel ve duygusal üstünlüğe karşı korunması, Alman Ceza Kanunu'nun 13. bölümünde düzenlenen “*himayesine verilen insanın cinsel istismarı (par.174)*” ve “*çocukların cinsel istismarı (par.176)*” suçlarında amaç olarak öngörülmektedir¹²⁷.

¹²³ İHAM. *Stübing/Almanya*, 12.4.2012, Başvuru No: 43547/08.

¹²⁴ İHAM, *yetişkin kardeşler arasında cinsel ilişkinin cezalandırılmasının 8. maddeyi ihlal ettiği iddiasını incelediği bu davada, sözleşmecî devletlerin yarısından fazlasının bu eylemlere cezaî sorumluluk bağladığını tespit etmekle birlikte, konuyla ilgili bir konsensüsün bulunmadığını belirtmektedir. İHAM'a göre, cezaî yaptırım öngörmeyenler de dâhil olmak üzere bütün hukuk sistemlerinin kardeşler arasında evliliği yasaklaması, hukuk düzeninde ve bir bütün olarak toplumda bu kişiler arasındaki cinsel ilişkinin kabul edilmediği hususunda geniş bir konsensüs olduğunu ortaya koymaktadır. İHAM, bireyin özel yaşamının en mahrem yönlerinden biriyle ilgili olsa da, yetişkinler arası ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları konusunda ulusal makamlar geniş bir takdir alanına sahip olduklarına işaret etmiştir (İHAM, *Stübing/Almanya*, pa.55-67; Karar ile ilgili açıklamalar için bkz. Ali Bal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, 2009, C.21, S.1, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, s.56, Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 2, Avrupa Konseyi, 2013, s.16, 17, 43).*

¹²⁵ BGH 39 329; Schönke/Schröder, StGB§ 173, Rn.1.

¹²⁶ Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.3.

¹²⁷ Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.4.

Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin son fıkrası dikkat çekicidir. Fiil sırasında henüz on sekiz yaşını doldurmamış akraba ve kardeşlerin bu hüküm uyarınca cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır (par.173/3). Dolayısıyla bu suçun faili ancak on sekiz yaşını doldurmuş çekirdek aileden birisi olabilecektir.

Diğer nitelikli hal ise, cinsel tercihte bulunma hakkına karşı suçlar bölümünde ve himaye altındaki çocukların tümünü kapsayacak şekilde “*himayesine verilen kişinin cinsel istismarı*¹²⁸” başlığı altında düzenlenmiştir (StGB par.174). Düzenlemede sadece cinsel ilişki değil, istismar niteliğindeki tüm cinsel davranışlar müeyyide altına alınmaktadır.

aa. Mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan bir kişi tarafından işlenmesi

TCK'nın 6545 sayılı Kanunla eklenen m.104/2'sinde; “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Düzenlemede “evlenme yasağı” kapsamında olanların cinsel ilişkiye girmeleri suç olarak müeyyide altına alınmaktadır. Hukuk sistemimizde evlenmeleri yasak olan kişiler Medeni Kanun'un 129. maddesinde sayılmaktadır. Anılan madde kapsamında;

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,
3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasağı bulunmaktadır.

Öğretide aile bireyleri arasındaki cinsel ilişkinin suç haline getirilmesinin üstü örtülü ensest düzenlemesi olduğu ifade edilmektedir¹²⁹. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde ensest; “*aile içi yasak ilişki*” olarak tanımlanmaktadır. Öğretide farklı ve cinsel teması da içeren daha geniş kapsamlı tanımlar bulunmakla birlikte; rızaen cinsel ilişki kavramı üzerinden yapılan bir tanıma özellikle değinmek gerektiği düşünülmektedir.

¹²⁸ *Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen*

¹²⁹ Memiş Kartal, s.2090.

SANCAR/YAŞAR; ensest kavramını, "evlenmeleri yasak olan reşit kişiler (rıza ehliyetine sahip olan) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki" olarak tanımlamaktadır.¹³⁰ Yine bu tanım çerçevesinde; ensestte cinsel karşı işlenen suçlardan farklı olarak taraflardan birinin mağdur olmayıp, her iki tarafın da suçun faili olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla ensest çok failli bir suç olarak nitelendirilmektedir¹³¹.

TCK m.104 düzenlemesi mağdur bakımından irdelendiğinde; madde başlığında "reşit olmayan", ibaresi kullanılmış iken, madde metninde "on beş yaşını bitirmiş olan çocuk" ibaresine yer verilmiştir. Madde başlığı ile metin içindeki bu çelişki öğretide özellikle mahkeme kararı ile ya da evlilik yoluyla reşit kılınmış olan mağdurlar bakımından farklı görüşler doğmasına neden olmuştur.

Yukarıda fail bakımından belirttiğimiz üzere, henüz on sekiz yaşını doldurmamış, ancak kanuni yolla ya da evlenmek suretiyle erginliğini elde etmiş kişiler reşit olsalar dahi suçun mağduru olabilirler. Ancak evlilik yoluyla ergin kılınmış kişiler bakımından, eşiyle yaşadığı rızaya dayalı cinsel ilişkinin söz konusu suç kapsamında görülemeyeceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Eşi dışındaki kişiler ile rızaen cinsel ilişkiye girmesi durumunda ise, kanaatimizce korunan hukuki yarar dikkate alındığında çocuğun cinsel gelişiminin zarar görebileceğini düşünmek pek mümkün görülmemekle birlikte; kanun metninin mağdur bakımından "on beş yaşını tamamlamış olanlar" şeklinde bir kapsam belirlemiş olması, ancak amaçsal yorumla böyle bir sonuca ulaşabilmeyi mümkün kılmaktadır¹³².

Kanaatimizce; 104. maddede düzenlenen nitelikli hal (2.bent), suç ile korunan hukuki yarar dikkate alındığında on sekiz yaşın üstündeki fail ile on beş-on sekiz yaş aralığındaki mağdur (evlenme yoluyla reşit olanlar istisna olmak üzere) arasındaki karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkiyi cezalandırmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nda yukarıda da belirttiğimiz üzere; on sekiz yaşını doldurmamış kardeşler arasında gerçekleşen cinsel ilişkinin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır (StGB par.173/3). Öğretide bu

¹³⁰ Türkan Yalçın Sancar/ Tuğçe Nimet Yaşar, "Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı", 2009, S.80, TBB Dergisi, s.247.

¹³¹ Sancar/Yaşar, s.247.

¹³² Akdağ, s.172; Farklı yönde Köksal, s.693.

husus, şahsi bir cezasızlık¹³³ sebebi olarak nitelendirilmektedir¹³⁴. Dolayısıyla aslında burada tipik haksızlık gerçekleşmekte, ancak kanun koyucu tarafından cezalandırılmasına engel olan bir neden olarak kabul edilmektedir. Şahsi cezasızlık sebepleri sadece ilgili kişi yönünden sonuç doğurduğundan, fiile şerik olarak iştirak edenler bakımından şahsi cezasızlık sebebine ilişkin hükmün uygulanması mümkün değildir¹³⁵.

TCK'nın 104/2.maddesinde; fail bakımından suçun temel şeklinden farklı değerlendirmemizi gerektirecek bir düzenleme bulunmadığından failin cinsiyeti ve yaşına ilişkin fikirlerimize atıf yapmakla yetineceğiz.

Kanun koyucu 104/2. maddede söz konusu nitelikli halini, temel şeklinden farklı olarak şikâyete tabi kılmamıştır. Karşılaştırmalı hukukta ise düzenlemeye çoğunlukla Almanya örneğinde olduğu gibi aile aleyhine işlenen suçlar arasında yer verildiği görülmektedir¹³⁶. Kanun koyucular, daha fazla zarar gördüğünü düşündükleri değeri dikkate alarak farklı tercihler yapmışlardır.

5237 sayılı Kanunda da suçun resen soruşturulacak şekilde düzenlenmiş olmasının, akrabalar arasında şikâyetin manevi baskı ya da aile içi dinamikler nedeniyle çoğunlukla fiilen mümkün olamayacağı dikkate alındığında, yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Ayrıca, sosyolojik, psikolojik ve ahlaki olmak üzere çok boyutlu ve toplumsal ahlaki değerlerle çatışma halinde olan bu istismarın, özellikle mağdur ergen kız çocuklarında psiko-sosyolojik alanda ağır davranış bozukluklarına neden olduğu maddi bir vakıadır¹³⁷. Resen soruşturabilmeyi öngören hükmün, bu yönüyle de olumlu bir düzenleme olduğu değerlendirilmektedir.

¹³³ *Strafausschließungsgrund*.

¹³⁴ Kühn, StGB § 173, Rn.7; Schönke/Schröder, StGB § 173, Rn.9; Fischer, StGB § 173, Rn.7; Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch-Nomos Kommentar, 5. Baskı, 2017, StGB § 173, Rn.23.

¹³⁵ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB § 173, Rn.23.

¹³⁶ İngiliz Hukukunda Cinsel Suçlar Kanunu'nun 25-27. maddeleri arasında düzenlenen ensest fiilleri "*aile içi cinsel suçlar*" olarak düzenlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nu ensesti "*aile ahlakına karşı suç*" (par.54), İsviçre Ceza Kanunu ise "*aileye karşı işlenen suç*" saymıştır (par.213) Avusturya Ceza Kanunu ise daha farklı bir boyutta, konuyu "*cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük*" sorunu olarak görmüştür (par.211). (Sancar/Yaşar, 249; Memiş Kartal, s. 2091-2092). Alman Ceza Kanununda da ensest, diğer örneklere benzer şekilde "*kişisel durum, evlilik ve aileye karşı suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir.

¹³⁷ Sancar/Yaşar, s.256.

bb. Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi

Kanun'un 6545 sayılı Kanunla eklenen 104.maddesinin 3.fıkrasında ise; *“Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur”* şeklinde nitelikli hale yer verilmiştir.

Düzenleme ile himaye yükümlülüğü bulunan belirli statüdeki kişiler bakımından özgü suç niteliğinde bir nitelikli hale yer verilmiştir. Düzenlemenin, 103/3-d belirtilen nitelikli halden farklı bir düzenleme içerdiği, eğitici statüsündeki kişilere yer verilmediği görülmektedir. 104. maddede sayılan kişilere dikkat edilecek olursa, mağdur çocuğu aile ilişkisi çerçevesinde gözetmekle ve sağlıklı kişisel gelişimini sağlamakla yükümlü kişiler olduğu görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nda bakım ve koruma yükümlülüğü olan kişilerin on altı yaşından küçük çocuğa yönelik yükümlülüklerini ihlal etmeleri ve çocuğun bu ihlalin neticesinde bedeni veya psikolojik gelişmesinin zedelenmesi, suça yönelik bir yaşam tarzı ya da fuhuşa sürüklenmesi tehlikesine düşmesi durumunda *“kişisel, durum, evlilik ve aileye karşı suçlar”* bölümünde (par.171) müeyyide altına alındığı görülmektedir¹³⁸. Bu madde çocuğun gelişimini sağlamaya yönelik olmakla birlikte, ihmali bir sorumluluğun cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Söz konusu düzenleme, TCK'da *“aile düzenine karşı suçlar”* bölümünde düzenlenen *“aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m.233)”* suçuna karşılık gelmektedir.

TCK'nın 104.maddesinin 3.fıkrasının karşılığı olan Alman Ceza Kanunu'ndaki hüküm, *“himayesine verilen insanın cinsel istismarı”*nı düzenleyen 174. maddedir. Alman Ceza Kanunu'nun bu maddesinde mağdurun yaşı ve failin statüsü bakımından üçlü bir ayırım yapıldığı görülmektedir.

İlk grupta kendisine terbiye, öğrenim veya yaşam tarzının yönlendirilmesi için teslim edilen on altı yaşını tamamlamamış bir çocuğa yönelik cinsel istismar suç olarak düzenlenmiştir (StGB par.174/1-1). Koruyucu aile, üvey anne-baba, evlilik dışı çocuklar, mesleki eğitim için yanında bulunduğu öğretmen vb. bu bent kapsamında fail olarak nitelendirilmektedir¹³⁹.

¹³⁸ Kühl, StGB § 173, Rn.1-9.

¹³⁹ Fischer, s.1155.

İkinci grupta ise, birinci grup statüdeki faillerin yanı sıra hizmet ya da iş ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle on sekiz yaşını tamamlamamış çocuğa yönelik istismar eylemleri (StGB par.174/1-2), üçüncü grupta da, on sekiz yaşını tamamlamamış öz evlat ya da evlat edinilen çocuğa yönelik istismar eylemleri suç olarak düzenlenmiştir (StGB par.174/1-3). Düzenleme biraz karmaşık gibi görünse de, objektif kriter esas alınarak koruma ve bakım yükümlülükleri ile eğitici ve yönlendirici yetkilerinin ağırlığı dikkate alınmak suretiyle bir tasnif yapıldığı anlaşılmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede dikkate değer diğer bir husus ise; istismar teşkil eden fiil olarak sadece cinsel ilişki değil, tüm "*cinsel davranışların*" yaptırım altına alınmış olmasıdır.

TCK'nın 104/2. maddesinde evlenme yasağı kapsamında olan kişiler belirtilmek suretiyle Medeni Kanun'un 129. maddesi kapsamında geniş bir aile çevresi birinci grup nitelikli hal kapsamında düzenlenmiştir. 104/3. maddede belirtilen gruptakilerin ise, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler olduğu görülmektedir. Dolayısıyla TCK'nın 104. maddedeki nitelikli haller evlenme yasağı kapsamındaki kişiler ve evlat edinme ya da koruyucu aile ilişkisi içindeki kişilerle sınırlı tutulmuştur.

Öğretide 103. maddedeki nitelikli hallerin tamamına 104. maddede yer verilmesi gerektiği, çocuğun korunması bakımından böyle bir yaklaşımın olumlu olacağı belirtilmektedir¹⁴⁰.

Eğitici konumundaki kişilere 103. maddede nitelikli hal olarak yer verilmiş iken, 104. maddede yer verilmemiş olmasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olabileceği, zira 103. maddede belirtilen kamu nüfuzunun ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun suiistimali suretiyle istismar gibi diğer bazı nitelikli hallere de bu maddede yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Nitelikli hallerin kapsamının niçin dar tutulduğu anlaşılacakla birlikte, 104. maddede cinsel ilişkinin karşılıklı rızaya dayandığı dikkate alındığında, cinsel istismarı düzenleyen 103. maddeye göre kanun koyucu tarafından haksızlık içeriği itibarıyla daha hafif nitelikli olarak değerlendirilmesinin bir tezahürü olabileceği düşünülmektedir. Diğer taraftan, koruduğu hukuki yarar nedeni tartışmalı bir düzenlemenin kapsamının genişletilmesinin kanun koyucunun amacıyla da uyumlu olmayacağı düşünülmektedir.

¹⁴⁰ Akdağ, s.184.

SONUÇ

Kanunun 104. maddesinde düzenlenen “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*” cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında en çok tartışılan maddelerinden birisini oluşturmaktadır.

Suçun konusunun, 103. Maddeden farklı olarak “*cinsel davranış*” olarak değil de, “*cinsel ilişki*” olarak belirlenmiş olması ve rızaya dayanan cinsel ilişkiyi yaptırma bağlamış olması, kanun koyucunun çocukları erken cinsel deneyimden korumayı amaçladığı düşüncesini ortaya koymaktadır. Düzenleme ile, mağdurun bir şekilde rıza göstermiş olsa bile daha sonra pişman olabileceği, yeterli cinsel olgunluğa erişmediği, bu nedenle bu deneyimin cinsel gelişimini tehlikeye sokabileceği düşünülmüş olabilir.

Özellikle cinsel olgunluğa erişmemiş olarak kabul edebileceğimiz çocuğun kendisinden belirli bir yaş büyüklükte olan, fiziki ve psikolojik yönden gelişmiş bir kişi tarafından istismar edilebileceği ihtimal dâhilinde olabilmekle birlikte, akran olan ve her ikisi de benzer fiziki ve psikolojik gelişim düzeyine sahip iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin ceza kanunu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Öncelikle suçun koruduğu hukuki yarar konusunun uygulamada ve öğretide daha fazla tartışılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira hukuki yarar netleşmeden, tipikliğin unsurlarının uygulanması anlamlı olmayan sonuçlar üretebilmektedir.

Kanundaki mevcut düzenlemenin madde metni ve komisyon raporundan faile ilişkin bir ibareye rastlamamaktayız. Madde başlığı mağdurun “*reşit olmaması*” gerektiğine, metin ise “*on beş yaşını bitirmiş*” olması gerektiğini belirtmektedir. Kanunda bir açıklık olmaması on beş-on sekiz yaş arasındaki çocukların bu suçun faili olup olamayacakları konusunu en tartışmalı sorun haline getirmektedir. Anayasa Mahkemesince iptal edilen, fail ile mağdur arasında beş yaştan fazla bir yaş farkı bulunması durumunun tek başına nitelikli hal olarak düzenlenmesi de, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesinde vurgulandığı üzere sorunun çözümüne bir katkı sunmamaktaydı.

Kanaatimizce düzenlemenin amacı çocukların cinsel hayatlarını düzenlemek olmamalıdır. Karşılaştırmalı hukuk örneklerinde de görüldüğü gibi bu konu toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenmeli, ceza hukukunun konusu dışında kalmalıdır. Düzenleme ile korunması gereken hukuki yararın milletlerarası sözleşmeler de dikkate alındığında “*çocuğun cinsel istismardan*

korunması” olması gerektiği, dolayısıyla kanuni düzenlemenin ve korunması gereken hukuki yararın bu çerçevede tartışılmasında fayda olduğu mülhaza edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akdağ H, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, 2017, C.5, S.9, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.167-188.
- Aksakal E, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2014, 2014/2, İstanbul Barosu Dergisi, s.257-275.
- Arslantürk M, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Artuk M/Gökçen A/Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- Bal A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, 2009, C.21, S.1, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, s.27-82.
- Doğan R, “Anlamli Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2017/1, 2017, Ankara Barosu Dergisi, s.125-149.
- Doğru O/Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 2, Avrupa Konseyi, 2013.
- Fischer T, Strafgesetzbuch, 56. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2009.
- Hafızoğulları Z, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, 2005, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı.
- Hodgkin R/Newell P, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, UNICEF, 3.Baskı, 2007.
- Joeks W/Miebach K, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2017.
- Kanbur N, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, 2014, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXV, Y. 2021, Sa. 2 751

(Basım Yılı: 2015), C. 16, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.4139-4210.

Kantarıcı N, Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.

Kindhäuser U/Neumann U/Paeffgen H U, Strafgesetzbuch-Nomos Kommentar, 5. Baskı, 2017.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.

Kocaoğlu S S, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016.

Köksal A, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", 2015, Prof. Dr. Nevzat Toroslu 'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, s.687-726.

Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2007.

Malkoç İ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Malkoç Kitabevi, 2009.

Memiş Kartal P, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)", 2016, S.65/4, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.2083-2100.

Özbek V Ö /Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, 2006 (Gazi Şerhi).

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt 1 (Kanunlar), 11. Baskı Seçkin Yayınevi, 2014.

Özgenç İ, "CİNSEL SUÇLAR, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar", 2020, C.24, S.1, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.257-283, (Cinsel Suçlar) .

Özgenç İ, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin

Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, 2020, C.24, S.2, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.251-288, (Cinsel Dokunulmazlık).

Özgenç İ, “Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler”, 2020, C.24, S.4, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.265-271 (Akran Çocuklar).

Sancar Türkan Yalçın/Yaşar Tuğçe Nimet, “Ensest, “Genel Ahlak” ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı, 2009, S.80, TBB Dergisi, s.245-298.

Schönke A/Schröder H, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2019.

Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2012.

Taner F G, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017.

Tezcan D, Erdem M R/Önok R M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018.

Yenisey F/Plagemann G, Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu, 2. Bası, Beta Yayınları, 2015.

Yokuş Sevik H, “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirmesi”, 2015, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s.119-145 (6545 sayılı Kanun).

Yokuş Sevik H, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

İnternet Ortamında Bulunan Kaynaklar:

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> (erişim tarihi: 18.3.2020);

<http://www.protection-of-minors.eu/en/country/IT> (erişim tarihi: 18.3.2020)

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdfs/ukpga_20030042_en.pdf (erişim tarihi: 18.3.2020)

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/child-sexual-abuse-guidelines-prosecuting-cases-child-sexual-abuse> (erişim tarihi: 18.3.2020);

<https://rm.coe.int/1680084822> (erişim tarihi: 27.3.2020)

https://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Part_3_of_3.pdf (erişim tarihi: 29.3.2020).

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ÖZELİNDE YARGIDA DİJİTALLEŞME

Candide ŞENTÜRK*

ÖZ

21'inci yüzyılın getirdiği devinimlere ve çağın gereklerine uyum sağlamak oldukça önemlidir. Çağın değişmesi ve özellikle bilişim teknolojileri alanında baş döndürücü gelişmeler; kaçınılmaz olarak hukuk dünyasında da çeşitli değişimlere yol açmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerine bakıldığında, yargıda dijitalleşmenin sıklıkla dile getirildiği ve alt yapı çalışmalarının hızla sürdürüldüğü görülmektedir.

2020 yılında beklenmedik şekilde COVID-19 pandemisinin dünya ve ülke genelinde giderek yayılması, eğitimden sağlığa kadar her alanda dijitalleşmenin ne kadar önemli bir gereksinim olduğunu gözler önüne sermiştir. Aynı durum, yargı hizmetleri açısından da söz konusu olup, ertelenmek zorunda kalınan duruşmalar, bitmek bilmeyen yargılama süreçleri ve insan sağlığının tehlikede olması itibarıyla iş gücünün sayısının azalması yargıda dijitalleşme gereksinimini vazgeçilmez hale getirmiştir. Bu durumda gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde birçok işlemin online yapılmasına olanak sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda online uygulamaları bir süre önce hayata geçirmiş olan ülkelerin kanunlarındaki düzenlemeler ve deneyimleri göz önünde bulundurularak Türk hukukunda ceza muhakemesinin dijitalleşmesi üzerine düşünülmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Soruşturma, Kovuşturma, Dijitalleşme, Yargıda Dijitalizasyon, Online Duruşma

DIGITALIZATION OF THE JUDICIARY IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Abstract

It is very important to adapt to the movements brought by the 21st century and meet the requirements of the era. Due to the change of age and the incredible speed of technological developments, various changes must also occur in the legal world. Looking at comparative legal systems, it is seen that digitalization in the judiciary is often expressed and infrastructure work is continuing rapidly.

* Dr. Öğr. Üyesi, Yaşar Üniv. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD/İZMİR, e-posta: candide.senturk@yasar.edu.tr

ORCID : 000-0002-0227-1782

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933622

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 13/01/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 19/04/2021

The pandemic process, which began unexpectedly in 2020, has shown how important digitalization is. Due to the delayed hearings, endless judicial processes and the fact that human health is in danger, the decrease in the number of labor forces has once again underlined the need for digitalization in the judiciary. However, both the investigation and the prosecution phase of the online work should be provided. In this context, it is necessary to consider the regulations in the laws of the country that have implemented online applications some time ago and the applicability of these regulations in Turkish law.

Keywords: *Investigation, Prosecution, Digitalization, Digitalization in The Judiciary, Online Trial*

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukunda dijitalleşme, dünyada ve Türkiye’de sıklıkla gündeme getirilen bir konu haline gelmiştir. Yargılama için yeni ve radikal bir değişiklik önerisi geldiğinde, durumu dışarıdan bir gözlemci olarak değerlendirme gereksinimi vardır. Yargılama faaliyetlerinin siber alana kayması, yeni ve farklı bir yasal yaklaşımı da gündeme getirmektedir. Özellikle 2019 yılının son aylarında Çin’de başlayıp giderek tüm dünyaya yayılan COVID-19 pandemisinin yarattığı olağanüstü durum nedeniyle yargılamaların yapılamaması ve ülkelerde yargı sürelerinin geçici süre durdurulması önemli zaman ve para kayıplarına sebebiyet vermiştir. İşte bu noktada yargının dijitalleşmesi üzerinde *yeniden* düşünmek ve değerlendirmelerde bulunmak zorunluluğu daha da güncellik kazanmıştır. Nitekim halihazırda tartışılan konulardan biri de önümüzdeki on yıllık süre içerisinde, karar verme yetkisinin makinalara aktarılmasının ve yargıda kısmen somutlaşmaya da başlayan yapay zekâ kullanımı ile doğrudan etkileşim kurma mekanizmasının geliştirilmesinin getirecekleridir.

Sanal ortamda var olan ya da uygulanan tehdit, yüze karşı doğrudan yapılan tehdit kadar güçlü olarak hissedilmediğinden, bireyler daha az önlem almakta ve öngöremedikleri tehditlere karşı daha rahat davranabilmektedirler. Özellikle çocuk pornografisi ve nefret suçlarına ilişkin sanal ortamda önemli riskler mevcuttur¹. Söz konusu suçlar başta olmak üzere suçlulukla mücadele

¹ Susanne Beck, “Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 15. Vol., 2/2020, s.41-51, s.43.

edebilmek için yargıda dijital deneyim adım adım yerleşmeye başlamıştır.

Yargıda başvurulacak dijital araçlar, zaman ilerledikçe ekonomi ve ticaret alanına da yansıyan etkiler gösterecektir. Günümüzde, elektronik ticaret alanında ortaya çıkan çoğu uyumsuzlukta geleneksel hukuk kurallarına başvurulmasında bir sakınca görülmemektedir. Buna karşılık hukukun diğer alanlarında dijital bir yargılamanın nasıl yapılabileceği çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmektedir. İnternetin yapısı, belirli web sitelerinin ve sitelere ait kimi bilgilerin kaynağını gizleme olanağı sağlar. Bu da doğal olarak suçun işlendiği yerin ve failin tespitini oldukça zorlaştırır. Mahkemelerin, eylemin nerede işlendiğini, suç siber uzayda işlense dahi, tespit etmesi gerekmektedir². Ceza muhakemesi hukuku, bilimsel ve teknolojik gelişmeler karşısında ister istemez birtakım değişikliklere uğramak ve teknolojik gelişmeler karşısında kendisini yenilemek zorunda olan bir alandır. İşte bu çerçevede biz de çalışmamızda, ceza muhakemesi hukuku bakımından dijitalleşme gereklilikleri ve karşılaştırmalı hukuk alanındaki örneklerin Türk hukukunda uygulanabilirliği üzerinde duracağız.

I. Yargıda Dijitalleşme Beklentileri

Yargıda dijitalleşme çerçevesinde, 2030 yılına kadar, yapay zekâların yargı mekanizması içerisinde aktif kullanımını için adım atılması hedeflenmektedir³. Özellikle yapay zekânın verdiği kararların, insanoğlunun verdiği kararlarla karşılaştırıldığında daha az hata payı içereceği düşünülmektedir. Ancak dijitalleşme için, yargıda atılması gereken pek çok adım bulunmaktadır. Yasalaşma süreci belki de bu adımlardan sonuncusudur. Bireyin dijitalleşme bağlamındaki konumunun ne olacağı, fail ve mağdura etkileri, karar verme yetkisinin yapay zekâyâ aktarılması ve dijitalleşmenin toplumsal ve bireysel sonuçları dikkatlice irdelenmelidir.

Ceza muhakemesi hukukunun dijitalleşmesi, yürürlükte olan kanunların teknolojik ve bilimsel değişiklikler ışığında ortaya çıkan yeni yaşam gerçekliğine adapte edilmesi ile mümkün olacaktır⁴. Bu itibarla kanunlarımızda

² Dow Jones v Gutnick davası, Avustralya'daki internet yargı yetkisindeki en önemli otoriteye ilişkin bir yargılamadır. Avustralya 2002 HCA 56; 2002 210 CLR 575. Macquarie Bank v Berg 1999 NSWSC 526; Alan Davidson, "Jurisdiction in Cyberspace", Social Media and Electronic Commerce Law, 2nd Edition, Publisher: Cambridge University Press, August 2018, s.327-349, s.329-330.

³ Beck, s.41.

⁴ Ringe/ Trute, Zentrum für Recht in der digitalen Transformation (ZeRdiT); Milan Kuhli/

çağın gerekliliklerine uygun birtakım değişikliklerin yapılması artık bir zarurettir. Dijitalleşmenin beraberinde getirdiği değişikliklerin aynı zamanda mevcut hukuk sistemlerinde hâkim olan temel hukuk ilkelerinde de birtakım değişikliğe yol açacağı ifade edilmektedir⁵.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bir süredir, suçluların tekrar suç işleme olasılıklarında yapay zekâ kullanılmaktadır⁶. Örneğin, birkaç yıl önce, Eric Loomis isimli hükümlü altı yıl hapis cezasına çarptırılmadan hemen önce deneme amaçlı kullanılan “*Compas*” algoritması ona çok yüksek bir mahkûmiyet riski atfetmiştir⁷. Ancak robot hakimlerin şu an için istenilen düzeyde olmadığı açıktır. Algoritmaların çeşitli kaynaklardan gelen büyük miktarda verileri işlemekle sınırlı bir rolü olduğu gözlenmektedir⁸. Dolayısıyla yargı mekanizmasında yapay zekânın doğrudan kullanılması için biraz daha zamana ihtiyaç bulunmaktadır.

Yapay zekâ kullanımının yargı açısından kazanımlarına olağanüstü bir potansiyel değeri atfedilmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından kurulan *Yapay Zekâ Üzerine Üst Düzey Uzman Grubu*, bunu “bireylerin ve toplumun refahını ve ortak iyiliği artırmak için umut verici bir araç” olarak görmektedir⁹. Nitekim Grup Nisan 2019'da güvenilir bir yapay zekâ için gerekli etik kurallar yayımlayarak yapay zekâ sistemlerinin demokrasi, hukukun üstünlüğü ve bireyler açısından taşıdığı riskler minimize edilmeye çalışılmıştır¹⁰.

Janique Brüning, “Einleitung zur ZIS-Sonderausgabe, Strafrecht und Digitalisierung in Wissenschaft und Praxis”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2020, 15. Vol., s.39-41.

⁵ Beck, s.41.

⁶ https://www.propublica.org/article/machttp://www.zis-online.com/dat/artikel/2020_2_1342.pdfhine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (Erişim Tarihi:06.06.2020)

⁷ Smith, *New York Times* (22.6.2016), <https://www.nytimes.com/2016/06/23/us/backlash-in-wisconsin-against-using-data-to-foretell-defendants-futures.html?module=inline> (Erişim Tarihi: 21.06.2020); Lasse Quarck, “Zur Strafbarkeit von e-personen”, *ZIS*, Vol.15, 2/2020, s.65-70, s.65.

⁸ Quarck, s.65.

⁹ Kai Cornelius, “Künstliche Intelligenz”, *Compliance und sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15. Vol. 2/2020, s.51-65; s.51.

¹⁰ Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz (Fn. 3), S.5. Grubun getirdiği etik kurallar şöyledir: Yapay zekâ; a) yasal olmalı, yani yürürlükteki tüm yasa ve yönetmeliklere uymalıdır, b) etik ilke ve değerlere uygunluğu garanti etmelidir, yani etik olmalıdır ve c) hem teknik hem de sosyal açıdan sağlam olmalıdır.

Dijitalleşme ve otomasyonun ceza hukukunda yol açacağı gelişmeler konusunda beklenti, önce fail ve daha sonra mağdur bakımından gelişmelerin olması yönündedir. Şüpheli ya da şüphelilerin öncelikle ele geçirilmesi, işlenmesi muhtemel suçları azaltacak ve buna paralel olarak doğacak zararları minimize edecektir. Örneğin kimlik avı ya da hack gibi bilişim sistemlerine sızma, genellikle mağdura küçük zararlar vermekle beraber, failer bu eylemlerini kalabalık kişi gruplarına karşı işlediğinde çok büyük gelirler elde edebilmektedir.

Özel ve olağanüstü durumlarda ceza muhakemesi hukukunda dijitalleşmenin öncelikle hayata geçirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹. Örneğin İsviçre hukukunda özellikli durumlara özgü dijitalleşmenin önü açılmaya çalışılmaktadır¹². Tabi bu noktada klasik ceza muhakemesi evrelerine özgü ilkelerin bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Halka açıklık ilkesinin dijitalleşme ile gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışılmakta ve dijitalleşme ile halka açıklığın daha geniş kitlelere yönelik gerçekleştirilebileceği kanaati bulunmaktadır¹³. Dijital medya araçları (podcast ya da web TV gibi) ile müzakerelerin ve yargılama prosedürlerinin daha geniş kitlelere ulaşacağı bir gerçektir¹⁴. Böylelikle, mahkeme salonlarına ulaşmak için harcanan zaman ve emek daha verimli başka bir hizmet için kullanılabilir ve masraflarda ciddi bir azalma söz konusu olabilecektir. Ayrıca dijitalleşme ile yargılama süreleri kısalabilecek ve AİHS m. 6 gereği makul sürede yargılanma hakkı tesisinde hükümetlerin eli kuvvetlenecektir. Yargılamada bir aksaklık, hata söz konusu ise yüksek yargılama mercileri söz konusu eksiklik ve aksaklıkları, sistemde kayıtlı bulunan celseleri izleyerek de net bir şekilde görebilecek ve çözüm çok daha hızlı geliştirilebilecektir. Ancak, müzakerelerin ya da kararların

¹¹ Andreas Lienhard/Daniel Kettiger, “Justiz in Krisenzeiten-Digitalisierung fördern”, NZZ Nr. 84 09.04.2020, S.8. (www.swisslex.ch/de/doc/essay Erişim tarihi:03.05.2020).

¹² Benjamin Schindler, (Verfahrens und Gerichtsorganisationsrecht/Justizöffentlichkeit im digitalen Zeitalter), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, s.741-757, s.742.

¹³ Schindler, s.743. ZPO ve BGG gereği mahkeme kararlarının erişilebilir olması kantonlarda bir zorunluluktur ve halka açıklık ile şeffaflığı sağlamaktadır. (Daniel Hürlimann, Publikation von Urteilen durch Gerichte, in: sui-generis, 2014, s.30 (dn.35)). Beat Brandli, “III. Kommunikation im Recht/Einsatz von Informations und Kommunikationstechnologie im schweizerischen Zivilprozess”, Kommunikation in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Stampfli Verlag, 2010, s.239-260, s.242 vd.

¹⁴ İsviçre’de 21 Haziran 2013 tarihinde Federal Yüksek Mahkemede görülen Motion Schmid davasında kararın canlı yayında halka duyurulması ilk kez gündeme gelmiştir. (Schindler, s.750).

canlı yayın akışı ile paylaşılacak olması yargı mensuplarının baskı altına girmelerine sebebiyet verebilecektir.

Yargıda dijitalleşmenin birtakım avantajları olduğu gibi dezavantajları da bulunmaktadır. Muhakeme hukukunda geleneksel olarak halk, sözlü yargılamayı izlemek suretiyle duruşmaları takip edebilmektedir. Dijitalleşme, kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde daha ziyade tebligat, sesli-görüntülü iletişim araçları aracılığı ile bilgilendirme aşamasında söz konusudur¹⁵. İsviçre örneğine bakacak olursak, elektronik ortamda adli işlem yapma, 2000’li yılların başından itibaren gündeme getirilmiş (kısmen de hayata geçirilmiş) olup 2013 yılından itibaren ERV (Eigenmittelverordnung¹⁶) uygulamasıyla avukatlar, yargılama makamları, noterler arasında elektronik adli iletişim ağı oluşturulmuştur¹⁷. Almanya’da da ulusal yargı iletişim ağı ile adli iş ve işlemlerin dijital ortamda yapılması sağlanmakla birlikte, yine de dijitalleşmenin tam anlamıyla gerçekleştiğinden söz edilememektedir. Diğer bir deyişle dijitalleşme istenen seviyeye ulaşmamıştır.

Yargıda dijitalleşmenin en çok da organize suçlulukla mücadele alanında kazanım sağlayacağı düşünülmektedir. Organize suçlarla mücadele edebilmek için soruşturma işlemlerinin sanal ortamda daha etkin yapılması gerekmektedir. Organize suçlulukta, failler bilgisayar teknolojisini etkin biçimde kullanmakta ve devletin gözetiminden kaçınmak için siber alanda deep web ya da dark web¹⁸ de denilen internetin en derin seviyesinde suç işlemeye devam etmektedir. Benzer şekilde, örgütlü suçlulukta örgüt üyelerinin kendi aralarında uçtan uca şifreli telefon uygulamaları kullanmaları, soruşturma makamlarının işini oldukça zorlaştırmaktadır. Bu itibarla, pratikte uzaktan erişim yoluyla, şüphelilerin kişisel bilgisayarlarına ulaşmak ve delil toplamak için artan bir istek vardır¹⁹.

¹⁵ Schindler, s.749-750.

¹⁶ Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhauser, D:01.06.2012, Inkraft:01.01.2013.

¹⁷ Brandli, s.243.

¹⁸ Derin ağ ya da derin web arama motorlarının içeriğini kaydedemediği verilerin bulunduğu binlerce linkten oluşan bir sistem olarak tanımlanmaktadır. https://tr.wikipedia.org/wiki/Derin_Ağ (Erişim Tarihi:14.05.2020).

¹⁹ Ernst Platz, “Rechtliche Zulassung von “Remote Forensic Software” in der Schweiz- Inwieweit existiert in der Schweiz eine rechtliche Grundlage für den Einsatz von “Remote Forensic Software” durch die Ermittlungsbehörden?“, sic, 2008, s.838-844.

II. Sayısal Delil ve Suç Soruşturmalarına Etkisi

A. Sayısal Delil

Sayısal delil, bir veridir. Öğretide yapılmış olan en detaylı tanıma bakacak olursak, *Değirmenci* sayısal delili şu şekilde tanımlamıştır: “*Sayısal delil, ceza muhakemesinde maddi olayı kısmen veya tamamen açığa çıkaracak nitelikte, bilişim sisteminde saklanan ve ortaya çıkarılması hukuki ve teknik süreçlerin sonucu olan veridir*”²⁰. Sayısal delile dikkat çekici özelliği veren hususun, verinin saklandığı ya da depolandığı yerin olduğu noktasında bir şüphe bulunmamaktadır. Sayısal delil, bilişim sistemleri aracılığıyla oluşturulan ya da bilişim sistemlerinde depolanan veri olduğundan, elde edilmesinde klasik yöntemlerin kullanılması her zaman sonuç vermeyecektir. Klasik olay yeri araştırmalarında fiziksel delillerin toplanması ile; sayısal suç araştırmalarında ise sayısal delilin toplanması ile olay araştırmacıların gözünde tekrar canlandırılmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda kısaca sayısal delilin elde edilme yöntemleri ve bu yöntemlerin araştırmalara etkisi üzerinde duracağız.

B. Sayısal Delilin Suç Araştırmalarına Etkisi

Sayısal delil, sabit disklerde, belleklerde, mobil telefonlarda, bilgisayar ve bilgisayar işlevi gören cihazlarda, bilgisayar ağlarında, sistem günlüklerinde, elektronik postalarda ve veri tabanlarında bulunabilmektedir. Sayısal delilin elde edilmesinde ulusal ve uluslararası bağlamda önerilen pek çok metodoloji mevcuttur²¹. Ülkemizde konuyla bağlantılı ilk düzenleme, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu’nun 4’üncü maddesidir. Bilgisayar verilerini incelemeye olanak veren düzenlemenin geliştirilmiş hali, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134 ve 135’inci maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bilişim sistemlerinde 134’üncü madde hükmü aracılığı ile veri arama; 135’inci madde hükmü ile akış halinde bulunan verinin elde edilmesi mümkün hale getirilmiş bulunmaktadır. Ancak uygulamada sayısal delil elde etme konusunda yayınlanmış yol gösterici bir kılavuz bulunmadığından adli bilişim bilirkişiliği yapan kurum ve kuruluşlar tarafından olaya göre değişen metodolojilerin kullanıldığı görülmektedir.

²⁰ Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Seçkin, Ankara 2014, s.31.

²¹ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Değirmenci, s. 161-191.

Gelişen teknolojiye bağlı olarak zaman zaman kullanılan yöntemlerde değişiklik olmaktadır. Nitekim teknolojinin gelişmesi ile bilişim suç faillerinin de kullandığı yöntemler değişmektedir. Bu itibarla sayısal delil elde edilirken delillerin tamamının kaybolmadan ya da deforme olmadan elde edilmesinin yanında güvenliğinin sağlanması hususunda azami özen gösterilmesi gerekmektedir. Sayısal delilin elde edilmesinin önüne geçmek amacıyla kullanılan zararlı yazılımlar aracılığıyla suça ilişkin delillerin geriye dönük olarak tüm izleri silinebilmektedir. Bu itibarla sayısal delilin elde edilmesi ceza hukukunun genel ve özel önleme amacının yerine getirilmesi bakımından elzemdir.

Sayısal delillerin elde edilmesinin icrasında kullanılan çevrimiçi arama ya da uzaktan arama (remote search), kolluk kuvvetlerine ağa bağlı bilgisayarın sabit diskinde arama olanağı sunmasının yanında elektronik posta ve ağ trafiğinin izlenmesine de imkân sağlamaktadır. Uzaktan arama yönteminde gerçek zamanlı denetim yapılabildiğinden kamera aktif hale getirilebilmekte, mikrofon ile ortam dinlemesi gerçekleştirilebilmektedir²². Söz konusu yöntemin yasal zemini gerek uluslararası gerekse ulusal platformda bulunmamakla beraber, çoğu zaman konut araması ile iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ilişkin normatif düzenlemeler kıyas yoluyla uygulama alanı bulmaktadır. İletişimin denetlenmesi tedbiri ile büyük ölçüde benzerlik göstermekle beraber, bu yöntemde gerçek zamanlı veri akışı olmasa da denetim ve arama yapılabilmektedir. Oysa iletişimin denetlenmesinde, iletişim olmadığında denetim de mümkün olmamaktadır. Bu itibarla *remote search* yöntemi, bilişim suçları ile mücadele bakımından etkin bir soruşturma yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

III. Yargıda Dijitalleşme Örnekleri

Sayısal(dijital)delillerindijitalizlemededenileneonlinearaştırmalarıyoluyla araştırılması da yargının dijitalleşmesi başlığı altında değerlendirilmektedir²³. Benzer şekilde, yapay zekânın karar verme mekanizmasında kullanılması

²² Kees Hudig, “State Trojans:Germany Exports ‘Spyware with a Badge’”, Statewatch, Vol.21, No:4, 2012, s.1-3; Hans Kudlich, “Ceza Kovuşturmasında Federal Truva Atları-Dijital Çağda Özel Yaşam Alanının Korunması”, Çeviren: Rabia Ünlü, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.I, Yayına Hazırlayan: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf-Prof. Dr. Yener Ünver, İstanbul 2010, s.220 vd.

²³ Delia Magherescu, “Using New Means of Technology during the Penal Proceedings in Romania”, Revista Brasileira De Direito Processual Penal Vol:5, Issue:3, s.1189-1217, 2019, s.1191 vd.

da yargının dijitalleşmesi seçeneklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza sorumluluğunun tespitinde, sensörler yardımıyla ağ üzerinden bilgi alan ve aldığı bilgileri değerlendiren yapay zekâ makineler özel bir rol oynamaktadır. Ne var ki, makinelerin hangi durumlarda hangi kararları vereceğini önceden tahmin etmek veya kararların neye dayandığını geriye dönük olarak belirlemek mümkün olamamaktadır²⁴. Dijitalleşmenin gerçek zamandaki tezahürü olarak karşımıza online (çevrimiçi) ya da uzaktan arama çıkmaktadır. Globalleşen dünyada bilişim teknolojilerinin gelişmesine paralel olarak bilişim suçları ile mücadele yöntemleri sürekli değişmektedir. Bilişim suçları ile mücadelede etkin bir yöntem olarak online arama pek çok ülkede kullanılmaya başlanmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere kimi ülkelerde yasal zemini olmamakla beraber söz konusu arama, iletişimin denetlenmesi tedbiri kıyasen uygulanmak suretiyle pratikte hayata geçirilmektedir. Bu bağlamda dijitalleşme örneklerine İtalya, Almanya, İsviçre, Amerika ve İngiltere uygulamaları nezdinde bakılacaktır.

A. İtalya Örneği

Birkaç yıl öncesine kadar düşünülemeyen dijitalleşme örnekleri ülkelerde sıklıkla gündeme gelmeye başlamıştır. Örneğin İtalyan Yargıtay'ı 2016 yılında, casus yazılımların bazı suç örgütlerinin çökertilmesi amacıyla kullanımının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir²⁵. Böylelikle İtalya'da casus yazılımlar (örneğin *Trojan Horse* olarak anılan Truva atları), organize suçlarla ilgili ceza soruşturmaları yürütülürken müdahaleci bir soruşturma tekniği olarak kullanılabilir hale gelmiştir. Yasal değişiklik ise söz konusu karardan birkaç yıl sonra yapılmıştır. Casus yazılım kullanımına, iletişimin kesilmesi ve çevrimiçi arama yapılması amacıyla başvurulmasına olanak tanınmaktadır. Bu tür bir dijital soruşturmanın, ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla yapılacak hukuka aykırı soruşturma işlemlerini kapsamadığını belirtmek gerekir. Ocak 2019 tarihinde kabul edilen kanun değişikliği ile yolsuzluk dosyalarına özgü olarak örgüt üyeleri arası iletişimi kesmek amacıyla casus yazılımların kullanımı serbest kılınmıştır²⁶.

²⁴ Yapay zekânın kararlarını belirleme sıralamasına ilişkin detaylar için bkz. **Beck**, s.44 vd.

²⁵ Michele Caianiello, "Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, I:27, s.267-291, 2019, s.274.

²⁶ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m.266-267

Bu noktada, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için her yöntemin hukuka uygun olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim öğretilerde, İtalyan Yargıtay'ının kararından sonra yapılan kanun değişikliklerine ilişkin, durumun bıçak sırtında yürümekten farklı olmadığı söylenmiştir. Yerinde olarak, kolluk kuvvetleri ile savcılık makamının böylesine geniş bir araştırma yetkisinin olması sakıncalı bulunmuştur²⁷. Her ne kadar casus yazılımların kullanımı, örgütün iletişimini kesmek ya da durdurmak amacıyla kullanılacak olsa da aynı zamanda sabit disk kopyalamak gibi veri elde etmek amacıyla kişilerin bilgi sistemlerine sızmanın mümkün olması ceza muhakemesinin esasları ile kimi temel hak ve özgürlükler bakımından oldukça düşündürücüdür. Zaman içerisinde, ceza muhakemesinde dijital soruşturma, delil araştırma iş ve işlemleri ile ilgili yöntemlerin genişlemesi, temel haklar bakımından düşündürücü olacağı gibi, vatandaşların adalete olan inançlarının zayıflamasına da neden olabilecektir.

Temel hakların ihlal edildiği bir dava örneği İtalya'da görülmüştür. Sınır Tanımayan Güvenlik isimli kâr amacı gütmeyen bir araştırma şirketi, *Exodus* isimli bir casus yazılımın, androidlere yönelik kötü amaçlı bir yazılım olduğunu tespit etmiş ve 2016 yılından 2019 yılının başlarına kadar çok sayıda veri toplayarak Google Play Store'da gizlenen bir uygulama olduğunu belirlemiştir²⁸. Nisan 2019'da aynı yazılımın IOS kullanıcılarına yönelik bir sürümü daha tespit edilince, Napoli Savcılığı olaya ilişkin soruşturma başlatmıştır. Yapılan araştırmada, *Exodus* yazılımının yerel savcılık büroları tarafından da kullanıldığı ortaya çıkmıştır; ancak halen hangi büroların kaç olayda bu yazılımı kullandığı açıklanmamıştır. İşte böyle bir durumun ortaya çıkması adalete duyulan güvenin sarsılmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim soruşturmanın tamamlanmasından sonra resmi makamlar tarafından yapılan açıklamada, hakkında herhangi bir soruşturma olmayan 1000'in üzerinde kişinin bilgisinin Exodus aracılığıyla ele geçirildiği ifade edilmiştir²⁹.

Bu tür davalardan çıkarılabilecek pek çok önemli çıkarım bulunmaktadır. Devletin, vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini korumak ve gözetmek en önemli yükümlülüklerdendir. Benzer ihlallerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bunun için sınırsız hareket kabiliyeti veren teknolojik gelişmelerin kullanımı konusunda sıkı bir denetim

²⁷ Caianiello, s.274.

²⁸ <https://securitywithoutborders.org/blog/2019/03/29/exodus.html> (Erişim Tarihi: 08.05.2020)

²⁹ Caianiello, s.275.

yapılmalıdır. Aksi takdirde sınırsız güç kullanımı önemli hak ihlallerine sebebiyet verebilecek ve AİHM nezdinde verilecek ihlal kararları kaçınılmaz olacaktır. *Exodus* davasından sonra, casus yazılımların potansiyel olarak bireylerin özel hayatları açısından tehlike içeren yegâne teknoloji olmadığı da ifade edilmektedir³⁰. Telefon verilerinin toplanması, dijital çağın önemli gelişmelerinden biri olarak kabul edilir. Modern ceza muhakemesi hukukunda telefon iletişim verilerinin elde edilmesi birtakım sıkı kurallara bağlanmıştır. Bu kuralların belki de en önemlisi hâkim/savcılık yazılı emrinin bulunması zorunluluğudur. Ancak İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda savcılığın iletişim verilerinin denetimi ile ilgili sıkı kurallar getirilmediği, bu söz konusu kapsamlı yetkinin soruşturma makamlarına sınırsız yetki ve erişim olanağı vermesinin tehlike oluşturduğu haklı olarak ifade edilmektedir³¹.

Avrupa Adalet Divanı, telefon verileri toplama işlemleri için kolluk makamlarına emrin yetkili makam olarak hâkim tarafından verilmesi gerektiğini, bunun temel hakların ihlalini önlemek için bir güvence olduğunu ifade etmiştir³². Nitekim benzer bir durum GPS takibi bakımından da söz konusu olup, savcılık tarafından somut olaya özgü yazılı ya da sözlü bir emir verilmesine gerek bulunmaksızın polis kontrolünde denetim yapılması bir zafiyet olarak görülmektedir³³.

B. Almanya Örneği

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (Bundesverfassungsgericht) 2008 tarihli bir kararında bilgi teknoloji sistemlerine gizlice sızmanın ancak bir yargı kararı ile mümkün olacağına işaret edilmiş ve özel hayatın mutlak dokunulmaz olan çekirdek alanının korunmasının zorunluluğuna dikkat çekilmiştir³⁴. Kararda, internet aracılığıyla gizli soruşturmanın anayasa aykırılığı ifade edilmemiştir; bunun yerine anayasada yer alan hakların korunması bakımından online aramanın ya da federal Truva atı kullanımının sınır ve kapsamının belirlenmesi gerekliliği üzerinde durmuştur. Benzer bir

³⁰ Caianiello, s.276.

³¹ Caianiello, s.277.

³² Caianiello M., "Increasing Discretionary Prosecutor's Powers: The Pivotal Role of the Italian Prosecutor in the Pretrial Investigation Phase", Oxford Handbook Online Criminology, Oxford Press, Editors: D.K. Brown-J.I. Turner- B. Weisser, 2019, s.1-27.

³³ Caianiello, s.277.

³⁴ 27.02.2008 T. BvR 370/07 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227_1bvro370o7en.html

yaklaşım Adalet Divanı'nın İrlanda Dijital Haklar, *Seitlinger ve Diğerleri* davasında da sergilenmiştir³⁵. Divan, ülkelerdeki yasal sistemlerin, AB Temel Haklar Şartı'nda yazılı ilkelere uygun olması şartıyla soruşturma işlemleri yapılırken telefonda veri toplama işlemlerinde kişisel veri koruma sınırlarının sıkı bir şekilde belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Nordrhein-Westfalen eyaleti, Anayasanın Korunması Kanun'unda (Verfassungsschutzgesetz) 20 Aralık 2006 yılında değişiklik yapmak yoluyla online arama konusunda açık bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu normatif düzenleme ile internet üzerinden gizli soruşturma yapılması mümkün kılınmıştır. Almanya'da 17 Ağustos 2017 tarihli Ceza Muhakemesinin Etkili ve Pratiğe Uygun Olarak Düzenlenmesi Hakkında Kanun ("Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens") ile çevrimiçi (online) araştırmalar, gizli soruşturma önlemi olarak hayata geçirilmiştir. Ancak halihazırda kovuşturma evresi için bir yetkilendirme söz konusu değildir. Sisteme gizlice yüklenen bir izleme yazılım programı olarak "*program kontrollü gizli araştırmacı*" aracılığı ile yapılan³⁶ online araştırmalar, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda soruşturma evresinde temel haklara ciddi müdahale olarak kabul edilmektedir³⁷.

C. İsviçre Örneği

İsviçre'de soruşturma makamları, bilişim teknolojileri aracılığıyla suç faaliyetlerini ortaya çıkarmak adına çeşitli araçlar kullanmaktadırlar³⁸. En sık kullanılan yöntem, doğrudan bilgisayar kasalarına el konulması suretiyle disklerde araştırma yapmaktır. Diğer bir seçenek ise, veri trafiğinde fark edilmeden gizlice telefon ya da bilgisayar bağlantılarının izlenmesidir. Çağın suçla mücadele gereksinimleri için dijital araştırma faaliyetlerinin yasal zemine oturtulması gerekmektedir. Nitekim İsviçre'de Telekomünikasyon Trafikinin İzlenmesi Hakkında Federal Yasa (BÜPF)³⁹ ile gizli takibin yasal dayanağı oluşturulmuştur. Yakın bir zamanda, VoIP yazılımı olan Skype gibi

³⁵ EU Court of Justice, 08.04.2014 T. C.No: C-293/12 and C-594/12

³⁶ Michael Soine, "Die Strafprozessuale Online-Durchsuchung", Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ) 2018, s.497; Freiling/Safferling/Rückert, Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung als neue Massnahmen für die Strafverfolgung: Rechtliche und technische Herausforderungen JR 9, 2018, s.16.

³⁷ Soine, s.497.

³⁸ Platz, s.838.

³⁹ Bundesgesetz vom 18. März 2016 betreffend die Überwachung des Post und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)

telekomünikasyon hizmetlerindeki uçtan uca şifrelemenin kolluk ve savcılık makamı için kaldırılması talep edilmiştir⁴⁰. Böylelikle klasik telekomünikasyon araçları dışında internet hizmet sağlayıcısı aracılığıyla sunulan hizmetler de online araştırmanın bir parçası haline getirilmek istenmektedir.

D. Amerika Örneği

Amerika Federal Yüksek Mahkemesi, Haklar Bildirgesi'nde yer alan ilkeleri, çağın gerekliliklerini dikkate alarak, dijital devrimin getirdiği zorluklara uyarlamıştır⁴¹. Mahkeme ilk kez *US v. Jones* Kararında⁴² GPS takip cihazının takılması için Anayasa'nın IV. Değişikliğinin güvencelerini uygulama kararı almıştır. Sonrasında *Carpenter* kararında⁴³, hükümetin bireylerin verilerini toplamasına ilişkin geçmişe dönük olarak IV. Değişikliğin koruma alanını genişletmiştir⁴⁴.

Dijital çağdan önce ceza muhakemesinde delil araştırma faaliyetleri daha ziyade şüpheliyi takip etmekten ibaretti. Ancak dijital araçlardan yararlanmadan araştırma faaliyetlerini yürütmek, doğrudan şüpheliyi sürekli kolluk kuvvetleri aracılığı ile takip etmek hem oldukça masraflı ve hem de oldukça zordu. Bu sebeple, nadiren gerçekleştirilmekte ve toplumun bireyin uzun süreli takip edilmemesi gerektiği beklentisine de uygun davranılmaktaydı⁴⁵. GPS bilgisinin uzun süreli kayıtları time stamp denilen şekilde, verinin üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı, kaydedildiği bilgisi ile bunların gerçekleşme zamanlarını elektronik ortamda depolar. Mobil telefonun yerinin tespitinin yapılmasıyla telefon kullanıcısının ayak bileği monitörü takmış gibi gözetlendiği ve polis başka türlü edemediği tüm bilgilere erişimin bu yolla sağlandığı belirtilmiştir. Mahkeme, söz konusu uzun süreli kayıtlar yoluyla, vatandaşların ailevi, politik, dini bilgilerinin ele geçirileceğini ve bu kayıtların özel hayatın çekirdek kısmına zarar vereceğini

⁴⁰ Platz, s.840; Beranok Zanon, Reschtsfragen zu VoIP im Hochschulumfang, SWITCH Journal, 2006, s.26.

⁴¹ <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=+Jones++565+U.S.+400+2012&type=Site> (Erişim Tarihi:11.05.2020)

⁴² Karar tarihi:23 Ocak 2012 <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf> (Erişim Tarihi:20.12.2020).

⁴³ Karar tarihi: 22 Haziran 2018 https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf (Erişim Tarihi:20.12.2020)

⁴⁴ Konum bilgilerinin edinilmesi, *Carpenter* şirketinin kablolu ağ çalışmalarının bir ürünüdür.

⁴⁵ *Carpenter v. United States*, 585 US. (2018) <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/18-8666.html> (Erişim Tarihi:11.05.2020).

ifade etmiştir. Benzer bir yaklaşım, cep telefonlarına uzaktan erişmek yoluyla fotoğraf, video kayıtlarından ya da yazışmalardan, hedef kişinin nerede olduğunu tespit ederek tutuklamaların yapılmasında yaşanmaktadır⁴⁶. Söz konusu kararlar, geleneksel ceza muhakemesi ilkelerini ve usul kurallarını, bilimsel ve teknolojik gelişmelere adapte ederek başta adil yargılanma olmak üzere silahların eşitliği gibi ceza muhakemesinin esaslarını korumayı başarmıştır. Bu açıdan söz konusu kararlar, dijital çağ bakımından devrim niteliğinde kabul edilmektedir⁴⁷.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde verilen kararlar, ABD Federal Mahkeme tarafından verilen kararlarla paralellik arz etmekte olup; dijital yargısal işlemler aracılığı ile delil elde edilirken, bireylerin mahremiyetinin ve hukukun üstünlüğünün korunması unutulmamalıdır. Savunma makamına, soruşturma makamları tarafından uygulanan dijital delil elde edilmesine yönelik müdahaleci soruşturma işlemleri ve koruma tedbirlerine ilişkin savunma yapmasına imkân tanınması oldukça önemlidir⁴⁸.

Adaletin gelecekteki gelişme potansiyeline bakarsak, dijital bir devrimin gerçekleşeceği beklenmektedir. Önümüzdeki yıllarda, önleyici ve geleneksel ceza adaleti arasındaki sınırların bulanıklaştırılmasıyla da yargı makamı yerine geçmek üzere yapay zekânın aşamalı kullanımının devreye gireceği kabul edilmektedir⁴⁹. Nörobilim aracılığıyla ceza adaletinin yönetiminde yenilikçi bir yaklaşım izlenebileceğine inanılmaktadır. Örneğin şüpheli ya da sanığın tehlikelilik durumunu değerlendirmede yapay zekâdan yararlanabilecektir, benzer şekilde delilin niteliğinin ortaya konulmasında insan faktörü olmadan nörobilim aracılığıyla yargılama makamının iş yükü azaltılabilecektir. Konuya ilişkin olarak İtalya'da, deneme amacıyla tanık, mağdur ve sanığın güvenilirliğini test etmek için yapay zekânın deneme amaçlı kullanılabileninden söz edilmektedir⁵⁰. 2011 yılında görülen bir davada, yargılamanın sonunda mağdurun ve sanığın güvenilirliğini test etmek

⁴⁶ Riley v. California, 573, U.S. (2014) https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf (Erişim Tarihi: 11.05.2020).

⁴⁷ Caianiello, s.280.

⁴⁸ G.Malgieri /P.De Hert , “European Human Rights, Criminal Surveillance, and Intelligence Surveillance: Towards “Good Enough” Oversight, Preferably but not Necessarily by Judges”, The Cambridge Handbook of Surveillance Law (Editors: D.C. Gray-S. Henderson), New York 2017, s.509-523.

⁴⁹ Caianiello, s.281.

⁵⁰ Caianiello, s.281.

için nörobilimsel deneye katılmaları karara bağlanmıştır. Hem sanık hem de mağdur IAT, TARA testine tabi tutulmuştur. Yapay zekânın kullanıldığı IAT-TARA test sonucu doktorlar, mağdurun ifadesinin güvenilir olduğunu ve sanığın mahkûm edilmesi gerektiğini test sonuçları ile ortaya koymuştur⁵¹.

E. İngiltere Örneği

İngiltere’de bir ceza muhakemesi kanunu bulunmamaktadır; muhakemeye ilişkin kurallar Police and Criminal Evidence Act⁵² ile benzer bazı diğer kanunlar ve temyiz mahkemesinin içtihatlarından oluşmaktadır. Nitekim İngiltere’de de online aramanın temelini oluşturabilecek bir kanuni düzenleme olmadığı gibi, uzaktan erişim sağlayan yazılımların kolluk kuvvetlerince kullanılabilmesine ilişkin verilmiş içtihadi bir karar da bulunmamaktadır. Ancak kolluk kuvvetlerinin bir hâkim kararı olmaksızın bilişim suçları faillerinin bilgisayarlarına uzaktan erişim imkânı sağlayan İç İşleri Bakanlığı planının olduğu ifade edilmektedir⁵³.

III. Dijitalleşmede Olanaklar ve Sınırlar

Adli yazılım olarak işlev gören yapay zekanın uzaktan kullanılması için birtakım sınırlamalar söz konusudur. Her şeyden önce bunun için açık bir yasal düzenleme mevcut olmalıdır. Şüphelinin özel hayatının dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü ile ilgili dijital işlem ile elde edilecek yarar arasında bir oran bulunmalıdır⁵⁴. Uygulamada, soruşturma makamlarının -dijitalleşme aracılığıyla- sahip oldukları daha fazla verinin doğru bir şekilde kullanılması, iki ucu keskin bıçak üzerinde yürümeye benzetilmektedir. Bu noktada, kanunilik ilkesi ve orantılılık ilkesi dikkate alınarak düzenleme yapılmalıdır.

Kanunilik ilkesi mümkün olduğunca kapsamlı ve belirli bir değerlendirme yapılmasını gerektirirken; orantılılık ilkesi mümkün olduğunca ölçülü bir müdahale için düzenleme getirilmesini şart kılar. Federal Anayasa Mahkemesi, 2005 yılında verdiği bir kararda: “*veri taşıyıcılarını ve bunlarla ilgili verileri ararken, güvence altına alırken ve ele geçirirken, arama*

⁵¹ 19.07.2011 T., Supreme Court of Cassation <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/homepage.page.jsessionid=24B0D25B5E47D28E1E9683F04B746DD9.jvm1>

⁵² 1984 tarihli kanun metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (Erişim Tarihi:18.04.2021).

⁵³ Değirmenci, s.232.

⁵⁴ Platz, s.841; Schneider, s.81.

kararına esas olayla bağlantısı olmayan bilgilere erişimden kaçınılmalıdır”⁵⁵ demiştir. Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin korunması için soruşturma makamlarının sınırsız bir şekilde hareket serbestisine sahip olduğu düşünülmemelidir. Kanuni sınırlar dahilinde, ilgili temel hakkın sınırlandırılmasına yönelik koşullara uyularak gerekli araştırma ve soruşturma işlemleri yürütülmelidir.

Devletin uzaktan erişim ile örneğin şüphelinin bilgisayarında arama yapmasının bilgisayarda yer alan verilerin bütünlüğünü bozacağı ifade edilmektedir⁵⁶. Soruşturma makamlarının, uzaktan erişim yoluyla kişisel verileri de ele geçirebileceği göz önüne alındığında, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun uygulama alanına da müdahale gündeme gelebilir. Big data çağında gizlilik oldukça önemli bir konudur. Üçüncü kişiler tarafından depolama alanlarında, bilgisayarlarda, akıllı cihazlarda saklanan kişisel verilere soruşturma makamlarının gelişi güzel ve sınırsız biçimde erişimi üzerine dikkatlice düşünülmalıdır. Nitekim günlük yaşamda sıklıkla, mobil telefonlarla iletişimde olduğu gibi veri akış yoluyla iletişim kurulmaktadır. Özel servis sağlayıcıları tarafından depolanan pek çok kişisel veri mevcuttur. Örneğin akıllı ev sistemlerinde kişinin sesi, davranış modelleri, göz retinası kayıtlı olup, bu verilerin, soruşturma makamları tarafından tıpkı bir teknik araçlarla izleme koruma tedbirinde olduğu gibi bunların suçun aydınlatılması amacıyla toplanmak istenmesi, bu verilere erişimin yasallığı üzerine tartışmaları da gündeme getirmektedir⁵⁷. Özellikle, özel veri depolayan kurumların soruşturma makamları ile iş birliğine girmesinin mümkün olduğu; bu durumun bireysel kullanıcılarla karşılaştırıldığında temel hak ve özgürlükleri daha fazla kısıtlayıcı bir korelasyon içinde olduğu ifade edilmektedir⁵⁸. Nitekim Almanya’da, elkoyma işleminin konusunu oluşturan big data’nın Alman CMK § 95 uyarınca bunları özel olarak depolayan şirketlerin eşyayı teslim etme mecburiyeti kapsamında soruşturma makamlarına verileceği belirtilmektedir. Söz konusu hükmü tamamlayıcı nitelikte olan bir diğer hüküm olarak Alman

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02.

⁵⁶ Kişinin bilgisayarının dokunulmazlığı, yetkili kişinin verilerini siber uzaya bozulmadan tutmasına ve yetkisiz erişimin olmamasına olanak tanır. J. Rehberg/ N. Schmid, Strafrecht III, 8. Aufl., Zürich 2003, s.150-151; P. Weissenberger, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, StGB 143, N.3.

⁵⁷ Ralf Peter Anders, “Die Privatsphäre im Zeitalter von Big Data Zum staatsanwaltschaftlichen Zugriff auf personenbezogene Daten in Speichern privater Dritter”, ZfS 15. Vol., 2/2020, s.70-79, s. 70.

⁵⁸ Anders, s.70.

CMK § 161 (araştırmalar ve gizli soruşturmalardan elde edilen verilerin kullanılması) gösterilmektedir. Bu maddeye göre maddi gerçeğe ulaşmak için, Savcılık makamı tüm kamu kurumlarından bilgi isteyebilir ve her türlü araştırmayı kendisi yapabilir; polis böyle bir durumda savcılığın tüm emir ve isteklerini yerine getirmeye mecbur olup, tüm makamlardan bilgi istemeye yetkilidir. Bu hükümler çerçevesinde soruşturma makamlarının bu tür verileri edebilecekleri ve bunun yasal olduğu kabul edilmektedir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin kredi kartı verilerinin soruşturma makamları tarafından elde edilmesine yönelik verdiği karar bu noktada oldukça önemlidir⁵⁹. Çocuk pornografisi içeriğine sahip web sitesine erişim için, 79,99 ABD dolarının kredi kartı ile ödenmesi zorunluluğu bulunmaktaydı. Savcılık makamı, bu web sitesinin müşterilerini tespit edebilmek amacıyla Almanya'daki Mastercard ve Visa şirketlerine Filipin'e para transferi yapan hesapların tamamını istemiştir. Her iki şirket de savcılığın talep ettiği bilgileri iletmişlerdir. Veri aktarımının süjesi haline gelen kredi kartı sahipleri anayasa şikayetinde bulunmuşlardır. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, burada bir ihlalin söz konusu olmadığına, savcılık makamının Alman CMK 161'inci maddedeki⁶⁰ yetkisini kullandığına, araç ile amaç arasında bir oran bulunduğuna; bu sebeplerle şikayetlerin kabul edilmez olduğuna karar vermiştir⁶¹.

⁵⁹ BVerfGE NJW 2009, 1405-1408. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/02/rk20090217_2bvr137207.html (Erişim Tarihi:29.06.2020)

⁶⁰ Savcının Genel Soruşturma Yetkileri- 1) 160 (1) ila (3) maddelerinde belirtilen amaçlar doğrultusunda, savcılık, diğer kanuni hükümler hariç olmak üzere, tüm makamlardan bilgi istemeye ve her türlü soruşturmayı kendi başına yapmaya veya bunları polis teşkilatı yetkilileri ve memurlarına yaptırmaya yetkilidir. Polis teşkilatı yetkilileri ve görevlileri savcılığın talep veya emrine uymakla yükümlüdür ve bu durumda tüm mercilerden bilgi istemeye yetkilidir.

(2) Kişisel verilerin silinmesi bu Yasada açıkça emredildiği için, Federal Veri Koruma Yasası'nın 58 (3) Bölümü geçerli değildir.

(3) Bu Kanuna göre bir tedbire ancak bazı cezai suçlardan şüphelenilmesi halinde izin veriliyorsa, diğer kanunlara göre karşılık gelen bir tedbire dayanılarak elde edilen kişisel veriler, tedbirden etkilenen kişilerin rızası olmaksızın ancak ceza yargılamalarında delil amacıyla kullanılabilir, durumu açıklığa kavuşturmak için bu Kanuna göre böyle bir tedbirin emredilmesi gerekirdi. Bölüm 100e paragraf 6 numara 3 etkilenmeden kalır.

(4) Polis kanunu temelinde kapalı soruşturmalar sırasında kendini koruma amaçlı teknik araçların kullanımından apartman dairesinde veya apartman dairesinden elde edilen kişisel veriler, ancak orantılılık ilkesine (Temel Kanunun 13 (5) Maddesi) uygun olarak delil amacıyla kullanılabilir. Düzenleyen makamın bulunduğu bölgedeki yerel mahkeme (Bölüm 162, Paragraf 1) tedbirin yasallığını tesis etmiştir; Yakın bir tehlike durumunda, yargı kararı derhal verilmelidir.

⁶¹ Mahkeme, içtihatlar çerçevesinde fiziki varlığı olan eşyanın teslim edilmesine ilişkin

Özellikle örgütlü suçlulukla mücadele bakımından kamu yararının ön planda tutulması gerektiği, bu sebeple maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla verilere yönelik bu tür müdahalelerin söz konusu olacağını söylemek gerekir. Benzer bakış açısı, şüphelinin özel hayatının korunması bakımından da geçerlidir. Uzaktan erişim ile bilgisayara entegre olan mikrofon ve kameranın izlenmesi, ilgilinin özel hayatının dokunulmazlığının ihlal edilmesine yol açacaktır. Bu itibarla ülkemizde, yapay zekâ olan adli yazılımları uzaktan kullanarak gizli erişimin sağlanması için muhakkak kanunilik ilkesine uygun olacak içerikte bir normatif düzenleme olması gerekir. Nitekim, karşılaştırmalı hukuk sistemlerine baktığımızda, gizli soruşturma işlemleri ve koruma tedbirleri için muhakkak özel bir yetkilendirmenin bulunduğu kanuni bir yetkilendirmenin olması gerektiği, özel hayatın dokunulmazlığına ancak bu şekilde riayet edileceği ifade edilmektedir⁶².

Çevrimiçi (online) aramalara yoğun biçimde başvurulması, bilişim teknolojisi sistemlerini izleme veya araştırma olanaklarından yararlanılması, tedbirden etkilenen kişi sayısını artmasına yol açar. Bilgi teknolojilerine dayalı cihazlar, metin mesajı, görüntü ve ses dosyaları şeklinde hassas kişisel verileri içerir. Potansiyel olarak bu kadar kapsamlı verilere devlet organlarının erişim sağlaması, kaçınılmaz olarak toplanan verilerin, davranış profili ve iletişim profile oluşturmaya kadar varan risklere neden olur⁶³.

Alman ceza muhakemesi hukukunda, 24 Ağustos 2017'den itibaren Alman CMK §100b'de yapılan değişiklikle çevrimiçi aramalar için yasal bir dayanak oluşturulmuştur⁶⁴. Alman CMK §100b I, kolluk kuvvetlerine, bilgi teknolojisi sisteminde teknik araçlara müdahale etme ve ondan veri toplama yetkisi verir. “*Bilgi Teknolojisi Sistemi*” terimi gelişmeye açıktır ve belirli işletim sistemlerini, giriş yollarını, programlamayı veya özel teknik özellikleri tanımlamadan gelecekteki cihaz ve program türleri de dahil olmak üzere

kuralların fiziki varlığı bulunmayan nesnelere için de kullanılabilirliğini ifade etmektedir. Ancak verilerin ayıklanmasına özellikle dikkat edilmesini, verilerin *tamamı* yerine, savcılığın ihtiyacı olan verilerin ayıklanarak bir kopyasının alınması gerektiğini ifade etmiştir. Kriterlerin belirlenmesinde ise Siber Suç Sözleşmesinin ilgili hükümleri dikkate alınmaktadır. (BVerfG NStZ-RR 2003, 176; BVerfG NJW 2009, 2431; Michael Greven: in Hannich Rolf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 94, no.4).

⁶² Anders, s.71.

⁶³ BVerfGE 120, 274 no. 232; 141, 220 no. 238.

⁶⁴ Art. 3 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017

hepsini kapsar⁶⁵.

Çevrimiçi (online) arama, Alman CMK § 110 (3)'e göre⁶⁶ klasik bilgisayarlarda arama ve kaynak iletişimin denetlenmesi olarak ikiye ayrılır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde, çevrimiçi (online) arama ile teknik olarak benzer özellikler taşısa da cihazın daha kapsamlı bir şekilde araştırılmasına izin veren çevrimiçi aramanın aksine, soruşturma organlarının erişim yetkisi esas itibarıyla sadece iletişim ile sınırlıdır⁶⁷. Telekomünikasyon araçlarında, iletişim verileri şifrelenmeden önce veya şifresi çözüldükten sonra kaydedilebilir⁶⁸. Nitekim iletişim sürecinde kaydedilemeyen hiçbir veri kullanılamaz (Alman CMK §100a (5)1 no. 1b). Çevrimiçi aramada ise, bir bilgisayar sisteminde daha kapsamlı ve özel bir araştırma söz konusu olup, bu yolla sadece iletişim verileri değil, sohbetler, yüklenen fotoğraflar, yazılı notlar ve web sitesi geçmişleri gibi tüm depolanmış veriler görüntülenebilir. Böylece izlenen kişinin çevrimiçi davranışlarının kapsamlı bir profili ortaya çıkarılabilir⁶⁹. Hükümdeki, *“ilgili kişinin bilgisi olmadan bile”* ifadesi, çevrimiçi aramanın prensipte gizlice gerçekleştiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, izlenen kişinin bunu öğrenmesi, elde edilmiş olan delillerin geçerliliğini etkilemez⁷⁰. Şüphelinin hakkında çevrimiçi arama yapıldığını öğrenmesi ve rıza göstermesi, bundan etkilenebilecek diğer kişilerin temel haklarına müdahale yetkisi olarak değerlendirilemeyeceği gibi; mahkeme kararı, şüphelinin tedbir hakkında bilgi sahibi olması ve rıza göstermesi halinde de bir zorunluluktur⁷¹.

İsviçre ceza muhakemesi hukukunda dijitalleşmenin sınırlarıyla ilgili tartışmalardan birisi de, yapay zeka olan adli yazılımın teknik cihaz olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir⁷². Teknik cihaz olarak

⁶⁵ Jürgen-Peter Graf, BeckOK StPO, 28. Edition, § 100 b no. 7.

⁶⁶ BGH, Beschluss vom 31. Januar 2007 - StB 18/06

⁶⁷ Bernd Heinrich / Tobias Reinbacher, Online Durchsuchung, Oktober 2019.

⁶⁸ <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150030/Strafprozessrecht/18a-quellentkue.pdf> (Erişim Tarihi:18.05.2020).

⁶⁹ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bmjv-bmi-entwurf-ueberwachung-bfv-bnd-staatstrojaner-online-durchsuchung/> (Erişim Tarihi:18.05.2020).

⁷⁰ Eschelbach , SSW-StPO, 3. Auflage, 2018, § 100 b no.1.

⁷¹ Sonie, s.498.

⁷² İsviçre’de 01.03.2018 yılında yürürlüğe giren Posta ve Telekomünikasyon Trafikinin İzlenmesine Dair Federal Kanun (BÜPF) ve kanunun uygulanma alanını gösteren Yönetmelik (VÜPF) hükümleri uyarınca uzaktan erişim yoluyla iletişim takip edilebilmektedir.

değerlendirilirse telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi çerçevesinde soruşturma makamlarının gerekli çevrimiçi araştırma işlemlerini yapabileceği kabul edilmektedir⁷³. Aksi takdirde kanuni bir dayanak bulunmadığından yapılan araştırmalar neticesi elde edilen deliller hukuka aykırı sayılacaktır. Bu bağlamda önemli sorunlardan biri de şudur: Şayet adli yazılım bir cihaz olarak takip amacıyla kullanılacaksa, özel hayatın dokunulmazlığı korumasında olan verileri hâkim dosyada nasıl değerlendirecektir? Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde, iletişimin ve şüphelinin sistem üzerinden fiziksel takibi söz konusudur. Ancak uzaktan adli yazılım ile kişinin kamerasına erişilmekte, mikrofonu kontrol altına alınabilmekte ve anlık mesajlaşma içerikleri izlenebilmekte ve veri taşıyıcısına aktarılabilir. Bu bakımdan adli yazılımın uzaktan kullanılmasının, gizli koruma tedbirlerinden olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ile bir tutulması mümkün değildir.

IV. Dijitalleşmenin Soruşturma Sürecine Etkileri

Zamanın gerektirdiği hızlı teknik gelişmeler dikkate alındığında, ceza hukukunun söz konusu teknik gelişmelere ayak uydurup uyduramadığı incelenmelidir. Teknik ilerlemenin doğurduğu bilgisayar dolandırıcılığı ve veri hırsızlığı gibi suçlar⁷⁴ ile beyaz yaka suçları ceza muhakemesi hukukunu ister istemez dijitalleşmek zorunluluğu ile karşı karşıya bırakmaktadır⁷⁵.

Sanal ortamda işlenen suçlarda, faili tespit etmek ve onu cezalandırmak oldukça zordur. Örneğin DDos saldırılarında ya da Shitstormlarda mağdurun saldırıya uğradığından haberi bile olmayabilmektedir⁷⁶. Kullanıcı olan mağdurlar çoğunlukla internet aracılığıyla ya da internette işlenen suçların azaldığı varsayımıyla hareket etmektedirler. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, sanal ortamda işlenen suçlarla ilgili olarak daha çok fail odaklı bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir⁷⁷. Sanal ortamda failin davranışlarının izlenmesi için özellikle kolluk makamlarının dijital yolla içeriklere erişim

⁷³ Platz, s.843.

⁷⁴ Wolfgang Joecks / Klaus Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, §263a, no.11.

⁷⁵ Frederic Schneider, “Auswirkungen der Digitalisierung auf das Ermittlungsverfahren, Impulse aus der Strafverteidigungspraxis”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2020/2, s.79.

⁷⁶ Beck, s.44.

⁷⁷ Beck, s.44.

olanağına sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla soruşturma makamlarının delil elde etmesi amacıyla gerekli dijital olanaklara sahip olması artık bir zaruret teşkil etmektedir.

Ceza muhakemesinde hızla dijitalleşen çağın gereksinimlerine yanıt vermek ve uygulamada karşılaşılan somut olaylara çözüm bulmak amacıyla birtakım değişiklikler yapılması zorunludur⁷⁸. Teknik gelişime uyum sağlamayan ve nihayetinde maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunda gerekli değişimi yakalayamayan ülkeler yakın gelecekte önemli sorunlar yaşayacaktır. Bu nedenle, muhakemenin yaşam gerçekliğine sürekli uyarlanması artık bir gereksinim teşkil etmektedir.

Dijitalleşmenin soruşturmaya etkisini belirlemeye çalışırken soruşturmaya hâkim olan ilkeler göz ardı edilmemelidir. Öncelikle getirilen düzenlemenin mutlaka kanunilik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Nitekim bu konuda kanuni düzenlemeye sahip Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesinin, kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlendiği, bu itibarla temel hakların çekirdek alanına dokunulmadığı, özenli bir düzenleme getirildiği ifade edilmektedir⁷⁹. CMK'da getirilmesi önerilen düzenlemenin de benzer şekilde, korunmak istenen temel hak ve özgürlükler ile orantılı, açık, belirli, muğlak ifadelerle yer verilmeden, soruşturma makamlarına verilecek yetkinin sınırlarının ve kapsamının belirlendiği bir içeriğe sahip olması gerekmektedir.

Dijitalleşme ile karanlık bir alanın aydınlatılması, daha kısa sürede adli sonuçlar elde edilmesi gibi önemli hizmetlerde bulunmaktadır. Bu nedenle ceza hukukunun işlevselliğini arttırmak adına dijitalleşmenin hızla hayata geçirilmesi gerekir. Daha fazla veri, sadece niteliksel olarak değil, aynı zamanda niceliksel olarak da “daha fazla gerçek” anlamına gelir⁸⁰.

Ceza muhakemesi, basit şüphe dediğimiz bir şüphe derecesi ile başlar ve savcılık makamının yaptığı araştırmalar neticesinde basit şüphenin yeterli şüphe derecesine ulaşması ile soruşturma evresi nihayete erer. Bir fiilin cezalandırılabilmesi için fail tarafından işlendiğini gösteren somut göstergeler olmalıdır. Dijital gelişimin bir sonucu olarak giderek daha fazla verinin var olması ve bu verilerin teknik gelişme açısından daha hızlı bir şekilde analiz

⁷⁸ Schneider, s. 80.

⁷⁹ Schneider, s.79; Knauer/ Kudlich/ Schneider, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 152, no.1.

⁸⁰ Schneider, s.80.

edilmesi, başlangıç şüphesinin giderek daha yoğun bir şüphe derecesine dönüşmesine yol açmaktadır.

Yargının dijitalleşmesi ile daha fazla veri daha hızlı elde edilerek daha süratli analiz edilebilir. Uygulamada, dijital alanda ortaya çıkan bu gelişmenin, soruşturmanın yürüyüşü üzerinde klasik soruşturma usullerine kıyasla iki kat etkisi bulunmaktadır. Böylelikle, başlangıç şüphesinden yeterli şüphe derecesine daha hızlı varılabilmektedir. Özellikle ticari ceza ve beyaz yaka suçları bakımından soruşturmanın dijitalleşmesinin, verilerin kaybolmadan hızlıca elde edilmesini sağladığı ve soruşturmanın tamamlanıp kovuşturma evresine süratle geçişin anahtarı olduğu ifade edilmektedir⁸¹. Özünde, dijitalleştirilmiş ya da sayısallaştırılmış ceza soruşturmalarının amacı, eylem ve fail ile ilgili soruşturmanın özne düşüncelerden bağımsız olarak maddi gerçeğe daha güvenilir biçimde ulaşmak için en nesnelleştirilmiş şekilde delilleri toplamaktır⁸².

Önemli suçlar açısından elde edilen deneyimler, soruşturma makamları için bilgisayar sistemlerinin aranması ve elde edilen verilerin değerlendirilmesi olanağının daha yaygın kullanımını haklı çıkardığını göstermiştir. Dolayısıyla artan dijitalleşme, ceza muhakemesi kanunlarında yeni, kısıtlayıcı ve soruşturma makamlarına özgü yetki veren düzenlemelere duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır⁸³.

Alman kanun koyucu, arama yerlerinin veya sanal ortamda işlenen suçlar dışında saklanan verilerin sisteme işlenmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu § 110 (3)'e karşılık gelen verilere erişim ile ilgili olarak defalarca düzenlemeler yapmış olsa da yurtdışında bulunan veriler için kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle, dijitalleşmeden kaynaklanan "*daha fazla teknoloji ve daha fazla veri*" durumu ile nasıl başa çıkılacağı henüz kesin olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Dünyanın önde gelen internet operatörlerinden De-Cix'in, Almanya Federal İstihbarat Teşkilatının (BND) veri akışını kullanmasına karşı, 2017 yılında yürürlüğe giren ve yurtdışındaki yabancıların iletişim bilgilerinin izlenmesini düzenleyen BND yasasının anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı dava, Leipzig'de Federal İdare Mahkemesince reddedildi. Mahkeme, İçişleri Bakanlığının, BND'nin stratejik iletişimi izlemeye yardımcı olması amacıyla internet şebekelerine

⁸¹ Schneider, s.80.

⁸² Schneider, s.79.

⁸³ Schneider, s.81.

ihtiyaç duyulabileceği kararını vermiştir⁸⁴. İşte bu ve benzeri durumlarda açık bir yetkinin tanınmış olması ve yetkinin sınırlarının kanun koyucu tarafından belirlenmiş olması gerekmektedir.

V. Bir Dijitalleşme Örneği Olarak Online (Çevrimiçi) Duruşma

Ceza muhakemesinin bir diğer önemli evresi olan kovuşturma evresinde de dijitalleşmenin devamlılığını görmek gerekir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi özellikle tüm Dünya ülkelerinin etkilendiği COVID-19 pandemi sürecinde hem toplum sağlığını korumak hem de yargının aksamadan ilerlemesini temin edebilmek adına online (çevrimiçi) duruşmaların hayata geçirilmesi büyük önem taşımaktadır.

HSK tarafından Mart ayından itibaren sıklıkla COVID-19 kapsamında tedbir alınmış ve alınan tedbirlerin süresinin uzatılmasına karar verilmiştir. HSK'nın verdiği kararlarda özellikle cezai işlerle ilgili suçlulukla mücadele kapsamında iş ve işlemlerin devam etmesi gerektiği ve rutin faaliyetlerin gecikmeksizin yerine getirilmesi kararı verilmiştir. Nitekim geciken adalet, adalet değildir. AİHS'nin 6'ncı maddesi uyarınca adil bir yargılama tesis edebilmek için makul sürede yargılamaların bitirilmesi gerekmektedir.

Bu süreçte, acil ve tutuklu işler ile yürütmenin durdurulması istemlerinin yerine getirilmesi için yeteri kadar Cumhuriyet Savcısı ve hâkimin görevlendirilmesine, geri kalan hâkim ve savcının UYAP imkanlarından yararlanarak uzaktan çalışmalarının temin edilmesi sağlanmıştır. İşte tam olarak suç ve suçlulukla mücadelenin aksamaksızın sürdürülebilmesi bakımından müdafî ve vekilin online olarak duruşmalara katılmasının mümkün kılınması da büyük önem arz etmektedir. Böylelikle yargılamalar da aksamamış olacaktır.

26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 1'inci maddesi, durma süresince, ilk derece adli ve idari yargı mercileri ile bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri bakımından duruşmaların ve müzakerelerin ertelenmesi de dahil olmak üzere alınması gereken diğer tüm tedbirler ile buna ilişkin usul ve esasların belirlenmesinde HSK'yı, Yargıtay ve Danıştay'daki işler bakımından ise Başkanlar Kurulu'nu yetkili kılmıştır. HSK, ilgili kanunun verdiği yetkiye dayanarak 30.03.2020 tarihinde aldığı kararları tüm teşkilata

⁸⁴ <https://tr.sputniknews.com/avrupa/201806011033679849-bnd-internet-sebeke-almanya/> (Erişim Tarihi:08.07.2020)

duyurmuştur. CMK'ya göre tutukluluk değerlendirmesinin zorunlu olduğu durumlarda, tutuklu ve müdafinin SEGBİS uygulaması üzerinden dinlenilerek duruşmaların icrasına karar verilmiştir. Hukuk hakimlerinin bir kısmının da ceza mahkemesi hâkimi olarak nöbet listelerine yazılmasına karar verilmiştir.

Ancak pandemi karantinasının bitimi olan 1 Haziran 2020 itibariyle “yeni normalleşme” kapsamında çalışmalar başlatılmış ve duruşmalar kaldığı yerden devam etmiştir. Bu noktada pandeminin yayılma riski halihazırda devam etmekte ve duruşmaların online yapılmasının artık mümkün kılınması gerekmektedir. Nitekim pandeminin öngörülebilir olmayan bir süre daha devamı beklenmektedir. İşte bu noktada CMK'daki duruşma evresine ilişkin düzenlemelerin dijitalize edilmesine yönelik alternatiflerin geliştirilmesi gerekmektedir. Örneğin bu amaçla, 20 Eylül 2011 yılında yürürlüğe giren SEGBİS Yönetmeliği'nde değişiklik yapılması önemli bir adım olacaktır. Yönetmeliğin 12 ila 17'inci maddeleri arasında usul hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre, soruşturma ya da kovuşturma evresinde talep eden makamın uygun bulması ile pek çok alternatif durumda SEGBİS ile uzaktan erişim ya da katılım mümkündür. Yönetmeliğin 21'inci maddesi uyarınca SEGBİS, CMK'nın uygulandığı durumlarda kullanılabilir ifadesine yer vererek, kıyasen hâkim ya da mahkemenin uygun bulduğu durumlarda kullanılabilmesinin önünü açmaktadır. Usul hükümlerine ekleme yapmak yada var olan hükümde değişiklik yapak suretiyle, özellikle duruşma evresine ilişkin bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

Duruşmaların dijital ortamlarla yapılmasının sağlanması için ülkemizde adımlar atılmış olup pilot bölgelerde uygulamalar başlatılmıştır. Teknolojinin gelişmesi ve hayatımızın her alanına adapte olması ile Adalet Bakanlığı, “*Yargı Reformu Stratejisi*”⁸⁵ metninin “*Performans ve Verimliliğin Arttırılması*” başlıklı 4'üncü maddesinin “*Yargıda bilişim sistemleri geliştirilecektir.*” hedefi doğrultusunda avukatların duruşmalara video konferans yöntemiyle katılmalarına imkân sağlayacak olan *e-duruşma* sisteminin pilot uygulama ile başlayacağını açıklamıştır. 15 Eylül 2020 tarihi itibariyle Ankara Batı Adliyesi 1. ve 2. Tüketici Mahkemesi ile 1. ve 2. İcra Hukuk Mahkemesi'nde e-duruşma pilot uygulaması başlamış olup bu uygulama ile bilişim sistemlerinin günümüz teknolojilerinin imkânları doğrultusunda kullanıcı dostu yöntemlerle hukuk sistemimize adapte edilmesi yönünde ilerlenmesi amaçlanmaktadır. Esasen duruşma salonlarında uzaktan teknoloji aracılığıyla katılımın varlığı, 20

⁸⁵ https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf (Erişim Tarihi: 18.10.2020).

Eylül 2011 tarih ve 28060 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “*Ceza Muhakemesi’nde Ses ve Görüntülü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik*” (SEGBİS) ile başlamış ve şüpheli ya da sanığın sesli ve görüntülü iletişim kanalıyla yargılama sürecine katılmasıyla kendini göstermiştir⁸⁶. Ancak müdafinin yargılama sürecine dijital kanallar yoluyla katılabileceği e-duruşma uygulaması bu yönüyle bir ilk olmaktadır. 4 Aralık’ta yapılan duyuruya göre, e-duruşma sistemi yaygınlaştırılmaya çalışılarak, 07.12.2020 tarihinden itibaren İzmir, Bursa, Aydın, Adana, Antalya, Balıkesir, Denizli, Diyarbakır, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kayseri, Kocaeli, Konya, Malatya, Manisa, Mardin, Mersin, Muğla, Ordu, Sakarya, Samsun, Şanlıurfa, Tekirdağ, Trabzon ve Van Adliyelerinde Tüketici, İcra Hukuk ve Kadastro Mahkemelerinde e-duruşma sistemi kullanıma açılmıştır.

Bu bağlamda, online duruşmalarda müdafinin savunma makamı olarak üzerine düşen yükümlülük ve sahip olduğu yetkiler bakımından katılımın detaylarına ilişkin bir belirleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. SEGBİS’in doğrudan doğruyalık ilkesini ihlal edip etmediğine ilişkin yapılan değerlendirmeler burada da gözden geçirilmelidir. Bu noktada, dikkat edilmesi gereken hususların ne olduğunun belirlenmesinde AİHM’nin *Marcello-İtalya* Kararı ile⁸⁷ Yargıtay 16. CD’nin 19.06.2015 tarih ve 2015/1076-1932 sayılı kararındaki⁸⁸ kriterler gözden uzak tutulmamalıdır. Genel kural, sanığın duruşmada hazır bulundurulması olmakla beraber, bu yükümlülük, ancak somut ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir. Bahsi geçen kararlara göre, savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara, sanığın SEGBİS yolu ile katılması açık kabulüne dayalı olmalıdır. Teknik bağlantının iyi olması ve talebi doğrultusunda sanığın yanında halihazırda müdafî bulunması olanağının sağlanması, soru sorma imkanının sağlanması, duruşmanın tamamında katılım koşulları

⁸⁶ Alman CMK (StPO) m.247a’da tanığın korunması amacıyla video konferans yoluyla duruşmaya katılım düzenlenmiştir. Duruşma salonunda sesli görüntülü video konferans yönteminin kullanılması birtakım koşullara bağlanmıştır: Örneğin tanık ya da şüphelinin belirsiz bir süre mahkemenin bulunduğu yere getirilmelerinin mümkün olmaması ya da tanığın uzaklık sebebiyle duruşma salonunda bulunmasının onlardan beklenemeyecek olması gerekmektedir.

⁸⁷ AİHM Üçüncü Dairesi’nin 05.10.2006 Tarih ve 2004/45106 sayılı kararı. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22marcello%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-77246%22%5D%7D> (Erişim Tarihi:04.12.2020).

⁸⁸ Benzer yönde bkz. Yar. 16. CD, 19.06.2015 T., 2015/1078-1930; Yar. 16. CD, 19.06.2015 T., 2015/1083-1926.

gerçekleştiğinde, savunma hakkının kısıtlanmadığı kabul edilebilecektir.

Yargı reformu stratejisi kapsamında e-Duruşma uygulaması nasıl işleyecek sorusuna verilecek yanıtlar ise şöyle sıralanabilmektedir: e-Duruşma uygulamasının mevcut olduğu mahkemedeki duruşmaya e-duruşma yoluyla katılım sağlamak isteyen avukat, UYAP Avukat Portal üzerinden, ilgili duruşmadan 24 saat öncesine kadar uzaktan erişim ile duruşmaya katılma isteğinin gerekçeleriyle birlikte talepte bulunacaktır. Duruşmaya 24 saatten az bir süre kaldığında sunulan talepleri ise sistem kendiliğinden reddedecektir. Avukat tarafından gönderilen e-duruşma talebi, dosyaya bakmakla görevli hâkim tarafından değerlendirilecek ve hâkim tarafından talebin kabul edilmesi halinde avukat, UYAP Avukat Portal uygulaması üzerinden duruşmaya video konferans yoluyla katılım gösterebilecektir. Duruşmadan önce e-imza veya mobil imza ile kimlik doğrulaması yapılacak, avukatın bilgileri ve fotoğrafı Hâkim tarafından UYAP sistemi üzerinden teyit edildikten sonra duruşma başlayabilecektir. Duruşma başladığında UYAP Avukat Portal/ Celse uygulaması üzerinde “duruşmaya katıl” butonu aktif hale gelecek ve bu yöntemle duruşmaya dahil olunacaktır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu madde 49’da düzenlenen avukatların duruşmalara cübbe ile katılma zorunluluğuna e-duruşma uygulaması bir istisna getirmedeğinden, video konferans yoluyla yapılan e-duruşmalara da cübbe ile katılım sağlanacaktır. Duruşmanın kesintisiz olarak devam etmesi için en az 8Mbit internet bağlantısı hızı olması ve internet bağlantısının kafe, restoran vb. ortak kullanıma açık bir bağlantı olmaması gerekmektedir. Duruşma sırasındaki görüntü ve ses aktarımının kalitesi kullanıcının sorumluluğunda olacaktır⁸⁹.

Online duruşma uygulamasının, pandemi sürecinde adliyelerde ve duruşma salonlarında kalabalıkların oluşmasının önlenmesi, avukatların aynı güne verilen farklı şehirlerde birden fazla duruşmasının olması durumunda hepsine katılım sağlayabilecek olması, makul sürede yargılamanın bitirilebilecek olması gibi pek çok olumlu yönü bulunmaktadır. Ancak Bakanlık tarafından açıklandığı üzere, ortak kullanıma açık ağlardan erişimin sağlanması gibi bir durumda, güvenlik ve gizlilik ihlal edilmeye açık hale gelebilecektir.

İtalya’da uygulanan *Italian Trial Online* (TOL) ve Kanada’da uygulanan CIMS online duruşma örneklerine bakacak olursak; TOL örneğinde duruşma,

⁸⁹ <https://bigm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-durusma-sistemi17062020040538> (Erişim Tarihi:04.12.2020).

duruşma salonu dışından katılan kişilerin de erişimine açıldığından kullanıcı kitlesinin genişliği sebebiyle sistemin dışarıdan satın alınması, dosya güvenliğinin sağlanamaması gibi aksaklıklarla karşılaşmıştır⁹⁰. Bu bağlamda, ülkemizde pilot uygulama olarak uygulanmaya başlayan *e-duruşma* şimdilik avukatlarla sınırlı bir şekilde başlamış olması itibariyle teknik aksaklığın daha az yaşanacağı umudunu barındırmaktadır. Ancak teknik alt yapının iyileştirilmesi böylelikle, avukatların duruşmalara katılma esnasında teknik problemlerle karşı karşıya kalmasının önüne geçmek gerekecektir.

Bu noktada, karşılaştırmalı hukuktaki online duruşma ya da online mahkeme uygulamalarına bakmak yol gösterici olacaktır. Online mahkemelerin ya da online duruşmaların, sınırlı ya da sıfır hukukî bilgiye sahip, yetersiz kaynaklar sebebiyle avukat yardımına erişemeyen taraflar için önemli bir çıkış noktası olacağı ifade edilmekle beraber, ilgililere yardımı olması amacıyla, dünyadaki online duruşma uygulamaları sıklıkla sadeleştirilmiş ve basitleştirilmiş ara yüz kullanmayı tercih etmektedirler⁹¹. Online duruşma uygulamaları, dijital ortamlarının yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile adil yargılanma hakkı gibi temel değerlerle çelişmemek adına, kendi kendisini temsil eden tarafın özerkliğini, dolayısıyla kendi kaderini tayin etme hakkını korumayı garanti etmektedir⁹². Dolayısı ile ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma evresine hakim olan ilkelerin online duruşmalar için de korunması hedeflenmekte ve gerekmektedir.

Online duruşma/mahkeme uygulamaları için yapılan araştırmalar, dijital ara yüzlerin pek çok fonksiyonunu ön plana çıkarmıştır. İnsan-bilgisayar etkileşimini algılayan ve takip eden yapay zekâ kullanımı ile daha doğru bir ara yüz yaratma çalışmaları son on yıllık süreçte tüm hızıyla devam etmektedir⁹³. Örneğin İngiltere ve Galler’de 1.2 milyon sterlin bütçe ayrılarak, online duruşmaların ortaya çıkardığı sorunlara çözüm bulmak ve işleyişi

⁹⁰ Giampiero Lupo / Jane Bailey, “Designing and Implementing e-Justice Systems: Some Lessons Learned from EU and Canadian Examples”, *Laws (MDPI)*, Vol 3, Issue: 2, 2014, s. 353-387, s.386.

⁹¹ Sela Ayelet, “E-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts”, *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2019, Issue 2, 2019, s.127-164, s.128.

⁹² Ayelet, s.129.

⁹³ Ayelet, s.129; Anthony Jameson / Bettina Beredent/ Silvia Gabrielli / Federica Cena / Cristina Gena / Fabiana Venero / Katharina Reinecke, *Choice Architecture for Human-Computer Interaction*, 7:1-2, Now- 2014, s.14-15.

kolaylaştırılmak için çalışıldığı bilinmektedir⁹⁴. Teknolojinin kullanılması ile yargılama maliyetleri azaltılabilecek, prosedürler daha şeffaf ve kolaylıkla takibi mümkün olacaktır. Daha erişilebilir ve verimli bir yargılama süreci söz konusu olabilecektir⁹⁵. Ancak yine de yargılama süreçlerinde tarafların haklarını ve önemli usul ilkelerini ihlal etme endişesi vardır. Özellikle savunma makamının etkinliği adına, müdafî ile sanığın online duruşmaya kesintisiz, tüm aşamalara hâkim olacak şekilde katılımının sağlanması, başkalarının duyamayacağı ortamda görüşmelerinin sağlanması ve etkin bir savunmanın önüne engel çıkarılmaması gerekmektedir.

Online duruşmalar bakımından bir diğer tehlike, siber uzayda sıklıkla karşılaşılan sistemin hacklenmesidir⁹⁶. Bu itibarla bilgi güvenliğinin sağlanması bakımından kimlik doğrulaması sistemlerinin etkin bir şekilde e-duruşma platformunda kullanılması gerekmektedir.

SONUÇ

Bilgi teknolojileri sistemlerinin çoğu, insan hayatında önemli bir rol oynamaktadır. Bilgisayarlar, laptoplar, tabletler, akıllı telefonlar soruşturma makamları için oldukça kıymetli veri kaynaklarıdır. Bilişim teknolojileri cihazları, özellikle örgütlü suçlarda kriptolojik prosedürlerle tekrar tekrar kullanılmaktadır. Bu itibarla geleneksel soruşturma yöntemleri çağımızda ve ilerleyen zaman diliminde çoğunlukla başarısız olacaktır.

Toplumun artan dijitalleşmesinin doğal olarak ceza muhakemesi hukuku bakımından da durmadığı unutulmamalıdır. Soruşturma prosedürü kapsamındaki gerçek değişiklikler göz önüne alındığında ortaya çıkan sorular özellikle temel haklarla ilgilidir. Dijital soruşturma prosedürünün temel haklarla uyumlu tasarımı oldukça önemlidir. Bu itibarla gerek kanunilik gerekse ölçülülük ilkeleri ön plana alınmak suretiyle bir yol haritası çıkarılması gerekir.

Dijitalleşmenin ceza muhakemesi hukukundaki esaslı iki evre olan hem soruşturmayı hem de kovuşturmayı kapsamaması gerekliliği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu açıdan, kanun koyucu tarafından getirilmesi önerilen dijitalizasyonu sağlamaya yönelik düzenlemeler bütüncül bir yaklaşıma

⁹⁴ Ayelet, s.130.

⁹⁵ Bu noktada, çevrimiçi iletişim süreçlerinin teknik manada kusursuza yakın işlemesi gerekliliği hususunda fikir birliği bulunmaktadır. (Ayelet, s.132).

⁹⁶ Ayelet, s.132.

sahip olmalıdır. Özellikle kovuşturma evresinin özü olarak kabul edilen duruşma devresinde, vasıtasızlık ilkesinin gereklilikleri dikkate alınarak, alt yapı yetersizliklerinin ya da eksikliklerinin süratle tamamlanarak, yargılama makamı, savunma makamı ve katılan taraf arasındaki dijital etkileşim kusursuz bir işleyişe kavuşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Anders R. P, “Die Privatsphäre im Zeitalter von Big Data Zum staatsanwaltschaftlichen Zugriff auf personenbezogene Daten in Speichern privater Dritter”, ZİS 15. Vol., 2/2020, s.70-79.
- Ayelet S, “E-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts”, Journal of Dispute Resolution, Vol. 2019, Issue 2, 2019, s.127-164.
- Beck S, “Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme”, 15. Vol., 2/2020, s.41-51.
- Brandli B, “III. Kommunikation im Recht/Einsatz von Informations und Kommunikationstechnologie im schweizerischen Zivilprozess”, Kommunikation in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Stampfli Verlag, 2010, s.239-260.
- Caianiello M, “Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 27, 2019, s.267-291.
- Caianiello M, “Increasing Discretionary Prosecutor’s Powers: The Pivotal Role of the Italian Prosecutor in the Pretrial Investigation Phase”, Oxford Handbook Online Criminology, Oxford Press, Editors: D.K. Brown-J.I. Turner- B. Weisser, 2019, s.1-27.
- Cornelius K, “Künstliche Intelligenz”, Compliance und sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik”, 15. Vol. 2/2020, s.51-65.
- Davidson A, “Jurisdiction in Cyberspace”, Social Media and Electronic Commerce Law, 2nd Edition, Publisher: Cambridge University Press, August 2018, s.327-349.
- Değirmenci O, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin, Ankara 2014.

Freiling/Safferling/Rückert, Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung als neue Massnahmen für die Strafverfolgung: Rechtliche und technische Herausforderungen JR 2018.

Graf J-P, BeckOK StPO, 28. Edition.

Greven M: in Hannich Rolf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019.

Heinrich B/Reinbacher T, Online Durchsuchung, Oktober 2019.

Kees H, “State Trojans:Germany Exports ‘Spyware with a Badge’”, Statewatch, Vol.21, No:4, 2012.

Hürlimann D, Publikation von Urteilen durch Gerichte, in: sui-generis, 2014.

Jameson A/ Beredent B/ Gabrielli S/ Cena F/ Gena C/ Venero F/ Reinecke K, Choice Architecture for Human-Computer Interaction, 7:1-2, Now, 2014.

Joecks W/Miebach K, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019.

Knauer/Kudlich/ Schneider, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016.

Kudlich H, “Ceza Kovuşturmasında Federal Truva Atları-Dijital Çağda Özel Yaşam Alanının Korunması”, Çeviren: Rabia Ünlü, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.I, Yayına Hazırlayan: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf-Prof. Dr. Yener Ünver, İstanbul 2010.

Kuhli M/Brüning J, “Einleitung zur ZIS-Sonderausgabe, Strafrecht und Digitalisierung in Wissenschaft und Praxis”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 15. Vol., 2/2020, s.39-41.

Lienhard A/Kettiger D, “Justiz in Krisenzeiten-Digitalisierung fördern”, NZZ Nr. 84 09.04.2020, S.8. (www.swisslex.ch/de/doc/essay).

Lupo G/ Bailey J, “Designing and Implementing e-Justice Systems: Some Lessons Learned from EU and Canadian Examples”, Laws (MDPI), Vol 3, Iss 2, 2014, s. 353-387.

Magherescu D, “Using New Means of Technology during the Penal Proceedings in Romania”, Revista Brasileira De Direito Processual Penal Vol:5, Issue:3, s.1189-1217.

Malgieri G./De Hert P., “European Human Rights, Criminal Surveillance,

and Intelligence Surveillance: Towards “Good Enough” Oversight, Preferably but not Necessarily by Judges”, *The Cambridge Handbook of Surveillance Law* (Editors: D.C. Gray-S. Henderson), New York 2017, s.509-523.

Platz E, “Rechtliche Zulässigkeit von “Remote Forensic Software” in der Schweiz-Inwieweit existiert in der Schweiz eine rechtliche Grundlage für den Einsatz von “Remote Forensic Software” durch die Ermittlungsbehörden?”, sic, 2008, s.838-844.

Quarck L, “Zur Strafbarkeit von e-personen”, *ZfS*, Vol.15, 2/2020, s.65-70.

Rehberg J./Schmid N., *Strafrecht III*, 8. Aufl., Zürich 2003.

Ringe/Trute, *Zentrum für Recht in der digitalen Transformation (ZeRdiT)*

Schindler B, (Verfahrens und Gerichtsorganisationsrecht/Justizöffentlichkeit im digitalen Zeitalter), *Recht im digitalen Zeitalter*, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, s.741-757.

Schneider F, “Auswirkungen der Digitalisierung auf das Ermittlungsverfahren, Impulse aus der Strafverteidigungspraxis”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2020/2, s.79-83.

Soine M, “Die Strafprozessuale Online-Durchsuchung”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2018.

Weissenberger P., *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 2. Aufl., Basel 2007.

Zanon B, *Reschtsfragen zu VoIP im Hochschulumfeld*, *SWITCH Journal*, 2006.

GÜVENLİK SORUŞTIRMALARINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN*

ÖZ

Kamuda milli güvenlik ve kamu düzeni açısından önemli görevlere atanacak personel hakkında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yapılmasının kapsamı, 2016 yılında olağanüstü hâl ilanının ardından genişletilmiş; kamu görevine atanacak herkes için güvenlik soruşturmaları yapılmaya başlanmıştır. Ayrıca 2018 yılında 4045 sayılı Kanun'a getirilen yeni bir düzenlemeyle güvenlik soruşturması yapan makamların idarenin elindeki her türlü bilgi ve belge ile ceza muhakemesi kararlarına konu olgulara ulaşmasına da izin verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeleri güvenlik soruşturmalarının dayanağı olan 4045 sayılı Kanun'da kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı açısından, idarenin keyfiliğini önleyecek yeterli içerik ve ayrıntı bulunmaması nedeniyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. 2021 Nisan ayında yürürlüğe giren 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu, kişisel verilerin korunmasına yönelik çeşitli düzenlemeler içermekle beraber bunların idarenin keyfiliğini önleyecek yeterli açıklık ve ayrıntıda olup olmadığı tartışmalıdır. Bu çalışmada arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması kapsamında toplanan veriler ve veri toplama usulüne ilişkin çeşitli hukuki sorunlar kişisel verilerin korunması kapsamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu, kolluk faaliyetlerinde kişisel verilerin korunması, kamu hizmetine girme hakkı, masumiyet karinesi, lekelenmeme hakkı, önleyici-koruyucu-istihbari faaliyet

PROTECTION OF PERSONAL DATA IN SECURITY INVESTIGATIONS

Abstract

The scope of archive research and security investigations on public personnel to be appointed to important positions in terms of national security and public order was expanded after the state of emergency in 2016. Security investigations had started to be made for anyone to be appointed to public office. In addition, with a new regulation introduced to the Law No. 4045 in 2018, the authorities conducting security

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** kamile.turkoglu@hbv.edu.tr
ORCID : 0000-0002-2933-582X
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933623

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/06/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/04/2021

investigations were allowed to access all kinds of information and documents in the hands of the administration, as well as court orders and other information subject to criminal procedures. However, the Constitutional Court annulled these regulations by finding them contrary to the Constitution in terms of protection of personal data due to the lack of sufficient content and details to prevent the arbitrariness of the administration in Law No. 4045, which is the basis of security investigations. Although the Law No. 7315 on Security Investigation and Archive Research, which entered into force in April 2021, contains various regulations for the protection of personal data, it is controversial whether they are in sufficient clarity and detail to prevent the arbitrariness of the administration. In this study, various legal problems regarding data protection in security investigations will be examined.

Keywords: *security investigation and archive research, protection of personal data in police activities, recruitment to public service, presumption of innocence, preventive-protective-intelligence activity*

Giriş

Türkiye’de 80’li yıllardan beri kamu görevine girişte gizlilik dereceli birimlerde ve kanunda sayılan kurum ve kuruluşlarda çalışacak kişiler hakkında yapılan arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmaları, 2016 yılında OHAL ilanının ardından, kamu görevine atanacak personelin devlete sadakat yükümlülüğüne uygun davranıp davranmayacağıın tespitinde önemli bir güvenlik politikası haline gelmiştir. Zira bu dönemde çeşitli mevzuat değişiklikleriyle kamu görevine atanacak herkes için güvenlik soruşturmaları yapılmaya başlanmış ve soruşturmayı yapan idari personele kişisel verilere erişim konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Ancak bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. AYM, kararlarında, kamu görevine atanacak personel hakkında devlete sadakat yükümlülüğü kapsamında güvenlik soruşturması yapılmasının idarenin takdir yetkisi içinde olduğunu; ancak bu faaliyetler sırasında kişisel verilerin korunmasına ilişkin çeşitli güvencelerin kanunla düzenlenmesi gerektiğini; mevcut haliyle güvenlik soruşturmalarının dayanağı olan 4045 sayılı Kanun’un idarenin keyfilliğini önleyecek nitelikte açık ve ayrıntılı kurallar içermediğini belirtmiştir.

Aslında, 4045 sayılı Kanun döneminden beri güvenlik soruşturmalarının temel hak ve hürriyetlerle ilişkisi açısından Anayasa’ya uygunluğu ve hukuk politikası açısından değeri birçok yönden eleştirilere konu olmaktadır. Her

ne kadar bazı akademik çalışmalarda söz konusu hukuka aykırılıklar dile getirilmiş olsa da¹ güvenlik soruşturmalarının gizliliği ve münferit olaylara dayanan güvenlik endişesi, bu uygulamanın gerçek anlamda bir kamuoyu tepkisine yol açmasına engel olmuş²; özgürlük-güvenlik dengesinde güvenliğe öncelik verilmiştir. Bu dönemde uygulamada ortaya çıkan hukuka aykırılıklar, idari yargı yerleri tarafından idari işlemin sebep unsuru açısından ele alınarak giderilmeye çalışılmıştır³. Bu nedenle, son iki yıl içerisinde verilen AYM kararları, konuyu her ne kadar kamu hizmetine girme hakkı açısından irdelememiş olsa da özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve kanunilik ilkesi açısından mevcut hukuka aykırılıkları tespit edilmesi ve sağlanması gereken güvenceleri ortaya koyması bakımından önemli bir dönüm noktası olmuştur.

AYM'nin iptal kararları üzerine kanun koyucu, arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmasını münferit bir kanunda düzenleme yoluna gitmiştir. 2020 sıra sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanun Teklifi, 7 Nisan 2021 tarihinde TBMM Genel Kurulunda tartışmalı bir şekilde kabul edilmiş⁴ ve 17 Nisan 2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁵.

¹ Muammer Aksoy, “Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın Mit Raporlarındaki Korkunç Yanlış ve Yalanlar Işığında Değerlendirilmesi” in Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988, s. 61-165; Onur Karahanoğulları, “Güvenlik Soruşturması”, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1-4, s. 159-185; Yeliz Şanlı Atay, “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 34, 2016, s. 43-75; Durmuş Kılınç, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2019, s. 3-39.

² Karahanoğulları, s. 160. “Fakat raporların içeriği ile ilgili bir denetimin, sonuç olarak güvenlik soruşturmasının hukuka aykırı bir araç olmadığı varsayımı üzerinde yükselmesi, hukuka aykırı bir uygulamanın devamına hizmet etmiştir.” Şanlı Atay, s. 50.

³ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş, 2019, s. 677. Devlet memurluğuna girişte ortaya çıkan uyumsuzlukların önemli bir kısmını güvenlik soruşturması sonucu verilen kararlar oluşturmaktadır. Açılan davaların büyük bir kısmı ise iptal kararıyla sonuçlanmaktadır. Çınar Can Evren / İsmail Uçar, Kamu Görevlileri Hukuku, Seçkin, 2019, s. 84.

⁴ 31 Mart 2021 tarihinde Kanun teklifinin maddelerine geçilmesine ilişkin oylama muhalefet partilerinin oylarıyla reddedilmiştir. Ancak iktidar partisinin itirazları üzerine, Başkanlık Divanı tarafından teklifin maddelerine geçilmesinin İçtüzüğe aykırı yapıldığı gerekçesiyle oylamanın yeniden yapılmasına karar verilmiş; 6 Nisan 2021'de teklif TBMM Genel Kurulunda yeniden görüşülmeye başlanmıştır. Aslında, TBMM içtüzüğü uyarınca reddedilen kanun tekliflerinin üzerinden bir yıl geçmedikçe aynı yasama döneminde yeniden gündeme gelmesi mümkün değildir.

⁵ 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu, RG. 31457.

Her ne kadar 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nda güvenlik soruşturmasında temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin çeşitli güvenceler düzenlenmiş olsa da bu Kanun da kamu hizmetine girme hakkı, kanunilik ilkesi ve kişisel verilerin korunması noktasında halen birçok hukuki sorun barındırmaktadır. Bu çalışmada söz konusu hukuki sorunlar kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ekseninde incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle Türkiye'de güvenlik soruşturmasının tarihi seyri hakkında kısaca bilgi verilecek ve AYM'nin konuya yaklaşımı incelenecek; ardından Türkiye'deki son dönem gelişmeleri dikkate alınarak güvenlik soruşturmasının özgürlük-güvenlik dengesindeki hassas konumu ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin bazı açıklamalar yapılacaktır. Daha sonra güvenlik soruşturması sırasında gerçekleştirilen bilgi toplama faaliyetinin kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel kanun olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) uygulanmayacağı istisnai alanlar arasında olup olmadığı tespit edilecek; 7315 sayılı Kanunu'na göre arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmasında ne tür kişisel verilerin işlendiği açıklanacak ve konuya ilişkin çeşitli sorunlara değinilecek, ardından güvenlik soruşturmasında veri toplama usulüne ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Bu kapsamda güvenlik soruşturması yapan personelin, idare tarafından başka amaçlarla toplanan ve özel kanunlarda korunan diğer kişisel verilere ve ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu kararlara ve olgulara erişme yetkisi değerlendirilecektir. Son olarak, kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak Kanun'da yer alan güvenceler incelenecektir.

I. 7315 sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girişine Kadarki Süreç

Türkiye'de 80'li yıllarda özellikle de 12 Eylül sonrası kanuni bir dayanak olmaksızın yaygın bir şekilde güvenlik soruşturması hatta fişlemeler yapılmış⁶; 1994 yılında 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un⁷ yürürlüğe girmesiyle güvenlik soruşturması kanuni bir dayanağa kavuşmuştur (m. 1). Ancak 2018 yılı öncesinde toplam iki fıkradan oluşan bu düzenleme, sadece kimler hakkında güvenlik soruşturması yapılacağını düzenlemiş; konuya ilişkin usul ve esaslar ile yetkili idari makamların yönetmelik ile belirlenmesini

⁶ 1994 yılı öncesine ilişkin durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanoğulları, s. 171.

⁷ RG. 03.11.1994, S. 22100.

öngörmüştür⁸. Başka bir ifadeyle, kanunda güvenlik soruşturmalarına ilişkin temel ilke ve esaslar belirlenmeksizin; konuya ilişkin bütün ayrıntılar idarenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu Kanuna dayanılarak 2000 yılında çıkarılan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nde⁹ güvenlik soruşturmalarında uyulması gereken usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Genel olarak, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmalarında milli güvenlik ve kamu düzeni açısından önem taşıyan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışacak kişiler hakkında yönetmelikte belirtilen hususlar kapsamında resmi birimlerdeki kayıtlar ve yerinde inceleme suretiyle araştırma yapılmakta; araştırma sonucunda soruşturmaya yetkili birimler tarafından hazırlanan rapor ilgili kurum bünyesindeki değerlendirme komisyonuna sunulmakta ve yetkili amir bu komisyonunun değerlendirmelerini de dikkate alarak kişinin kamu görevine atanıp atanmamasına karar vermektedir.

2016 yılında olağanüstü hâl (OHAL) ilanının ardından darbe girişimde bulunan terör odaklarının tasfiye edilmesi amacıyla başvuru tedbirlerinden biri de ilk defa ya da yeniden atanacak bütün kamu görevlileri hakkında güvenlik soruşturması yapılması olmuştur. Böylece 1990'lı yıllardan beri gizlilik dereceli birimlerde ve belli kurumlarda çalışacak personel için yapılan güvenlik soruşturmaları, bütün kamu görevlilerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 676 sayılı OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi (KHK) ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 48'inci maddesinde yer alan memuriyete girişte genel şartlar arasına “*güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak*” kuralı eklenmiş¹⁰ ve böylece güvenlik soruşturmaları kamuoyunda ve yargı kararlarında daha sık gündeme gelmeye başlamıştır¹¹. Ayrıca 680 sayılı OHAL KHK'sı ile de 399 sayılı KHK'nın

⁸ 4045 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin son fıkrasına göre “Devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, birim ve kısımların tanımlarının yapılması, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenir”.

⁹ RG. 12.04.2000, S. 24018.

¹⁰ 29.10.2016 tarihinde 676 sayılı OHAL KHK'sı ile 657 sayılı DMK'nın 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine sekiz numaralı alt bent eklenmiştir.

¹¹ Bu düzenlemeyle kamuda ilk kez ve yeniden atanacak herkes hakkında güvenlik soruşturması yapılmaya başlanmış; kısa süre içinde idari kolluğun iş yükü oldukça artmış, güvenlik soruşturmalarının tamamlanması çoğu kez 6 ayı bulmuş, bazı kişilerde bu süre 1 yılı da geçmiştir. Sınavı kazanan ancak resmi olarak görevine başlayamayan birçok kişi yaşadıkları belirsizlik ve maddi kayıplar nedeniyle mağduriyetlerini çeşitli şekillerde duyurmaya

7'nci maddesine aynı hüküm eklenerek kamu iktisadi teşebbüslerinde (KİT) çalışacak sözleşmeli personel için güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması yapılmış olması şartı aranmaya başlanmıştır¹². Bu düzenlemeler 2018 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilerek kanunlaşmış ve olağan dönem için de geçerlilik kazanmıştır¹³. Ayrıca 2018 yılında güvenlik soruşturmalarının temel dayanağı olan 4045 sayılı Kanun'un 1'inci maddesine yeni bir hüküm eklenerek¹⁴; güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak makamlara diğer idari makamlardaki her türlü bilgi ve belge ile mahkeme kararlarına ve ceza soruşturma ve kovuşturmalarına konu olgulara erişim konusunda geniş bir yetki verilmiştir. Ancak AYM soyut norm denetimi yoluyla önüne gelen bu düzenlemeleri peş peşe Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁵. Böylece, altı ay içerisinde güvenlik soruşturmalarına ilişkin üç iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve güvenlik soruşturmasında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin sorunlar belirgin hale gelmiştir.

Mevcut hukuki boşluğu gidermek amacıyla AYM kararlarındaki gerekçeler de dikkate alınarak 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu hazırlanmıştır. Bu Kanunda; hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak kişiler, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında araştırılacak hususlar, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak birimler ile bunların sahip olduğu yetkiler ve değerlendirme komisyonunun oluşumuna ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

çalışmışlardır. Bunun yanında okudukları okul, gittikleri dershane, aile üyelerinin bazı faaliyetleri gibi hususlar esas alınarak güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlanan kişiler, idari yargıya başvurunun yanında sosyal medya üzerinden bir platform oluşturmuşlardır. Belirtmek gerekir ki kamuoyunda yükselen tepki, hiçbir zaman özel hayatın gizliliği ya da kişisel verilerin korunmasına ilişkin olmamış; devletin bu verileri ele geçirmesi doğal karşılanmış; ancak bunların “yanlış” yorumlanmasının yol açtığı haksızlıklar konuşulmuştur.

¹² 02.01.2017 tarihinde 680 sayılı OHAL KHK'sı ile 399 sayılı KHK'nın 7'nci maddesinin birinci fıkrasına (f) alt bendi eklenmiştir.

¹³ DMK'daki düzenleme 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanun'un 60'ıncı maddesiyle ve 399 sayılı KHK'daki değişiklik 01.02.2018 tarihli 7072 sayılı Kanun'un 82'nci maddesiyle TBMM tarafından kabul edilip Resmî Gazete'de yayımlanarak olağan dönem için de geçerlilik kazanmıştır. Düzenlemenin OHAL KHK'si ile yapılmasına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Kılınç, s. 16 vd.

¹⁴ Bu yeni hüküm Kanun'a 18.10.2018 tarihli 7148 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesiyle eklenmiştir.

¹⁵ AYM tarafından 29.11.2019 tarihinde DMK'ya eklenen hüküm; 28.3.2020 tarihinde 4045 sayılı Kanun'a eklenen hüküm ve 30.04.2020 tarihinde 399 sayılı Kanun'a eklenen hüküm iptal edilmiştir. Karar numaraları sırasıyla şöyledir: AYM, 24.07.2019, E. 2018/73; 2019/65, RG. 29.11.2019; AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, RG. 28.3.2020; AYM, E. 2018/91, K. 2020/10, 19.2.2020, RG. 30.4.2020.

Bu düzenlemelerin bir kısmı 4045 sayılı Kanun dönemindeki Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'ne benzer ancak daha açık ve yalın hükümler içermektedir. Kanunda, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel ilkeler, kişisel veri güvenliği ve gizlilik ile kişisel verilerin silinmesi ve yok edilmesine ilişkin hususlar ile bunlara aykırılık halinde uygulanacak cezai hükümler de yer almaktadır.

Toplam 16 maddeden oluşan bu Kanun, bazı hususları ayrıntılı bir şekilde düzenlememiş; bunların Cumhurbaşkanı tarafından yürürlüğe konacak bir yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmüştür (m. 12). Örneğin Kanun'a göre, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak birimler, önceki düzenlemelere paralel bir şekilde, MİT Başkanlığı, EGM ve mahalli mülki idare amirleridir (m. 6/1). Ancak bunların hangi birimler için yetkili olduğu Cumhurbaşkanlığınca hazırlanacak yönetmelikte belirlenecektir (m. 12).

Aşağıda 7315 sayılı Kanun'a ilişkin çeşitli hukuki sorunlar kişisel verilerin korunması ekseninde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

II. Anayasa Mahkemesinin Güvenlik Soruşturmalarına Yaklaşımı

AYM, güvenlik soruşturmalarına ilişkin olarak gerek soyut norm denetimi gerekse de bireysel başvuru yoluyla önüne gelen dava ve başvurularda, 4045 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde yer alan düzenlemenin, kanunilik ilkesini sağlamak açısından yetersiz kaldığı gerekçesiyle iptal ve hak ihlali kararları vermiştir¹⁶. AYM, güvenlik soruşturmalarını Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan kamu hizmetine girme hakkı ve kamu hizmetine girmede görevin gerektirdiği niteliklerden başkasının aranmayacağı kuralı açısından Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

AYM, ilk kez Fatih Saraman ve Turgut Duman kararlarında, güvenlik soruşturmaları sebebiyle kamu görevine atanamayan kişilerin yaptığı başvuruları Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında değerlendirmiş, bu kararlarında konuya ilişkin ilke ve esasları ortaya koymuştur. Bu kararlarda AYM, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen verilerin kişisel veri olduğu, bu kapsamda kişilere idare tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması, bireyin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınması, kaydedilmesi ve kullanılmasının

¹⁶ Ayrıca bkz. Mehmet Kahraman / Muhammed Şahin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Güvenlik Soruşturması ve Özel Hayata Saygı Hakkı", ERÜHFD, C. 15, S. 2, s. 415-449.

özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir¹⁷. AYM söz konusu müdahalenin dayanağını Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereği kanunilik ilkesi açısından ayrıntılı olarak incelemiş ve müdahalelerin dayanağı olan 4045 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliğin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁸. AYM'ye göre, kanuni düzenleme, müdahalenin muhataplarına “*müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile müdahalenin sonuçları arasında bir öngörüde bulunabilmeleri imkânı*” vermelidir¹⁹.

AYM'ye göre kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü gereği milli güvenlikle ilgili hassasiyet içeren kamu görevlerine atanacak olan personelin belirlenmesinde “*kanunun öngörülebilir olması ilkesi*” esnek yorumlanabilir. Ancak bu halde de kanun ve alt düzenlemelerde, idareye hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunma yetkisinin verildiğinin gösterilmesi ve olası kötüye kullanımlara karşı yeterli güvencelerin sağlanması gerekmektedir²⁰. Başka bir ifadeyle, kanunda idareye verilen takdir yetkisinin kapsamı ve sınırları açık bir şekilde gösterilmez. AYM, bu kararlarında 4045 sayılı Kanun ve yönetmelikte kişisel verilerin korunmasına ilişkin hangi güvencelerin sağlanması gerektiğine ilişkin açıklamalarda da bulunmuştur:

“Kanun'un ve ilgili Yönetmelik'in kişisel verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ve özellikle süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği, bütünlüğü ve imhası konusundaki usullere ilişkin, muhataplarının yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak açık ve detaylı kuralları içermediği tespit edilmektedir”.

AYM bireysel başvuru kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuya ilişkin içtihatlarına da atıf yapmıştır. AİHM içtihatlarına göre, kamu mercilerinin bireyin özel hayatıyla ilgili bilgileri toplaması, kaydetmesi ve saklaması bu veriler daha sonra kullanımlar dahi özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturur²¹. AİHM de milli güvenliğin

¹⁷ Fatih Saraman, BN. 2014/7256, 27.02.2019, § 61; Turgut Duman, BN. 2014/15365, 29.5.2019, § 62; benzer yönde Abdurrahim Kaya ve Diğerleri, BN. 2019/12271, 3.12.2020.

¹⁸ Fatih Saraman, § 90.

¹⁹ Turgut Duman, § 69.

²⁰ Fatih Saraman, § 82; Turgut Duman, § 70, 83.

²¹ Leander/İsveç, BN. 9248/81, 23.03.1987, § 48; Kopp/İsviçre, BN. 23224/94, 25.03.1998, §

korunmasıyla amacıyla devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu ve devletlerin meşru menfaatleri kapsamında millî güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken devletin kişiler hakkında bilgi toplayabileceği görüşündedir²². Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) özel hayatın gizliliği hakkı mutlak olarak tanınmamış; 8'inci maddenin ikinci fıkrasında kanunla öngörülmesi kaydıyla ulusal güvenlik, kamu güvenliği gibi amaçlarla bu hakkın sınırlandırılabilmesine izin verilmiştir. Ancak bu müdahalenin Sözleşme'ye uygun sayılabilmesi için iç hukuktaki kanunlar, kişisel verilerin keyfi ve yetki aşımı yapılarak kullanılmasına karşı uygun güvenceleri içermeli, idari otoritelere verilen kişisel verileri işleme yetkisinin kapsamı ve takdir yetkisinin kullanım biçimi yeterli derecede gösterilmelidir²³.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine eklenen ve “*Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak*” şeklindeki (8) numaralı alt bendin iptali istemiyle açılan davada ise AYM, bu kuralı, Anayasa'nın 13 ve 20. maddesi ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve atamalarına ilişkin hususların kanunla düzenleneceğine ilişkin 128'inci maddelerine aykırı göreyerek iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde; güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen verilerin kişisel veri niteliğinde olduğu tespit edilerek; bu alanda düzenleme getiren kuralların kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde tedbirler uygulama ve özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak göstermesi ve olası kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceleri sağlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca Kanun'da güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğuna, bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmaması sebebiyle kuralın kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir²⁴.

53; Amann/İsviçre, BN. 27798/95, 16.02.2000, § 69.

²² Leander/İsveç, § 54 ve 59; Naidin/Romanya, BN. 38162/07, 21.10.2014.

²³ Leander/İsveç, BN. 9248/81, § 54 ve 59; AİHM, kanunilik şartını geniş yorumlamakta, düzenlemenin niteliğine öncelik vermektedir. Amann/İsviçre, BN. 27789/95, § 56. AİHM değerlendirmelerinde her ülkenin kendine özgü tarihi ve sosyal durumunu da dikkate almaktadır. AİHM'in konuya ilişkin yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Kaya, “AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü”, Danıştay ve İdari yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl, Danıştay Yayınları, 2019, s. 41 vd.

²⁴ AYM. E. 2018/73, K. 2019/65, 24.07.2019, RG. 29.11.2019, § 172.

AYM, daha sonra 399 Sayılı KHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasına eklenen KİT'lerde sözleşmeli olarak işe alınacak personel hakkında güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmasını öngören düzenlemeyi de benzer bir gerekçeyle kanunilik ilkesine (Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine) aykırı bularak iptal etmiştir²⁵.

4045 sayılı Kanun'un 1'inci maddesine eklenen ve idareye arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sırasında kamu kurum ve kuruluşlarındaki her türlü bilgi ve belgeye, mahkeme kararlarına, soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki olgulara ulaşma yetkisi veren düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada ise AYM, benzer gerekçelerle kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına, işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesini Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir²⁶.

AYM'de açılan bu iptal davalarında, güvenlik soruşturmalarının Anayasa'nın 70'inci maddesinde "*Siyasi Haklar ve Ödevler*" başlığı altında güvence altına alınmış olan "*kamu hizmetine girme hakkı*" ve "*göreve alınırken görevin niteliklerinden başkasının aranmayacağı*" kuralı açısından hukuka aykırılığı da ileri sürülmüştür. Nitekim doktrinde de kamu hizmetine girmede serbestlik ve eşitlik ilkeleri ile hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez kuralının güvenlik soruşturmaları ile ihlal edildiği sıkça dile getirilmektedir²⁷. Ancak AYM kararlarında, Anayasa'nın 129'uncu maddesindeki kamu görevlilerinin Anayasa'ya ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülüğüne²⁸ atıf yaparak; kamu görevlerine atanacak kişilerde kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı biçimde yürütülmesini sağlamak amacıyla belli özellikler

²⁵ AYM, E. 2018/91, K. 2020/10, 19.2.2020, RG. 30.4.2020

²⁶ AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, RG. 28.4.2020, § 16-17.

²⁷ Örneğin Şanlı Atay, s. 59 vd. ve Kılınç, s. 32 vd. Günday'a göre, Anayasaya bağlılık veya sadakat gibi kıstasların kişi kamu görevine başlamadan ölçülmesi oldukça güçtür; ancak memur görevi başında yetkilerini kullanırken anlaşılabilir. Uygulamada bir kamu görevlisi somut olmayan bazı gerekçelerle ve sübjektif değerlendirmelerle başka bir kamu görevlisinin kamusal bir hakkını elinden almaktadır. Metin Günday ile Söyleşi, "Yavuz Oğhan'dan Bidebunu izle", <https://www.youtube.com/watch?v=WbBHgcLp6to&feature=youtu.be&t=528>

²⁸ Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, "Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Devlete Sadakat Yükümlülüğü", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl, Danıştay Yayınları, 2019, s. 15 vd.

aranabileceğini ve bu kapsamda güvenlik soruşturması yapılmasının kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğunu ifade etmiştir²⁹. Bu kararlarda AYM'nin güvenlik soruşturmalarının “*liyakat*” ilkesi açısından yol açabileceği hukuka aykırılıklara hiç değinmemesi veya güvenlik soruşturmasına yetkili personele her türlü mahkeme kararı ile soruşturma ve kovuşturmaya konu olguya erişim yetkisi verilmesini hukuki güvenlik ve suçsuzluk karinesi açısından hiç incelememesi; sadece kişisel verilerin korunması açısından kanunilik ilkesine vurgu yapması önemli bir eksikliktir³⁰. AYM'nin kamu hizmetine girişte liyakat ilkesi karşısında devlete sadakat ilkesini tercih ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Mahkeme özgürlük ve güvenlik arasında güvenliğe öncelik verilmiştir.

III. Özgürlük ve Güvenlik İlişkisi Bağlamında Güvenlik Soruşturmaları

Güvenlik soruşturmalarına ilişkin hukuki sorunları tartışmadan önce bir hukuk devletinde güvenlik soruşturmalarına duyulan ihtiyacı, başka bir ifadeyle bu kurumun temelindeki hukuk politikasını ortaya koymak gerekmektedir.

Özgürlük ve güvenlik arasında yakın ve hassas bir ilişki vardır. Güvenliğin olmadığı bir ortamda temel hak ve özgürlükler tehlikeye girmekte; ancak güvenliğin sağlanması da bazı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Güvenlik, özgürlükleri korumanın araçlarından biri olup özgürlükle eşit ağırlıkta bir değer değildir. Demokratik bir hukuk devletinde birinci amaç özgürlüklerin korunması ve temel hak ve özgürlüklerin vazgeçilmez olmasıdır. Bu nedenle özgürlük ve güvenlik arasında bir dengeden değil; ilişkiden bahsedilmesinin daha doğru olduğu kabul edilmektedir³¹.

²⁹ AYM, 24.7.2019, E. 2018/73; K. 2019/65, RG. 29.11.2019; AYM, 19.02.2020, E. 2018/163, K. 2020/13, RG. 28.3.2020.

³⁰ Mahkemenin uygulamanın doğuracağı diğer hukuka aykırılıklardan hiç bahsetmeyerek, kanun koyucuya yeni bir kanun yapması için adeta çağrıda bulunduğu, mahkemenin “şekli hukuk devleti” nin önünü açtığı eleştirileri için bkz. Işıl Kurnaz, “Suçunuz Yok Ama Cezanız Var: Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yasa Teklifi”, Birikim Dergisi, Temmuz 2020, <https://birikimdergisi.com/guncel/10186/sucunuz-yok-ama-cezaniz-var-guvenlik-sorusturmasi-ve-arsiv-arastirmasi-yasa-teklifi> (10.10.2020).

³¹ Zühtü Arslan, “11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı İnsan Hakları ve Demokratik Kolluk”, Polis Bilimleri Dergisi, C. 8, S. 2, s. 123; Murat Erdoğan, “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Siyaset Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, C. 2, 2013, s. 23.

Buna karşılık, güvenlik kavramı özgürlük kadar önemli bir yere sahiptir ve devletlerin hukuk politikalarını önemli ölçüde şekillendirmektedir. Toplumun her türlü tehditten uzak bir şekilde yaşaması anlamına gelen kamu güvenliği kavramı, milli güvenlik kavramından farklı bir anlama sahip olsa da bugün kamu güvenliği ve milli güvenlik kavramları birbiriyle yakından ilişkilidir³². 21. yüzyılda devletler ciddi bir terör tehlikesi altındadır ve sıcak savaşlar yerini istihbarat ve propaganda savaşlarına bırakmıştır. Bu kapsamda terör kavramının da boyut değiştiğine, devletlerin iç ve dış güvenliğinin çok farklı şekillerde³³ tehdit altında olduğuna Türkiye’de ve tüm dünyada tanıklık etmekteyiz. Örneğin teknolojik gelişime paralel olarak siber terör kavramı ortaya çıkmış; ülkelerin elektronik veri tabanlarına veya kritik alt yapı hizmetlerine erişilerek önemli verilerin veya gelişmiş teknolojilerin ele geçirilmesi gibi tehditler ve casusluk faaliyetleri artmıştır³⁴. Nihayet, yakın geçmişte, gelişmiş hukuk devleti anlayışına sahip olduğu kabul edilen birçok ülkede de haklar ve özgürlükler, güvenliğin sağlanması uğruna sınırlandırılmış; kolluk ve istihbarat görevlilerinin yetkileri artırılmıştır³⁵. Güvenliğin sağlanmasında özellikle de özel hayatın gizliliği hakkı bir engel olarak görülmeye başlanmış ve bir çok ülkede kişisel verilerin korunmasına ilişkin garantiler azaltılmıştır³⁶.

Türkiye yıllardır birçok terör örgütünün saldırısına maruz kalmıştır. Hatta 15 Temmuz 2016 tarihinde gizlice örgütlenerek anayasal düzeni değiştirmeyi amaçlayan bir terör örgütünün darbe girişimine tanıklık etmiştir³⁷. Darbe

³² En yalın anlamda, “milli güvenlik”, anayasanın güvenliğini ve milli menfaatlerin devamını; “kamu güvenliği” ise bireylerin ve kamu düzeninin korunmasını ifade etmektedir. Ülkemizde “kamu güvenliği” kavramı genellikle terör faaliyetleri odaklı olarak “iç güvenlik” kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Mehmet Güneş, “Kamu Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kamu Güvenliği Gereğinin Hukukiliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 443.

³³ “... öncelikle askeri olduğu kadar ekonomik, sosyal, dini, kültürel, ideolojik, çevresel birçok tehdit unsuru ortaya çıkmıştır.” Burak Yılmaz Anıl, “Siber Terörizm ve Değişen İstihbarat Anlayışı”, Anadolu Strateji Dergisi, C. 1, S. 1, s. 66.

³⁴ Yılmaz, s. 77.

³⁵ Erdoğan, s. 22. Bu kapsamda 11 Eylül 2001 saldırıları ardından başlayan süreçte devlet güvenliğinin sağlanması amacıyla kişi güvenliği hakkı ihlal edilmiş, toplumsal ve siyasi anlamda ötekileştirilenler “şüpheli” veya “potansiyel terörist” muamelesine uğramıştır. Arslan, s. 126.

³⁶ Stefano Rodota, “Data Protection as a Fundamental Right”, Reinventing Data Protection, (Ed. Serge Gutwirth), Springer, 2009, s. 78; Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2018, s. 83

³⁷ Bu terör örgütünün yöntemi ve faaliyetleri dikkate alındığında, somut koşullar altında

girişimden sonra ilan edilen OHAL sürecinde, darbeye teşebbüste bulunan terör örgütü üyelerinin kamu görevlerinden tasfiye edilmesi ve kamu görevine girmelerinin önüne geçilmesi devletin öncelikli güvenlik politikalarından biri olmuştur. Türkiye’de yıllardır uygulanan bir idari usul olan güvenlik soruşturmaları, bu süreçte kamu güvenliğinin sağlanmasında önemli bir araç olarak görülmeye başlanmıştır³⁸. Nitekim 2016 yılından sonra güvenlik soruşturmalarının kapsamının genişletilmesine ilişkin ve daha sonra AYM tarafından iptal edilecek birçok yeni düzenleme de bu süreçte mevzuata eklenmiştir. Nitekim 220 sıra sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanun Teklifinin genel gerekçesinde³⁹ de 15 Temmuz 2016 darbe girişimine atıfta bulunarak güvenlik soruşturmalarının demokratik toplum düzeni açısından önemine vurgu yapılmıştır⁴⁰.

Ülkenin anayasal düzeninin korunması ve kamu güvenliğinin sağlanması açısından kamu görevlilerinin kamu hizmetini yerine getirirken Anayasa’ya ve kanunlara sadakatle davranması büyük öneme sahiptir⁴¹. Bu bakımdan kamu güvenliği açısından önemli görevlere atanacak kişilerde, görevin gerektirdiği birtakım özel niteliklerin aranması veya bu kişilerin güvenlik soruşturması gibi özel bir araştırmaya tabi tutulması başka ülkelerde de benimsenmiş bir usuldür⁴². Yukarıda belirtildiği üzere, AYM ve AİHM de devletlerin ulusal

devletin kamu hizmetine atanacak kamu görevlileri açısından özel bir değerlendirme yapması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Özellikle darbeye teşebbüs eden bu karmaşık yapıdaki terör örgütünün başlıca aracı küçük yaşlardan itibaren manevi hassasiyetlerini kullanarak eğittikleri kişilerin kamuda önemli görevlere gelmesidir. Böylece paralel devlet yapılanması oluşturularak anayasal düzeni yıkmayı amaçlamışlardır. Bu terör örgütüne ilişkin bir rapora göre, 2000-2016 yılları arasında devlet memuru sayısı %48 artmıştır ve bu artış özellikle milli eğitim, yükseköğretim, TSK ve Emniyet teşkilatında gerçekleşmiştir. Ayrıca örgütün 2000-2013 yılları arasında tüm ÖSS sınav sorularını ele geçirdiği tespit edilmiştir. Bu bakımdan bu terör örgütüyle mücadelede en önemli konu üyelerin tespitine ilişkin olduğu düşünülmektedir. Polis Akademisi, “Yeni Nesil Terör: FETÖ’nün Analizi”, FETÖ Çalıştay Raporu, 2017, s. 33 vd. Söz konusu terör örgütünün özelliklerine ilişkin olarak AYM tespitleri için bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], BN. 2016/22169, 20.06.2017, § 26.

³⁸ Bu noktada, darbe girişimi öncesinde de güvenlik soruşturmalarının yapılmakta olduğu ancak liyakat ilkesinin gözetilmemesinden dolayı dönemin koşulları itibarıyla kamuda siyasi kadrolaşmaya izin verildiği itirazı da yapılabilir.

³⁹ 2020 sıra sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanun Teklifi Genel Gerekçesi, s. 6. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss220.pdf>

⁴⁰ 2020 sıra sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanun Teklifi Genel Gerekçesi, s. 1.

⁴¹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 676.

⁴² Almanya’da sadece stratejik ve güvenlik açısından özel önem taşıyan kamu görevlerinde yer alacak kişiler hakkında güvenlik soruşturması-“Sicherheitsüberprüfung” yapılmaktadır.

güvenliklerini korumak amacıyla güvenlik soruşturmaları gibi usullere başvurmak konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi olduğu görüşündedir. Ancak bu uygulama özgürlükler ve çoğulcu bir toplum açısından çeşitli tehlikeler de barındırmaktadır.

Güvenlik soruşturmaları ile kamu hizmetinin güvenli bir şekilde yerine getirilmesini riske sokacak faktörlerin en başından ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır⁴³. Aynı zamanda risk toplumu ideolojisini hatırlatan bu uygulamada aşırıya kaçılması halinde sadece zararlı sonuçlar doğuran davranışlar değil; risk ve tehlike de cezalandırılabilir hale gelmekte; riskin cezalandırılması da fiilden ziyade kişiliğin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır⁴⁴. Daha da ötesi cezalandırma, ceza hukuku alanında değil; idare hukuku alanında gerçekleştiğinden, kişiye ceza muhakemesindeki sanık hakları tanınmadığı gibi, Türkiye uygulamasında kişiye idari usul güvenceleri de sağlanmamaktadır. Bu nedenle özellikle belli birimlerde çalışacak kamu personeli hakkında güvenlik soruşturması yapılmasının kamu güvenliği açısından gerekli olduğu kabul edilse bile, kanunda bu uygulamanın kapsam ve sınırlarının net bir şekilde çizilmemesi veya idareye geniş bir takdir yetkisinin verilmesi halinde kişinin temel hak ve hürriyetlerini tehdit eden, güvenliği özgürlüğün önüne alan bir uygulamayla karşılaşılması kaçınılmazdır. Zira güvenlik kavramı öznel bir içeriğe sahiptir ve siyasi iktidarlar otoritelerini arttırmak için de sıklıkla bu kavrama başvururlar⁴⁵.

Güvenlik soruşturmalarının kişinin temel hak ve özgürlükleri üzerindeki etkisi özellikle de insan onuru, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme serbestliği, düşünce ve ifade hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti ve bu özgürlükleri bir bütün olarak bünyesinde barındıran özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunması hakkı üzerinde görülmektedir⁴⁶. Güvenlik

Federal Güvenlik Soruşturamalarının Şartları ve Usulü ile Gizli Bilgilerin Korunması Hakkındaki Kanun'da, soruşturmaya konu kişiler, soruşturmanın usulü, genel ilkeleri, hakkında soruşturma yapılacak kişilerin hakları, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin çeşitli güvenceler, bu bilgilerin paylaşılma ve saklanma koşulları gibi birçok ayrıntı 39 paragrafta düzenlenmiştir. Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes und den Schutz von Verschlussachen (Sicherheitsüberprüfungsgesetz - SÜG) https://www.gesetze-im-internet.de/s_g/ (24.04.2020).

⁴³ Barış Erman, "Ceza Hukukunun Dönüşümü", YÜHFD, C. 9, S. 2, 2012, s. 456-459.

⁴⁴ Füsun Sokullu Akıncı, "Özgürlük ve Güvenlik", İÜHM, C. 69, S. 1-2, s. 107-108.

⁴⁵ Güneş, s. 451.

⁴⁶ "Güvenlik soruşturması aracılığıyla sakıncalı sayılan birçok kişi, çoğulculuğa aykırı biçimde sakıncalı sayılmayacak şekilde davranmaya, yaşamaya zorlanmaktadır." Karahanoğulları, s. 177.

soruşturmasına muhatap olma ihtimali olan kişi ve hatta bu kişinin yakın çevresi oto kontrol yaparak kendisini sınırlamakta, anayasal sınırlar içinde olsa dahi siyasi bir görüş veya ideolojiyle bağdaştırılmaktan çekinen kişi; demokratik bir toplumda en doğal haklarını kullanmaktan, örneğin bir derneğe üye olmaktan, sosyal medya hesabında düşüncesini ifade etmekten veya bir gösteri ya da yürüyüşe katılmaktan imtina etmektedir. Kişi hakkında güvenlik soruşturması yapılması halinde ise kişinin aile ve özel hayatının gizliliği ihlal edilmekte, kişisel verileri işlenmekte ve kamu hizmetine girme hakkı elinden alınmaktadır. Bunun yanında, aşağıda yeri geldikçe belirteceğimiz üzere güvenlik soruşturmaları, masumiyet karinesi, cezaların şahsiliği, hukuki güvenlik gibi başkaca Anayasal ilkelerin de ihlaline yol açabilmektedir.

Unutulmamalıdır ki devletin güvenliği sağlamak için aldığı tedbirlerin temel amacı özgürlükleri korumak olmalıdır⁴⁷. Güvenliği özgürlüğün içinde aramak ve özgürlükle temellendirmeye ihtiyaç vardır; özgür bir toplum doğal olarak birçok risk barındırmaktadır; ancak önemli olan devletin bu riski en baştan kalıcı politikalarla önlemesidir⁴⁸.

IV. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Çalışmamızda güvenlik soruşturmaları kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında ele alınacağından aşağıda bu hakkın ortaya çıkışı, önemi ve kapsamı ile Türk hukukundaki yeri hakkında kısaca bilgi verilecektir.

Modern devletler, kamu hizmetlerini gerçekleştirmek, iç ve dış güvenliği sağlamak; şirketler ise kapitalist piyasa ekonomisi içinde ürün ve hizmetlerini geliştirerek kârlılığını arttırmak amaçlarıyla kişisel verileri işlemektedir. Aslında eskiden de veri işleme faaliyeti yapılmaktaydı; ancak teknolojinin hızla ilerlemesiyle beraber verilerin toplanması, kaydedilmesi ve birleştirilerek değerlendirilmesi çok daha kolay ve yaygın hale gelmiştir⁴⁹. Kişisel verilerin bu şekilde kolay ve yaygın bir şekilde işlenmesi kişinin nesnelleştirilmesi, manipülasyona açık hale gelmesi ve bireyin özerkliğini kaybetmesi gibi

⁴⁷ Erdoğan, s. 28. Çoşkun, güvenliği özgürlüğün içinde aramak ve özgürlükle temellendirmek gerektiğine, özgür bir toplumun elbetteki riskler içereceğini; ancak önemli hususun devletin bu riski en baştan kalıcı politikalarla önlemesi olduğunu ifade etmektedir. Vahap Çoşkun, “Güvenliği Özgürlükte Aramak”, DÜHFD, 2004, C. 8-9, S. 8-11, s. 10.

⁴⁸ Çoşkun, s. 10.

⁴⁹ Küzeci, s. 24; Murat Volkan Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, C. 2, 2016, s. 102.

sonuçlara yol açacağı endişesiyle, 1960'lı yıllardan itibaren kişisel verilerin korunması hakkından bahsedilmeye başlanmıştır. Bu bakımdan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, devletlerin gözetleme ve fişleme faaliyetleri sebebiyle devlete karşı ortaya çıkmış bir haktır. Gerçekten de İkinci Dünya savaşı sırasında başta Almanya ve İtalya olmak üzere devletlerin vatandaşlarını ırk, din, siyasi görüş ve hatta cinsel eğilimlerini temel alarak fişlemesi⁵⁰; daha sonra Soğuk Savaş döneminde özellikle Doğu Avrupa'da komünist ülkelerin vatandaşlarını siyasi görüşlerine göre kayıt altına alması⁵¹ ve nihayet Türkiye'de 80'li yıllarda yaşanan fişlemeler⁵² kişisel verilerin korunması konusunda devlete karşı alınacak önlemlerin özel bir anlam taşıdığını göstermektedir. Günümüzde tüketicilerin, şirketlerin kişisel veri işleme faaliyetlerine karşı korunması daha ön plana çıkmış olsa da idareye karşı kişisel verilerin korunması anlayışı halen büyük önem taşımaktadır⁵³.

Avrupa'da önceleri özel hayatın gizliliği bağlamında ele alınan kişisel verilerin korunması hakkı, günümüzde temel haklar kataloğunda bağımsız bir hak olarak yer almaya başlamıştır. Yine de AİHS ve Birleşmiş Milletler Bireysel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde olduğu gibi eski tarihli metinlerde kişisel verilerin korunması hakkı ayrı olarak düzenlenmediği için özel hayatın korunması hakkı kapsamında tanınmaktadır. Buna karşılık özel hayatın korunması hakkı negatif bir koruma gerektirirken; kişisel verilerin korunması hakkı kamusal otoritelerin de bundan sorumlu olduğu ve veriyi sürekli takip eden aktif bir korumayı gerektirmektedir⁵⁴.

Kişisel verilerin korunması hakkı insan onuru, bireysel özerklik ve bilgilerin geleceğini belirleme hakkıyla yakından ilgilidir. Her yerde izlendiğini, hareketlerinin kayıt altına alındığını ve kendisiyle ilgili toplanan verilerin işlenerek profiller oluşturulacağını düşünen bireyin özgürce hareket edebilmesi, eğilim ve tercihlerini olduğu gibi dış dünyaya yansıtabilmesi

⁵⁰ Alvar C.H. Freude / Trixy Freude, "Echoes of History: Understanding German Data Protection", Newpolitik, s. 2, <https://www.bfna.org/research/echos-of-history-understanding-german-data-protection/> (5.5.2020).

⁵¹ Ola Svenonius / Fredrika Björklund / Pawel Waszkiewicz, "Surveillance, Lustration And The Open Society: Poland And Eastern Europe", Histories of State Surveillance in Europe and Beyond, (Ed. Kees Boersma ve diğerleri), Routledge, s. 97.

⁵² Aksoy, s. 61.

⁵³ Doğan Kılınc, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", AÜHFD, 2012, C. 61, S. 3, s. 1107.

⁵⁴ Rodota, s. 79.

mümkün değildir. Ayrıca, kendisi hakkında birçok veriye ulaşılan bireyin, veri işleyenler tarafından farklı amaçlarla yönlendirilmesi, başka bir ifadeyle manipüle edilmesi de kolaydır⁵⁵. Böylece kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı da ihlali edilmektedir. Bu açıdan kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin kendine ait verilerin ne amaçla, kim tarafından ve nasıl kullanıldığı üzerinde bir denetim kurmasını sağlamaktadır. Federal Almanya Mahkemesi, 1983 yılındaki meşhur Nüfus Sayımı Kararı'nda⁵⁶ gelişen teknoloji karşısında devletin vatandaşlar hakkında kapsamlı bilgiler toplamasını hukuka aykırı bulmuş; kişinin kendi verileri üzerinde hakimiyet kurabilmesinin, insan onuru ile kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı kapsamında bilgilendirme otonomisinin (informationelle selbstbestimmung) bir gereği olduğunu ifade etmiştir⁵⁷. Mahkeme bilgilendirme otonomisi kavramıyla kişisel bilgilerin ifşası ve kullanımı hakkında kişinin kendisinin belirleyici olması gerektiğine işaret etmiştir⁵⁸.

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişisel verilerin işlenmesinin tamamen önüne geçilmesinden ziyade, hangi sınırlar içinde, hangi amaçla ve kimler tarafından bu verilerin toplanacağı veya kullanılabileceği gibi hususların açık ve net bir şekilde öngörülebilir ve denetlenebilir olmasını gerektirmektedir. Zira günümüz bilgi toplumunda kişisel verilerin işlenmesi önlenemez bir gereklilik halini almıştır.

Avrupa Konseyi'nin 1981 tarihli 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi konuya ilişkin geniş kapsamlı ve bağlayıcı ilk uluslararası metindir. Türkiye nispeten geç bir tarihte, 2015 yılında, bu Sözleşme'ye taraf olmuştur. AB, üye ülkelerin kişisel verilerin korunması hakkında yeknesak bir müktesebata sahip olmasına büyük önem vermektedir. Bu kapsamda önce 95/46/EC sayılı Avrupa Topluluğu Veri Koruma Direktifi ve daha sonra bu direktifin yerine 2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü çıkarılmıştır. Bununla beraber AİHS'nin "*Özel hayata ve aile hayatına saygı*" kenar başlıklı 8'inci maddesi, AİHS tarafından kişisel verilerin korunması hakkını da kapsar şekilde yorumlanmaktadır.

⁵⁵ Küzeci, s. 59.

⁵⁶ BVerfG: "Verfassungsrechtliche Überprüfung des Volkszählungsgesetzes 1983", NJW, 1984, s. 419.

⁵⁷ Hilal S. Üçüncü, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha, 2019, s. 52-54.

⁵⁸ Yaşar Salihpaşaoğlu / Burcu Değirmencioğlu, "Unutulma Hakkının Bir 'İnsan Hakkı'na Dönüşme Yolculuğu", AHBVÜ HFD, C. 24, S. 2, 2020, s. 369.

Türk hukukunda kişisel verilerin korunması 2010 Anayasa değişikliğine kadar özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele alınmıştır. 2010 yılında özel hayatın gizliliği hakkının düzenlendiği 20'nci maddenin üçüncü fıkrasına kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı eklenmiş ve böylece kişisel verilerin korunması hakkı bağımız bir temel hak olarak ulusal hukukumuzda da tanınmaya başlamıştır. Anayasa'ya göre, kişisel veriler sadece kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verileri işlenen kişi, bunların korunmasını isteme hakkına sahiptir. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı başlıca şu güvenceleri barındırmaktadır:

- Kişinin kendisiyle ilgili işlenen kişisel veriler hakkında bilgilendirilmesi,
- Bu verilere erişmesi,
- Bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep edebilmesi,
- Bunların amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmesi.

Ayrıca, yine Anayasa'ya göre, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir (Anayasa m. 20/3, son). Bu hüküm gereği, biraz geç de olsa 7 Nisan 2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) yürürlüğe girmiştir⁵⁹. AB Veri Koruma Direktifi esas alınarak hazırlanan bu kanunda, kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel ilkeler; kişisel verilerin işlenmesi, silinmesi, yok edilmesi, anonimleştirilmesi ve aktarılmasına ilişkin şartlar düzenlenmiş; kişisel verileri işlenen kişiye belli haklar tanınmış ve veri işleme faaliyetlerinin güvenliğine ilişkin bir mekanizma oluşturulmuştur.

Kanunda kişisel veri kavramı, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmaktadır (KVKK m. 3). Bunlara kimsenin kimliği, fiziksel özellikleri, sağlık, eğitim, istihdam durumu, etnik kökeni, dini inancı, siyasi görüşü, genetik verileri, adresi, banka bilgileri, sosyal yaşamı, dernek ve sendika üyelikleri, alışveriş alışkanlıkları, telefon görüşmeleri ve mesajlaşmaları, pasaport numarası, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izi, genetik bilgileri, sosyal medya sitelerinde yer alan bilgileri örnek olarak sayılabilir. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin şartlar kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (m. 5 vd.).

⁵⁹ RG. 07.05.2016, S. 29677.

Kişisel verilerin bir kısmı içerdikleri bilgilerin temel hak ve özgürlüklerle yakından ilişkili olması ve bunların kötüye kullanımının daha büyük zarar ve mağduriyetlere yol açması endişesi ile “*hassas kişisel veri*” veya “*özel nitelikli kişisel veriler*” olarak adlandırılırlar⁶⁰. KVKK’da özel nitelikli kişisel veriler “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*” olarak sıralanmıştır (m. 6/1). Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kanunlarda daha sıkı şartlara tabi kılınmıştır.

Kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken altı ilke bulunmaktadır. Bunlar hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma; doğru ve gerektiğinde güncel olma; belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme; işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma; ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesidir (KVKK m. 4). Ayrıca, kendisi hakkında veri toplanan, ilgili kişi de kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenip işlenmediğini öğrenme; işlendiyse bunlar hakkında bilgi edinme; veri işleme amacını ve bunların amaca uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme; verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme ve bilgiye erişim, eksik veya yanlış bilgilerin düzeltilmesini ve silinmesini, verilerin otomatik sistemlerle analiz edilmesi sonucu kendisi aleyhine bir sonuç çıkmasına itiraz etme ve kanuna aykırı işleme sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir (m. 11).

Bununla beraber KVKK’da sayılan bazı faaliyetler kanunun istisnası olarak kabul edilmiş ve kanun hükümlerinin bu faaliyetlere kısmen ya da tamamen uygulanmaması öngörülmüştür (m. 28)⁶¹.

V. Güvenlik Soruşturmasının KVKK’nın İstisnası Sayılması

KVKK’nın uygulama alanına ilişkin istisnalar hem kanunun ilgili maddelerinde “*diğer kanunlarda yer alan hükümler*”e atıf yapılmak, hem de

⁶⁰ Murat Volkan Dülger, “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2018, s. 73.

⁶¹ 108 sayılı Sözleşme’de, kanunlarda öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda “devletin güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi” veya “ilgili kişinin veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebebiyle verilerin niteliği, özel veri kategorileri ve ilgili hakkında ek güvencelere ilişkin maddelerin kısıtlanabileceği öngörülmüştür (m. 9). Benzer bir düzenleme AB Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde de yer almaktadır (m. 23).

Kanun'un 28'inci maddesinde sayılmak suretiyle geniş tutulmuştur. KVKK'nın 28'inci maddesinde Kanun'un uygulanmayacağı haller tam istisnalar ve kısmi istisnalar olmak üzere iki grup altında sıralanmıştır. Tam istisna kapsamına giren bir veri işleme faaliyeti KVKK'nın hiçbir hükmüne tabi değildir. Buna karşılık kısmi istisna kapsamında yer alan veri işleme faaliyetleri, KVKK'nın amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla Kanun'un bazı maddelerinin uygulanmasından muaftır⁶².

KVKK'nın uygulanmayacağı tam istisnalardan biri de “*Kişisel verilerin milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi*” dir (m. 28/a, ç). Kanun gerekçesinde bu düzenleme kapsamında yer alan kurumlar MİT ve diğer istihbarat birimleri ile terörizmin finansmanı ve diğer mali suçlarla ilgili araştırma yapan MASAK gibi yetkili birimler olarak sayılmıştır. Diğer istihbarat birimleri ise suç işlenmesinden önce harekete geçen ve kamu düzeninin korumaya yönelik “*önleyici*” fonksiyon icra eden ve istihbarat toplama yetkisi de olan genel idari kolluk birimleri olan polis ve jandarmadır⁶³. Bu idari kolluk makamlarının da önleyici veya istihbarat amaçlı gerçekleştirdiği veri işleme faaliyetleri KVKK'nın istisnaları arasında sayılmaktadır⁶⁴. Güvenlik soruşturması ve arşiv

⁶² Bunlar KVKK'nın veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10'uncu maddesi; zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11'inci maddesi ve Veri Sorumluları Sicili'ne kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16'ncı maddedir. (m. 28/2)

⁶³ Türkiye'de kolluk faaliyetleri teşkilat olarak değil; ama fonksiyonel olarak adli kolluk-idari kolluk ayrımına tabi tutulmaktadır. İdari kolluk suç işlenmeden önce harekete geçerek önlemler alır ve “önleyici” niteliğe sahiptir. Adli kolluk bir suç işlendikten sonra harekete geçer. İdari kolluğun “genel” olması ise, ülke çapında uygulanacak önlemleri almaya yetkili olmasıyla ilgilidir. Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2018, s. 678-682. Bu nedenle kanun gerekçesindeki önleyici idari kolluk yetkisinin, suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla farklı olduğu unutulmamalıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Baran Kızıllırmak, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Adli ve Önleyici Amaçla Öngörülen İstisnaların Ulusal ve Uluslararası Hukuka Göre Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2019, s. 254 vd.

⁶⁴ KVKK'nın 28/1, ç bendinde yer alan “önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyet” kavramlarının, geniş ve belirsiz olduğu, idarenin keyfi uygulamalarına yol açabileceği gibi gerekçelerle AYM'de iptal davası açılmıştır. Mahkeme madde kapsamında yer alan MİT ve polis gibi kurumların ilgili kanunlarında, bu kurumların yetki ve sorumlulukları ile bunları aykırı davranmaları halinde tabi olacakları cezai yaptırımların düzenlendiğini, bu düzenlemelerde kişisel verilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı

araştırması sırasında da milli güvenliğin sağlanmasına yönelik; kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından (MİT, EGM, mahalli mülki idare amirlikleri tarafından polis ve jandarma aracılığıyla) “önleyici, koruyucu ve istihbari” bir faaliyet gerçekleştirildiğinden bu veri işleme faaliyeti kural olarak KVKK hükümlerine tabi değildir⁶⁵.

7315 sayılı Kanun, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sırasında toplanan kişisel verileri istihbari faaliyete konu olmayan kişisel veriler (m. 8/1) ve “*milli savunma, milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni ve ekonomik güvenlik ile ilgili istihbarat faaliyetleri kapsamında elde edilen*” kişisel veriler olarak ikili bir ayrıma tutmuştur. Zira Kanun’da istihbarat faaliyetleri kapsamında elde edilen verilerin kişiye verilmeyeceği ve bunların 2 yıl içinde silinme koşuluna tabi olmadığı düzenlenmiştir (m. 8/3; m. 10/2). Madde gerekçesinde de KVKK’da yer alan yukarıdaki istisna düzenlemesine atıf yapılmıştır.

Arşiv araştırması kapsamında toplanan veriler zaten farklı amaçlarla önceden veri tabanlarında tutulmuş veriler olduğundan bunlar çoğunlukla istihbari faaliyetler kapsamında toplanmış veriler değildirler. Ancak güvenlik soruşturmaları kapsamında istihbari amaçla toplanmış verilerin kullanılması veya yeniden istihbarat toplanması söz konusudur.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, güvenlik soruşturmalarında bir istihbarat faaliyeti sonucu elde edilen bilgilerin kullanılması, temel hak ve özgürlükler açısından sıradan bir istihbarat faaliyetinden daha ağır sonuçlar doğurabilecektir. Zira milli güvenlik amacıyla gerçekleştirilen istihbarat faaliyetleri sonucu elde edilen bilgiler ilgili kamu makamlarına verilerek ya milli güvenlik politikalarına yön verilmesi sağlanmakta ya da kişi hakkında suç işlediğine ilişkin yoğun bir istihbarat bulunuyorsa ilgili kişi hakkında adli süreç başlamakta ve kişi yargılanmaktadır. Buna karşılık güvenlik soruşturmaları sırasında bir kişiye bilgi edinme, dinlenme, itiraz gibi temel

gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. AYM, E. 2016/125, K. 2017/143; 28.09.2017. Bu gerekçeye katılmamaktayız. Sadece kanuna aykırı davranan kamu görevlisi aleyhine cezai yaptırım öngörülmesi kişisel verilerin korunması açısından yeterli bir güvence değildir.

⁶⁵ Aynı görüşte Şanlı Atay, s. 65. “Suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması” halinde bile kişisel verilerin işlenmesi KVKK’nın kısmi istisnaları arasında yer almaktayken (m. 28/2, a); idari kolluk tarafından güvenlik soruşturması kapsamında kişisel verilerin işlenmesi kanunun tam istisnası kapsamında yorumlanması isabetli bir yaklaşım değildir. KVKK’da tam ve kısmi istisna ayrımına ilişkin eleştiriler ve genel olarak istisnaların 2016/680 s. Veri Koruma Direktifine ve 108 sayılı Sözleşmeye aykırılığına ilişkin tartışmalar için bkz. Kızılırmak, s. 253.

idari usul ilkeleri sağlanmaksızın kişinin kamu hizmetine girme hakkından mahrum bırakılması ve toplum nezdinde de “*sakıncalı*” olarak lekelenmesi söz konusudur. Bu durum hukuki güvenlik ve belirlilik ile ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

VI. Güvenlik Soruşturmasında Araştırılan Kişisel Verilere İlişkin Sorunlar

7315 sayılı Kanun’da arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması kapsamında toplanacak veriler ayrı ayrı düzenlenmiştir. Güvenlik soruşturmasına konu olan birçok husus kişisel veri niteliğindedir. Arşiv araştırmasına konu verilerin neler olduğu kanunda objektif bir şekilde sıralanmışken; güvenlik soruşturması kapsamında toplanacak kişisel verilerin hangi konulara ilişkin olabileceği düzenlenmiş; ancak bu verilerin neler olabileceği somut olaya göre güvenlik soruşturması yapan personelin takdirine bırakılmıştır. Ancak Kanun bu verilerin “*yorum içermeyen olgusal veriler*” olması gerektiğini özel olarak belirtmiştir (m. 7/2). Aşağıda arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması kapsamında toplanacak veriler ayrı ayrı incelenmiştir.

A. Arşiv Araştırması

Arşiv araştırması, statüsü veya çalıştırma şekline bağlı olmaksızın ilk defa veya yeniden memuriyete yahut kamu görevine atanacak herkes hakkında yapılır (m. 3/1). 7315 sayılı Kanun’unun 4’üncü maddesine göre bu araştırmanın kapsamına giren hususlar şunlardır:

- Kişinin adli sicil kaydı,
- Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığı,
- Kişi hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığı,
- Kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları,
- CMK m. 171/5 ve m. 231/13 kapsamında alınan kararlar,
- Kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olgular,
- Kişi hakkında kamu görevinden çıkarılma ya da kesinleşmiş memurluktan çıkarma cezasının olup olmadığıdır.

Arşiv araştırması mevcut kayıtlar üzerinden yapılacaktır. Bu yönüyle arşiv araştırması güvenlik soruşturmasına kıyasla daha objektiftir ve en

azından belirlenebilir bir içeriğe sahiptir. Arşiv araştırmasında mevcut kayıtlar incelenerek veriler objektif bir şekilde toplanacak ve değerlendirme komisyonuna sunulacaktır. Ancak sorun, kişi hakkında ceza soruşturma ve kovuşturma aşamalarında verilmiş olan kararların suç türü fark etmeksizin hepsinin mi dikkate alınacağı yoksa devlet memurluğuna engel suçlar açısından bir ayırım yapıp yapılmayacağı noktasındadır. Zira aksi halde kişi hakkında devam eden ya da sonuçlanmış her türlü soruşturma ve kovuşturma konusu olay kamu görevine alınmasında sakınca oluşturup oluşturmayacağı açısından değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, bu uygulama suçsuzluk karinesi ve lekelenmeme hakkı açısından önemli sorunlar doğurabilecektir. Çünkü kişi hakkında yapılan her ihbar ve şikâyet soruşturma konusu olabileceğinden, aslında Cumhuriyet Savcısı tarafından ciddi görülmeyle verilen soruşturmaya yer olmadığı kararına konu olgusal veri bile güvenlik soruşturmasında dikkate alınabilecek, hatta başka birtakım verilerle de birleştirilerek kişinin arşiv araştırmasının olumsuz sonuçlanmasına yol açabilecektir.

Bir kamu görevlisi hakkında görevi sırasında yeniden atama nedeniyle birden çok kez arşiv araştırması yapılması mümkündür. Bu durum ise, yeniden atanma veya görevde yükselme beklentisi içinde olan kamu görevlisinin, demokratik haklarının kullanımı konusunda kendisini sınırlandırmasına; bu süreçte kişi hakkında adli makamlara yapılan asılsız ihbarların bile arşiv araştırmasında sonuç doğurmasına yol açabilecektir. Esasen kamu görevlisi olarak atanmış ve belli bir süre kamu hizmeti yapmış bir kişinin, görevini sadakatle yürütüp yürütmediği, görev içindeki tutum ve davranışlarının değerlendirilmesi suretiyle anlaşılması mümkündür. Zaten kişi zaten kamu hizmetini düzgün bir şekilde yerine getirmiyor ve kamu güvenliğini tehlikeye sokan bir oluşumun içinde olduğundan şüphe ediliyorsa yetkili birimlerce kişi hakkında disiplin soruşturması yapılması veya adli makamların harekete geçirilmesi sağlanmalıdır.

B. Güvenlik Soruşturması

Güvenlik soruşturması, gizlilik dereceli birimlerde çalışacaklar ile kanunda sayılan kurumlarda çalışan kamu görevlileri hakkında yapılır (m. 3/2). Güvenlik soruşturması, arşiv araştırmasını da kapsamaktadır.

Gizlilik dereceli birimler “*Kurum ve kuruluşlarda, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye*

düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu” birimlerdir. Ayrıca “*güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis, hizmetlerde statüsü veya çalışma şekline bağlı olmaksızın istihdam edilenler hakkında*” da güvenlik soruşturması yapılacaktır. Bu birimlerin nasıl belirleneceği Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır (m. 12). Belirtmek gerekir ki yönetmelikte gizlilik dereceli birimleri belirleme yetkisinin ilgili idarelere verilmesi veya gizlilik dereceli birimlerin geniş bir şekilde yorumlanmasına yol açacak bir düzenleme yapılması kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca milli güvenlik açısından stratejik öneme sahip bir birimde çalıştığı gerekçesiyle özel hukuk kişileri hakkında da güvenlik soruşturması yapılarak bu kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi hem kanunilik ilkesi hem de özel teşebbüs kurma ve sözleşme hürriyeti açısından sorunludur. Bu konuda özellikle milli savunmayı ilgilendiren alanlarda teknoloji casusluğunun önüne geçilmesi açısından kamu-özel iş birliğinin gerçekleştiği projelerde yer alacak kişiler hakkında güvenlik soruşturması yapılmasına gerek görüldüğünden yönetmeliğe buna ilişkin bir açık bir hükmün konması gerekmektedir.

Kanuna göre belli kurumlarda çalışan kişiler⁶⁶ ile kamu kurum ve kuruluşlarında çalışacak öğretmenler, üst kademe kamu yöneticileri⁶⁷, özel kanunları uyarınca güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulan kişiler hakkında da güvenlik soruşturması yapılacaktır.

7315 sayılı Kanun’un 5’inci maddesine göre güvenlik soruşturmasında arşiv araştırmasında araştırılan hususlara ek olarak aşağıdaki hususlar hakkında çeşitli veriler toplanabilecektir:

• **Kişinin görevinin gerektirdiği niteliklerle ilgili kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde bulunan olgusal verileri:** Düzenlemeye göre güvenlik soruşturması sırasında, kolluk veya istihbarat ünitelerindeki her türlü veriye değil; görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili verilere ulaşılabilecek ve bu veriler de olgusal olacaktır. Madde gerekçesinde olgusal veriyle kastedilenin “*verilerin yorum içermeyen, somut, gözlenebilir vakialara*” dayanması olduğu belirtilmiştir. Aslında bu düzenleme Danıştay kararlarıyla da uyumludur. Zira Danıştay’ın süregelen içtihatlarına göre somut olmayan nitelikteki istihbarat verilerine dayanan olumsuz güvenlik soruşturması kararları idari

⁶⁶ Bunlar “Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı, jandarma, emniyet, sahil güvenlik ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ile ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel”dir.

⁶⁷ Kanunun “Tanımlar” başlıklı 2’nci maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine göre belirlenmesi öngörülmüştür.

işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırıdır ve iptale tabidir⁶⁸. Ancak soruşturmayı yapan personelin hangi olgusal verileri soruşturma dosyasına koyacağına ilişkin yapacağı seçim bile sübjektif bir yorum içermektedir.

Buradaki tehlike, kolluk veya istihbarat kayıtlarında bulunan ve aslında suç teşkil etmeyen birtakım olguların toplanarak kişi hakkında bir profil oluşturulması ve kişinin dönemin siyasi konjonktürü itibarıyla “*sakıncalı*” olarak değerlendirmesidir. Kişinin sadece bir gösteri yürüyüşünde yer alması veya belli bir kişi lehine sosyal medya hesabında yaptığı paylaşım sebebiyle anarşist ya da terör örgütü sempatzanı olduğu şeklinde bir sonuca ulaşılması da yine mümkündür. Bu konuda 4045 sayılı Kanun döneminde yapılan sübjektiflik eleştirileri 7315 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin olarak da yapılabilecektir⁶⁹.

• **Kişinin yabancı devlet kurumları ve yabancılarla ilişkisi:** 4045 sayılı Kanun dönemindeki Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği’nde benzer bir şekilde yer alan bu hususun nasıl araştırılacağı belirsizdir⁷⁰. Kişinin yabancılarla ilişkisi tespit edilirse ilişkinin mahiyetinin anlaşılması gerekmektedir ki bu halde iletişimin denetlenmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir. Bununla beraber MİT, polis veya jandarma tarafından süregelen bir araştırma veya takip varsa; ancak söz konusu takip suç niteliğine ulaşıp adli makamlara intikal etmediyse, bu hususun güvenlik soruşturmasında kullanılması mümkündür.

• **Kişinin terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığı:** Güvenlik soruşturması yapılmasının başlıca amacı haline gelen bu husus, 4045 sayılı Kanun dönemindeki Yönetmelikte daha geniş ve muğlak bir şekilde düzenlenmişti⁷¹. Terör veya suç örgütlerine “*üyelik, mensubiyet ve iltisak*”ın

⁶⁸ Dan. 12. D., E. 2016/6820, K. 2019/7765, 17.10.2019 Kazancı. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Aydın Akgül, Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta, 2014, s. 308 vd.

⁶⁹ Karahanoğulları, s. 165; Şanlı Atay, s. 53.

⁷⁰ Yönetmelikte kişinin “yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel Devlet mensupları ve temsilcileriyle ilgili derecesinin iç yüzü ve nedeni”nin araştırılacağı düzenlenmiştir (m. 11/1, d).

⁷¹ Yönetmelikte kişinin “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakının bulunup bulunmadığı ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığı”nın araştırılacağı düzenlenmiştir (m. 11/1, e)

tespitine ilişkin uygulamada birçok sorun ortaya çıkmaktaydı. Yeni kanunla bu husus çok daha yalın bir şekilde ifade edilmiş olmakla birlikte kavramların içeriği halen net değildir.

7315 sayılı Kanun kişinin terör veya suç örgütleriyle “*eylem birliği*”, “*irtibat*” ve “*iltisak*” içinde olup olmadığının araştırılmasını öngörmüştür. İrtibat ve iltisak birbirine oldukça yakın anlamlar içermektedir. Ceza hukuku açısından suç örgütü veya terör örgütüne üyelik veya mensubiyet kavramları karşılıklarını Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu’nda bulmaktadır⁷². Terörle Mücadele Kanunu’na göre, suç işlemese bile kanun kapsamına giren terör örgütlerine mensup olmak suçtur. Bu suçlardan dolayı mahkûm olan kişiler zaten DMK gereği affa uğramış olsalar bile devlet memuru olamazlar (m. 48/1, A, 5)⁷³. “*İltisak*” ve “*irtibat*” ise ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmemiştir⁷⁴. Yukarıdaki düzenleme ceza hukukundaki suç tanımından daha geniştir.

Kişinin terör örgütüyle *iltisakının* olup olmadığının belirlenmesinde, kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmaksızın çeşitli ölçütlere göre bir çıkarım yapılmaktadır. Bu çıkarımda kişinin belli tarihler arasında belli bankalarda parasının bulunup bulunmadığı, okuduğu okullar, katıldığı

⁷² TCK’nın 6’ncı maddesinde örgüt üyeliğinin tanımı yapılmış; Kanun’un muhtelif maddelerinde suçun örgüt üyeliği kapsamında işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Terörle Mücadele Kanunu’nun 3. maddesine göre, TCK’nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320’nci maddeleri ile 310’uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar terör suçlarıdır. Kanuna göre suç işlemese bile kanun kapsamına giren suçları işlemek üzere terör örgütlerine mensup olmak da suçtur.

⁷³ İlgili hüküm şöyledir: “Türk Ceza Kanununun 53’üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) (1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.”

⁷⁴ “... ‘İltisak’ kavramı; bitişme, kavuşma, kaynaşma veya birleşme anlamına gelir. Bu nedenle, hem “ilişki” anlamına gelen irtibat kavramından daha dar, yani oluşması zor ve hem de “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi açısından suç ve terör örgütüne mensubiyet için aranan “bağlantılı olma” ve “birlikte hareket etme” kavramlarına uygun düşer.” Ersan Şen, “Örgütle İltisak ve İrtibata Dayalı İdari Tedbirler”, Yorumluyorum- IXV, Seçkin, 2016, 457.

toplantılar⁷⁵, konakladığı yerler⁷⁶, aile üyelerinin bazı faaliyetleri⁷⁷ ile kişi hakkında varsa yapılan adli işlemler ve ceza muhakemesine ilişkin kararlar da dikkate alınmaktadır. Özellikle de kişi hakkında mahkûmiyet kararıyla sonuçlandırılmamış ceza soruşturma ve kovuşturmalarının kişinin terör örgütleriyle iltisaklı ve irtibatlı olarak nitelendirilmesinde önemli bir kriter olarak kullanılması suçsuzluk karinesi ile lekelenmeme hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir⁷⁸.

7315 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, irtibat ve iltisak kavramlarının her ne kadar genel gibi görünse de belirsiz ve öngörülemez nitelikte olmadığı; bu kavramların yargı içtihatlarıyla somutlaştığı ifade edilmiştir. Bu konuda AYM'nin 14.11.2019 tarihli ve E. 2018/89, K. 2019/84 sayılı kararına atıf yapmıştır. AYM, bu kararında, noterlik arabuluculuk ve bilirkişilik mesleğine alınmada terör örgütleriyle iltisaklı ve irtibatlı bulunmama koşulunu ilgili kanunlara ekleyen hükümleri Anayasa'ya uygun bulmuştur. AYM'ye göre bu koşul noterlik mesleğinin niteliğiyle bağdaşır ve Anayasaya uygun bir sınırlamadır. AYM kararında, iltisak ve irtibat kavramlarının hukuki niteliği ve objektif anlamının yargı içtihatlarıyla belirlenebilecek durumda olduğunu; bu değerlendirmenin cezai sorumluluktan bağımsız olarak kişinin noterlik görevine alınmasının uygun olup olmadığı yönünde yapılacağını; bakanlığın, kendisine yapılan bildirimlerle bağlı olmaksızın her türlü olay, olgu, bilgi ve bulguyu serbestçe gözeteceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu sebeple mesleğe alınmayan kişiler yargı yoluna başvurabilecekleri için kuralın amacı dışında kullanılmasını sağlayacak güvenceler de mevcuttur⁷⁹. Ancak AYM kararında bu kavramların döneme göre farklı yorumlanabileceğini de belirtmiştir ki gerçekten de ülkedeki siyasi konjonktüre göre kişilerin iltisaklı ve irtibatlı olarak değerlendirmelerine ilişkin kriterler değişebilecektir.

⁷⁵ Polis Akademisi, s. 46 vd.

⁷⁶ Örneğin yakın tarihli bir Danıştay kararına konu olayda, kişi hakkında "sakıncalı" olabileceğine yönelik hiçbir mahkeme kararı, adli süreç veya kayıt bulunmaksızın bir pansiyonda konakladığı gerekçesiyle kişinin bir terör örgütüyle iltisaklı veya irtibatlı olduğu gerekçesiyle güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlandırılmıştır. Danıştay kesin hiçbir bilgi, belge ve kanıtı dayanmayan ifade esas alınarak hazırlanan bilgi notunda yer alan bilginin genel ve soyut nitelikte olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar vermiştir. Dan. 8. D., E. 2020/7253, K. 2020/6149, 30.12.2020. Danıştay Karar Arama Motoru

⁷⁷ Örneğin davacının abisinin kapatılan bir kurumda öğretmen olarak bir eğitim öğretim yılı çalışmış olduğu gerekçesiyle güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlandırılmıştır. Dan. 8. D., E. 2020/7049, K. 2020/6168, 30.12.2020, Danıştay Karar Arama Motoru.

⁷⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bölüm VII, B.

⁷⁹ AYM, 14.11.2019, E. 2018/89, K. 2019/84, RG. 13.02.2020, 30 vd.

Ayrıca, AYM kararına paralel bir şekilde, 7315 sayılı Kanunu'nun 5'inci maddesinin gerekçesinde kişinin terör veya suç örgütleriyle irtibat ve irtisakının olup olmadığının belirlenmesinde ceza soruşturmasına esas alınacak nitelikte bilgi ve belgelere dayanma zorunluluğu olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Yine gerekçeye göre kişiler, bu sebeple haklarında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması halinde yargı denetimine başvurabileceği için bu düzenleme “*amaca uygun, sınırlama sebebine bağlı ve ölçülüdür*”. Bu gerekçelere katılmamaktayız. Güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlanan kişinin idari yargıda bu işleme karşı dava açabilecek olması yapılan bu sınırlamayı ölçülü kılmamaktadır. Her ne kadar Danıştay, somut delil ve vakıalarla doğrulanmayan sebeplerle güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasını hukuka aykırı bulsa da dava açmayan kişilerin bu şekilde öngörülemez bir sürece maruz bırakılması veya kişilerin her defasında dava açarak idarenin keyfi işlemi karşısında hak aramaya zorlanması hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmamaktadır. İdari yargıda böyle bir davanın sonuçlanması yıllar sürmektedir. Dava açılması aynı zamanda emek, zaman ve maddi kayıp anlamına da gelmektedir. Bunun yanında güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlanan kişi, ailesi ve sosyal çevresi nezdinde şüpheli duruma düşmektedir. Bu durum kişinin manevi olarak da yıpranmasına yol açmaktadır.

Burada belirsiz kavramlarla idareye kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren bir konuda geniş bir takdir yetkisi verilmektedir⁸⁰. AYM'nin bu kararının güvenlik lehine özgürlükleri oldukça daraltan, idarenin keyfi uygulamalarına kapı açan bir yorum içerdiğini belirtmeden geçmemeliyiz. En azından çıkarılacak yönetmelikte kişinin irtibat ve iltisaklı sayılmasına neden olacak hususların sayılması gerekmektedir.

⁸⁰ Burada “güvenlik gerekçesiyle TCK'da öngörülen suçların dışında başka bir suçluluk kategorisi mi yaratılmaktadır?” sorusu sorulabilir. Kişi hakkında verilen bir mahkûmiyet kararı olmasa da idare takdir yetkisini kullanarak kişinin kamu hizmetine girme hakkını engellemektedir. “Kanunilik” ilkesinin idare hukukunda disiplin cezaları dışında daha geniş bir şekilde yorumlanabileceği; ceza hukukunun temel ilkelerinden “şahsi kusur sorumluluğu” ile ceza muhakemesi ilkelerinden “suçsuzluk/masumiyet karinesi”nin idare hukukunda mutlak hâkimiyete sahip olmadığı tezi de ileri sürülmektedir. Şen, s. 456. Ancak güvenlik soruşturmasının sonuçları dikkate alındığında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim cezaya benzer sonuçlar doğuran idari işlemlerin tesis edilmesi sırasında da kişiye ceza muhakemesindeki benzer güvencelerin sağlanması gerekmektedir. Örneğin disiplin cezası verilmeden önce kişiye savunma hakkı tanınması hem Anayasa'da (m. 129/2) hem de DMK'da (m. 130) düzenlenmiştir. Ayrıca, aşağıda açıklanacağı üzere masumiyet karinesi idare hukukunda da geçerlidir.

Kanuna göre güvenlik soruşturması sırasında yukarıda belirttiğimiz hususlar öncelikle mevcut kayıtlardan ve daha sonra “*kişinin görevine yansiyacak hususların denetime elverişli olacak yöntemlerle yerinden araştırılmak suretiyle*” tespit edilecektir. Önceki Yönetmelik’te de kişinin kayıtlı ikamet adresi ile fiilen ikamet ettiği adres esas alınmak suretiyle yerinden inceleme yapılacağı düzenlenmişti (m. 11/1). Ancak Kanun, önceki düzenlemeden farklı olarak sadece kişinin görevine yansiyacak hususların, “*denetime elverişli yöntemlerle*” yerinden araştırılmasını öngörmüştür. Madde gerekçesine göre güvenlik soruşturmasını yapan kamu görevlisi mahalde inceleme sırasında kişinin komşularına ve iş arkadaşlarına kişi hakkında sorular sorduğunda, cevapların husumet, kin, garaz gibi saiklerle verilir verilmeyeceği, bunların doğrulanabilir ve güncel olup olmadığı incelenecektir. Ancak “*denetime elverişli yöntem*” le ne kastedildiği açık değildir. Burada şüphesiz kendisinden bilgi alınan kişiler kadar, soruşturmayı yapan kamu görevlisinin siyasal eğilimi, ahlaki yapısı, önyargıları ve kişilik özellikleri alınan bilginin kapsam ve içeriğini ve alınan bilgilerden hangilerinin değerlendirme komisyonuna sunulacağını belirlemede önemli rol oynayacaktır⁸¹. Bu noktada yerinde soruşturmaya yapan kamu görevlilerinin idare tarafından daha özenli seçilmesi bu düzenlemenin amacına ulaşmasında etkili olacaktır. Değerlendirme komisyonlarının gerektiğinde kendilerine sunulan ancak yorum içeren veya nesnellığı şüpheli olan bilgileri gerekçeli bir şekilde veri toplayan birime iletmesi, bu şekilde idarenin kendi içinde bir sistem kurması gerekmektedir⁸². Nitekim 7’nci maddede de değerlendirme komisyonuna kamu görevine uygunluğun değerlendirilmesini sağlayacak olgusal verilerin iletileceği (m. 7/2) ve değerlendirme komisyonunun bu verileri nesnel ve gerekçeli bir şekilde değerlendireceği ve yazılı olarak atamaya yetkili amire iletileceği öngörülmüştür (m. 7/3).

Özetle, 7315 sayılı Kanunla güvenlik soruşturmalarında araştırılması öngörülen hususların çok büyük bir kısmı kişisel veriler ve hatta hassas kişisel verilerdir. 4045 sayılı Kanun döneminde Yönetmeliğin 11. maddesinde öngörülen araştırma konularına daha yalın ve net ifadelerle büyük ölçüde

⁸¹ Karahanoğulları, s. 165; Yasin Sezer, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin, 2006, s. 161.

⁸² Şüphesiz değerlendirme komisyonunun oluşum şekli yapılacak değerlendirmelerin objektifliği açısından büyük önem taşımaktadır. Kanuna göre değerlendirme komisyona ilgili kurumdaki teftiş/denetim, personel ve hukuk birimleri ile uygun görülecek diğer birimlerden birer üye katılacak ve komisyonun başkan dahil en az beş kişiden ve tek sayıda olacak şekilde oluşturulacaktır (m. 7/1).

bu kanunda da yer verilmiştir⁸³. Ancak bu sefer “görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili olgusal verilerin” ve “kişinin görevine yansiyacak hususlar”ın araştırılmasına ilişkin çeşitli sınırlandırmalar öngörülmüştür. Bu sınırlamaların uygulamaya ne ölçüde yansiyacağı ise güvenlik soruşturmasını yapan kamu görevlileri ile değerlendirme komisyonlarının takdirine kalmıştır. Ayrıca önceki düzenlemeden farklı olarak Yeni Kanun’da kişinin eşi ile birinci derecede kan ve sıhri hısımları hakkında araştırılma yapılmasına izin verilmemektedir.

VII. Güvenlik Soruşturmasında Kişisel Verilerin İşlenmesi Usulüne İlişkin Sorunlar

7315 sayılı Kanunu’na göre, arşiv araştırması mevcut kayıtlar üzerinden; güvenlik soruşturması ise hem mevcut kayıtlardan hem de yerinden araştırılmak suretiyle yapılacaktır. Böylece güvenlik soruşturmaları sırasında kişisel veriler hem ilk elden toplanıp kaydedilmekte hem de diğer idari makamların daha önce farklı amaçlarla işleyerek kaydetmiş olduğu verilere erişilebilmektedir.

Teknolojinin gelişimine paralel olarak bugün devlet, kamu hizmetlerinin büyük bir kısmını ve bilgi işlem yönetimini elektronik ortam üzerinden yürütmektedir. İdarenin gerçekleştirdiği kamu hizmetine ve kolluk faaliyetine ilişkin bütün veriler de elektronik ortamda saklanmaktadır. Bu durum bürokrasinin azaltılması ve idari usul süreçlerinin daha hızlı tamamlanması açısından önemli bir avantaj sağlamakla beraber, kişisel verilerin güvenliği açısından özel riskler oluşturmaktadır. İdare içinde veya dışında yetkisiz kişilerin bu verilere ulaşması kolaylaşmış ve idarenin bu verileri farklı amaçlarla kullanma ihtimali artmıştır. Ancak kişisel verilerin korunması hakkı, idarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken topladığı kişisel verilerin kanuni bir dayanak olmaksızın kendi içinde sınırsız bir biçimde kullanımına veya diğer idari makamlara serbestçe aktarımına izin vermemektedir. İdarenin elde ettiği bütün bilgileri bir havuzda birleştirerek serbestçe kullanması, insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti anlayışına terstir⁸⁴. Bu noktada kişisel verilerin işlenmesinde ve aktarılmasında kanunilik ve amaca bağlılık ilkeleri büyük önem taşımaktadır.

⁸³ Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmaları Yönetmeliği’nde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar madde 11’de bir arada düzenlenmiştir. Bu nedenle güvenlik soruşturmasıyla arşiv araştırması arasındaki fark net değildir. Yönetmelikte, 7315 sayılı Kanun’da yer almayan “Şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansiyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı” hususu da yer almaktaydı.

⁸⁴ Kızılırmak, s. 232.

7315 sayılı Kanun'da güvenlik soruşturması yapan makamlara idarenin başka amaçlarla işlemiş olduğu verilere ulaşabilme yetkisi verilmiştir. Kanun'un 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre güvenlik soruşturması yapan makamlar diğer idarelerdeki her türlü bilgi ve belgeye ile mahkeme kararlarına ve ceza soruşturması veya kovuşturmasına konu olgulara ulaşabilir. Konumuz açısından önemli olan bu hüküm şu şekildedir:

“Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler, kendilerine iletilen taleple sınırlı olarak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden gerekli bilgi ve belgeler ile bu Kanunun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendi kapsamındaki karar ve kayıtları almaya yetkilidir”

7315 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendi ise şu şekildedir:

“Kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin onüçüncü fıkraları kapsamında alınan kararlar ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olgular(ın)”

Bu hükümler ışığında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yapmaya yetkili kişilerin yerinde inceleme dışında şu kayıtlara ulaşma yetkisi vardır:

- Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerindeki bilgi ve belgeler,
- Kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları (beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, davanın düşmesi gibi),
- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararları (TCK m. 171/5),
- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları (TCK m. 231/13),
- Kişi hakkında sonuçlanmış veya devam eden soruşturma ve kovuşturmalar kapsamındaki olgular (çeşitli bilgi ve belgeler).

Aslında bu hüküm 18.10.2018 tarihinde 4045 sayılı Kanun'un 1'inci maddesine eklenen ve AYM tarafından Anayasa'nın 13'üncü ve 20'nci

maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilen⁸⁵ ikinci fıkraya büyük ölçüde benzemektedir⁸⁶. AYM iptal gerekçesinde, düzenlemenin içeriğine ilişkin bir irdeleme yapmamış; ama kanunda güvenlik soruşturmasının ilke ve usulüne, kişisel verilerin korunmasına ilişkin güvencelere yer vermeden idareye bu şekilde geniş bir yetki tanınması kanunilik ilkesinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. Başka bir ifadeyle, AYM, kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli kanuni düzenlemelere yer verilmesi şartıyla böyle bir düzenleme yapılmasında sakınca görmemiştir.

Nitekim kanun koyucu, 7315 sayılı Kanun'da kişisel verilerin korunması açısından yeterli güvencelerin sağlandığı gerekçesiyle iptal edilen bu hükme yeniden yer vermiştir. Madde gerekçesinde bu düzenleme sayesinde güvenlik soruşturmasının hızlıca tamamlanacağı ve böylece kişinin bir an önce kamuda göreve başlayabileceği ifade edilmiştir.

7315 sayılı Kanun'daki düzenlemede iptal edilen düzenlemeden farklı olarak görevli birimlerin "*kendilerine iletilen taleple sınırlı olarak*" bu verilere ulaşması öngörülmüştür (m. 6/2). Bu noktada söz konusu talebin içeriğinin sadece kişi açısından mı yoksa konu açısından mı belirli olması gerektiği ve talebin sınırlarının kim tarafından belirleneceği madde metninden ve gerekçesinden anlaşılmamaktadır.

Ayrıca bu düzenlemeden sonra gelen üçüncü fıkrada güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli personel tarafından kişisel verilerin amacı dışında kullanılmasını engellemeye yönelik çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda görevli personelin bu bilgisayar kayıtları üzerinde hukuka aykırı olarak kişisel verilere ilişkin sorgulama yapması, log kayıtlarında değişiklik yapması veya bunları silmesi; bu verileri üçüncü kişilerle paylaşılmasının yasak olduğu ve konuya ilişkin gerekli tedbirlerin ilgili birimlerce alınacağı öngörülmüştür (m. 6/3). Gerekli tedbirlerin neler olduğu belli değildir. Madde gerekçesinde bu kurallara aykırı davranan kamu görevlisi hakkında ilgili ceza ve disiplin normlarının uygulanacağı

⁸⁵ AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, RG. 28.03.2020.

⁸⁶ 7148 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesiyle 4045 sayılı Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen hüküm şu şekildedir: "Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden bilgi ve belge almaya, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin on üçüncü fıkraları kapsamında tutulan kayıtlara ulaşmaya, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturma sonuçlarını, kovuşturamaya yer olmadığına dair kararlar ile kesinleşmiş mahkeme kararlarını almaya yetkilidir".

belirtilmiştir. Ancak bunlar veri güvenliği açısından yeterli tedbir sayılamaz.

7315 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi idareye kişisel verilere erişim konusunda verilen bu geniş yetkiyle ilgili olarak başlıca iki hukuki sorundan bahsetmek mümkündür. Birincisi güvenlik soruşturması sırasında idarenin elindeki farklı amaçlarla toplanmış kişisel verilere erişimin kapsam ve sınırlarının belirlenmesine ilişkindir. Bu kapsamda 6'ncı maddedeki düzenlemenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin diğer özel ve genel nitelikteki hükümler karşısındaki durumu ele alınacaktır. İkincisi ise ceza muhakemesine ilişkin her türlü karar ile ceza soruşturma ve kovuşturmalarına konu olgulara güvenlik soruşturmaları kapsamında ulaşılabilmemesinin doğurabileceği hukuka aykırı sonuçlara ilişkindir.

A. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemelerin Bulunduğu Özel Kanunlar Karşısında Güvenlik Soruşturmalarında Her Türlü Kişisel Veriye Ulaşılp Ulaşılamayacağı Sorunu

Güvenlik soruşturmalarında, kişisel verilerin toplanması, özel idari kolluk birimi olan MİT ile genel idari kolluk birimleri olan polis veya jandarma tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunların güvenlik soruşturması sırasında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının arşivlerine ve elektronik işlem merkezlerine erişerek gerekli bilgi ve belgeleri aktarmaları mümkündür (m. 6/2). Bu yetkinin kapsam ve sınırlarını tartışmadan önce MİT ile polis ve jandarmanın istihbarat faaliyetleri çerçevesinde kişisel verilere erişim yetkisini kısaca açıklamakta fayda görüyoruz.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre, MİT'in birinci görevi devlet çapında istihbarat oluşturmaktır. Kanun'un 6'ncı maddesine göre,

“MİT yetkilerini kullanırken bütün kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınmazlar (m. 6/1, b).

Görüldüğü üzere MİT'in sadece kamu kurum ve kuruluşlarıyla sınırlı olmayan çok geniş bir istihbarat toplama yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca, bu

Kanun özel olarak diğer kanunlardaki veri korunmasına ilişkin hükümlerin de MİT'e karşı ileri sürülemeyeceğini öngörmektedir. Bu nedenle MİT'in kişisel verilerin korunması açısından Anayasa'daki temel güvenceleri sağlamak kaydıyla diğer idarelerdeki bilgi ve belgelere ulaşma yetkisi vardır⁸⁷. Nitekim AYM bu hükmü, 2937 sayılı Kanun'un diğer maddelerinde MİT tarafından toplanan verilerin güvenliğine ilişkin birçok etkili düzenlemeye yer verildiği ve kişisel verilerin korunmasını sağlayacak kanuni güvenceler sağlandığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır⁸⁸.

Önleyici idari kolluk faaliyetleri çerçevesinde istihbarat toplama yetkisi olan polis ve jandarmanın kişisel verilere ulaşma yetkisi MİT'e göre sınırlıdır⁸⁹. PVSK ek madde 7'nin altıncı fıkrasındaki bir düzenleme konumuz açısından dikkat çekicidir. Burada polisin önleyici istihbarat faaliyetleri sırasında diğer kamu kurum ve kuruluşlarından gerekçesini göstererek bazı bilgi ve belgeler talep edileceği; bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle istenen bilgi ve belgeleri vermeyi reddetmeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelere ulaşılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere burada, polise sınırsız bir şekilde diğer kamu kurumlarındaki verilere ulaşma yetkisi verilmemiş, kanuna uygun bir şekilde ve gerekçe belirtilmek şartıyla veri aktarımına izin verilmiştir. Kanunda, aktarımı talep edilen bilgi ve belgelerin güvenliğine ilişkin özel düzenlemeler yer alıyorsa, örneğin idarenin elindeki bilgi ve belgelerin başka bir amaçla kullanılmayacağı veya aktarılamayacağına ilişkin bir düzenleme varsa, hâkim kararı olmadıkça polisin veri paylaşım talebinin ilgili Kurum tarafından reddedilmesi gerekmektedir. PVSK'daki bu düzenleme karşısında 7315 sayılı Kanunu'nun 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasının güvenlik soruşturması yapan makamlara ne kadar genel ve geniş bir yetki verdiği daha açık hale gelmektedir.

⁸⁷ Ancak bu halde de bunların kişinin dokunulması yasak olan kişinin giz alanına ilişkin olmaması gerekmektedir. Dülger (2016), s. 147.

⁸⁸ AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, 30.12.2015, RG. 01.03.2016, § 26 vd.

⁸⁹ PVSK Ek m. 7/1: "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamaya üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar." Buna paralel bir düzenleme 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nda da bulunmaktadır (m. 7/1, a ve Ek m. 5). Polis ve jandarmaya verilerin istihbarat toplama ve özellikle de soruşturma başlamadan iletişimin denetlenmesine ilişkin yetkilerin hukuka aykırı ve kötüye kullanmaya açık olduğuna dair bir eleştiri için bkz. Dülger (2016), s. 148.

İdarenin elindeki birçok veri aynı zamanda özel kanunlarda koruma altına alınmış; bunların toplanma amaçları dışında başka amaçlarla kullanılmayacağı öngörülmüştür. 7315 sayılı Kanunu'nun 6'ncı maddesindeki bu düzenlemenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel kanunlar karşısındaki uygulanabilirliği bu noktada önem taşımaktadır. Her ne kadar 7315 sayılı Kanun, KVKK'ya göre özel nitelikte bir kanun olsa da 6'ncı maddedeki düzenleme kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel kanunlardaki hükümler karşısında genel niteliktedir. Nitekim 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında atıf yapılan 4'üncü madde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel hükümlerin yer aldığı CMK'nın 171'inci ve 231'inci maddelerini açıkça zikrederek güvenlik soruşturması yapan makamlara bu kararlara özel olarak ulaşma yetkisi vermiş; diğer arşiv kayıtları ile elektronik bilgi işlem merkezlerindeki bilgi ve belgeler için genel bir atıf yapmakla yetinmiştir.

Bu durumda kanunlar çatışmasına ilişkin kuralları da dikkate alarak şöyle bir yorum yapmak mümkündür: Kanunların yer ve zaman bakımından uygulanmasında *lex posterior* (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder) ve *lex specialis* (özel kanun genel kanunu ilga eder) ilkeleri uygulanır. Önceki özel kanun ile sonraki genel kanun arasında bir çatışmanın varlığı halinde hangi hükmün uygulanacağı konusunda kesin bir kural bulunmamakla birlikte, genellikle *lex specialis* ilkesinin uygulanacağı; sonraki tarihli genel kanunun önceki tarihli özel kanunu yürürlükten kaldırmayacağı görüşü kabul edilmektedir⁹⁰. Buna göre diğer kanunlarda CMK'nın 171'inci maddesinde olduğu gibi özel olarak kişisel verinin korunmasına ilişkin bir hükmün bulunması halinde, sonraki genel kanun olan 7315 sayılı Kanun'da bu hükme erişime izin veren özel bir düzenleme yapılmadığı sürece özel kanundaki düzenleme öncelikle uygulanacaktır. Bununla beraber, kanun koyucunun kanunda sarıh olarak niyetini belirtmediği hallerde eski tarihli özel kanunun yeni tarihli genel kanun karşısında uygulama önceliğine sahip olduğunu söylemek için kanun koyucunun iradesine bakmak gerektiği de kabul edilmektedir⁹¹.

Madde gerekçesi de dikkate alındığında, şüphesiz, kanun koyucunun bu noktadaki iradesi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunlarda özel

⁹⁰ Gözler Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Basım, Genişletilmiş 14. Baskı, 2017, s. 370.

⁹¹ Mehmet Çelebi Can / Fahri Erdem Kaşak, Ticarî Borçlara Kefalet Hâlinde Ticarî İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirtilmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği", Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, s. 273.

hükümler bulunduğu hallerde de güvenlik soruşturması yapan makamların her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilmesi, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmamasıdır. Buna karşılık 6'ncı madde ile bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması söz konusu olduğundan idare hukukunda devlet organlarının yetkilerinin olabildiğince dar, temel hak ve hürriyetlerin ise geniş yorumlanması esastır⁹². Dolayısıyla Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nun 6'ncı maddesindeki düzenleme diğer kanunlarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulabileceğine ilişkin yaklaşım hukuk devleti ilkesine daha uygundur⁹³.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, güvenlik soruşturması kapsamında vatandaşların nüfus bilgilerinin elektronik ortamda kaydedildiği ve birçok hassas nitelikte kişisel verinin bulunduğu Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi'ne (MERNİS) polisin ulaşma yetkisi sınırlıdır⁹⁴. Zira nüfus hizmetlerinden sorumlu bakanlığın aynı zamanda genel idari kolluk makamı olan İçişleri Bakanlığı olması, Bakanlık bünyesindeki her birimin her türlü veriye serbestçe ulaşabileceği anlamına gelmemektedir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, nüfusa ilişkin verilerin işlenmesi ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve bu verilerin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kanunda, nüfus kayıt örneği almaya yetkili makamlar tek tek sayılmış ve kolluk birimlerinin adli işlemlerle sınırlı olmak üzere serbestçe nüfus kayıt örneği alabilecekleri, kanunda sayılmayan kamu tüzel kişilerinin Kimlik Veri Paylaşım Sistemi (KPS) üzerinden MERNİS veri tabanında yer alan bilgilere ulaşabileceği düzenlenmiştir (m. 44 ve 45). KPS Yönetmeliği'ne göre, belli bilgilere ulaşmak isteyen kurumlar İçişleri Bakanlığı'na yazılı olarak başvuruda bulunurlar. Talep edilen bilgilerin kullanılma gerekçesi ve kanuni dayanağı dikkate alınarak her kurumla Bakanlık arasında bazı MERNİS bilgilerinin aktarımına ilişkin bir anlaşma yapılır (m. 7/1)⁹⁵. Yönetmeliğe göre

⁹² Gözler, s. 335

⁹³ Zira Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nda kişisel verilerin güvenliğine ilişkin yeterli güvenceler sağlansa bile, hangi tür bilgi ve belgelere ulaşılacağı ve bunların daha sonra hangi hallerde kişinin sakıncalı olarak değerlendirilmesine dayanak yapacağı belirsizdir.

⁹⁴ Kimlik Paylaşım Sistemi Yönetmeliği'ne göre, bu kayıtlarda kişinin kimlik numarası, adı, soyadı, kızlık soyadı, cinsiyeti, anne-baba adı, doğum yeri, doğum ve kütüğe kayıt tarihleri gibi kişisel bilgiler; medeni hâli, dini ve ölüm tarihi gibi durum bilgileri; evlenme, boşanma, soybağının düzeltilmesi veya reddi, ölüm, vatandaşlığın kazanılması veya kaybedilmesi, yerleşim yeri ve diğer adres gibi kişilere ait nüfus olay bilgilerinin tarihi ve açıklamaları; doğum, ölüm, evlenme, boşanma sayıları gibi bilgiler bulunmaktadır (m. 8).

⁹⁵ KPS Yönetmeliği m. 7/4: Anlaşmalarda aşağıda belirtilen hususlara yer verilir: a) Alıcı

alınan bilgiler gizlidir ve tanımlanmış hizmetlerin yerine getirilmesi dışında başka hiçbir amaçla kullanılamaz (Kanun, 45/3; Yön. m. 7/2). KPS internet sitesinde yer alan bilgilere göre, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı da bu sistemde yer alan anlaşmalı kurumlar arasındadır ve kişilerin MERNİS'teki bilgilerine belli sınırlarla ulaşabilirler⁹⁶. Bu durumda lafzi anlamıyla 7315 sayılı Kanun güvenlik soruşturması yapan personele idarelerdeki her türlü veriye ulaşma yetkisi veriyor olsa da 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'ndaki veri güvenliğine ilişkin özel hükümler gereği, MERNİS'teki her türlü veriye değil; KPS anlaşması kapsamındaki verilere ulaşılabilir.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu 11'inci maddesi gereği toplantı ve gösteri yürüyüşünde kolluk tarafından katılımcıların ses ve görüntüleri kaydedebilmektedir. Ancak Kanuna göre "*Elde edilen kayıt ve görüntüler şüphelilerin ve suç delillerinin tespiti dışında başka bir amaçla kullanılamaz*" (m. 11/2). Amaçla bağlılık ilkesi Kanun'da açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen güvenlik soruşturmaları kapsamında bu kayıt ve görüntülere başvurulabilecek midir? Kanunlarda kişisel verilerin hangi meşru amaçla toplanacağı ve hangi amaçla kullanılacağına açık ve belirli bir şekilde düzenlenmiş olması halinde bu verilerin güvenlik soruşturmalarında kullanılmaması gerekmektedir⁹⁷.

7315 sayılı Kanunu'nun 6'ncı maddesi gereği kanunlarda özel hüküm bulunmaması halinde, güvenlik soruşturması kapsamında diğer idari makamlardaki kişisel verilerin talep edilmesi mümkündür. Örneğin 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu gereği kişilerin özel veya resmi her türlü konaklama tesisinde kalış bilgileri tesis tarafından anlık olarak kolluk veri tabanına aktarılmaktadır (Ek m. 1/2). Kanunda toplanan verilerin güvenliğine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece maddenin uygulanması ve verileri kullanan kamu görevlilerinin denetimine ilişkin usul ve esasların İçişleri Bakanlığı tarafından belirleneceği hükmüne yer verilmiştir (Ek m. 1/5). Ancak Kimlik Bildirme Kanunu'nun Uygulanması ile İlgili Yönetmelik'te⁹⁸ toplanan verilerin 5 yıl süreyle muhafaza edileceği dışında konuya ilişkin

kurumların ve diğer kişilerin yetkileri. b) Kayıtlara erişim şekli. c) Kayıtlara erişim süresi. ç) Alıcı kurumların ve diğer kişilerin Kimlik Paylaşımı Sistemi veri tabanını kullanma amacı. d) Sorumluluk. e) Eğitim. f) Taraflarca uygun görülecek diğer hususlar.

⁹⁶ <https://kpsbasvuru.nvi.gov.tr/Acik/KpsNedir> (4.4.2020)

⁹⁷ Kızılırmak, s. 236.

⁹⁸ RG. 13.07.1974, S. 14944

bir hüküm yoktur. Bu kapsamda kişinin ne zaman kimlerle konakladığı gibi bilgiler de güvenlik soruşturmasında olgusal bir veri olarak kullanılabilir.

Özetle, 7315 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine rağmen; güvenlik soruşturmasında farklı idari makamlardaki kişisel verilerin veya idari kolluk bünyesinde farklı amaçlarla toplanmış kişisel verilere erişiminde, kanunlardaki kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel hükümler esas alınarak; kanunilik ve amaçla bağlılık ilkesine uygun hareket edilmelidir.

B. Ceza Soruşturması veya Kovuşturması Kapsamındaki Kararlara ve Olgulara Ulaşılması

Kişinin taraf olduğu davalara ilişkin mahkeme kararları ile kişi hakkında adli işlemler sırasında verilen kararlar da kişisel veridir. Bunların arasında ceza mahkûmiyetine ilişkin kararlar ile ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında verilmiş diğer kararlar hassas kişisel veri kapsamında yer alır ve özel bir korumaya tabi tutulmaktadır.

7315 sayılı Kanunu'na göre arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması kapsamında araştırılacak hususlardan biri de adli süreçlere ve yargılamaya ilişkin kararlardır (m. 6/2). Bunlar, kişi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararları; kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturmalar ve kovuşturmalar kapsamındaki olgulardır (m. 4/1, ç; m. 5/1).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi⁹⁹ ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının¹⁰⁰ ortak noktası, bunların özel bir sisteme kaydedilmesi ve bu kayıtlara da ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından ulaşılması ve bu verilerin bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilmesidir¹⁰¹. CMK'da bu karar türlerinin düzenlendiği maddelerde bir kişisel veri olarak bu karar

⁹⁹ CMK m. 171/5: "Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

¹⁰⁰ CMK m. 231/13: "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

¹⁰¹ Aynı yönde düzenleme 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 6'ncı maddesinde yer almaktadır.

türlerinin korunmasına özel olarak yer verilmiştir: Sadece bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemenin bu kararlara ulaşma yetkisi vardır. Ancak 7315 sayılı Kanun gereği arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmalarında bu kararlara da ulaşılabilecektir.

Kanun'a göre, kesinleşmiş mahkeme kararlarının yanında kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki olgular da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına konu olabilecektir. Örneğin asılsız bir ihbar veya şikâyet sonucu kişi hakkında ceza soruşturması başlatılmışsa, ancak soruşturma sonucunda yeterli şüphe oluşturacak delillerin elde edilmemesi sebebiyle “*kovuşturmaya yer olmadığı*” kararı verilmiş olsa bile bu dosya kapsamında yer alan bütün olgular arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmasında kullanılabilir¹⁰². Ceza yargılamasının (kovuşturmanın) mahkûmiyet dışında beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, düşme gibi sebeplerle sona ermesi halinde de yargılama konusu olguların arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmalarında tek başına sonuç doğurmaları mümkündür¹⁰³. Bu durum ise “*suçunuz yok ama cezanız var*” sonucu doğurabilecektir¹⁰⁴. Zira kişiye dinlenilme hakkı bile tanınmadan soruşturma veya kovuşturma dosyasında yer alan bir olgu (bilgi-belge) sebebiyle kamu hizmetine girme hakkı elinden alınmaktadır. 7315 sayılı Kanun'da kişiye bu bilgilere erişme ve düzeltme hakkı tanınmış olsa bile (m. 8/1); kişinin bir kez de idari makamlar ve dava açması halinde idari yargı nezdinde kendisini aklamaya çalışması söz konusu olacaktır. Bu durum ise kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ve suçsuzluk karinesine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu bağlamda suçsuzluk karinesinin bir alt başlığı olarak kabul edilen “*lekelenmeme hakkı*” da ihlal edilmiş olacaktır.

Türk hukukunda kavramsal olarak “*masumiyet karinesi*” yerine “*suçsuzluk karinesi*” tercih edilior¹⁰⁵ olsa da bu kavramların ifade ettiği şey aynıdır:

¹⁰² Bu durumun tek istisnası 2018 yılında CMK'nin 158'inci maddesine eklenen soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararıdır. Bu kararlar soruşturma evresine geçilmemektedir.

¹⁰³ TBMM'de 4'üncü maddenin görüşmeleri sırasında Milletvekili Ali Özkaya, bu düzenlemeyi şu şekilde açıklamıştır: “... Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının yurdundaki bir öğretmeni atıyorsunuz, KPSS'den 95 puan almış, girmiş, başlamış, güvenlik soruşturması adli sicil belgesinde hiçbir sorun yok. Fakat diyelim ki Ağır Ceza Mahkemesinde cinsel istismarla ilgili yargılanıyor. Şimdi, siz diyebilirsiniz ki ‘Efendim kesinleşmemiştir, suç yoktur, sanık mahkûm olmamıştır, şüpheden sanık yararlanır.’ Ancak biz, bu kişiyle ilgili... Bu memuriyete atayıp atamayacağı hususunu işte, idare takdir edecek...”
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil4/ham/b06901h.htm>

¹⁰⁴ Kurnaz (internet).

¹⁰⁵ Kavramsal farklılığa ilişkin açıklamalar için bkz. İlhan Üzülmöz, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, TBB Dergisi, S. 58, 2005, s. 44.

Kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın kişinin gerek yargısal makamlar gerekse idari otoriteler tarafından suçlu muamelesine tabi tutulmaması. Anayasa'nın 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasında “*suçluluğu hükmen sabit olana kadar kimse suçlu sayılmaz*” ve AİHS'in 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*” şeklinde düzenlenen masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının uzantısı bir temel hak¹⁰⁶. Masumiyet karinesiyle yakından ilişkili lekelenmeme hakkı ise, bir soruşturma ve kovuşturma sonucunda kişi hakkında kesin hüküm verilene kadar kişinin “*toplum nezdinde onur ve şerefının korunması, saygınlığına zarar gelmemesi*”ni ifade etmektedir¹⁰⁷. Masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı, kişinin bir cezai ithamla karşı karşıyayken başkaca zararlardan korunmasını amaçlamaktadır.

Uygulamada, önceleri kanuni bir dayanak olmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararları güvenlik soruşturması sonucuna dayanak yapılmaktaydı. Danıştay da bu halde “*olayın özelliği ile atanılacak görevin niteliği*”nin dikkate alınması gerektiğini belirterek kararlara konu olan fiillerin güvenlik soruşturmasında esas alınmasını hukuka uygun bulmaktaydı¹⁰⁸. Bu dönemde yargı kararı ile ortadan kaldırılmış olan HAGB kararının 5352 sayılı Kanun'a aykırı şekilde idari makamlara verilmesi ve kişinin güvenlik soruşturmasının bu nedenle olumsuz sonuçlandırılması Turgut Duman başvurusuna konu olmuştur¹⁰⁹. AYM, incelemesi sonucunda müdahalenin dayanağı güvenlik soruşturmasının hukuki dayanağının (4045 sayılı Kanun'un) Anayasa'daki kanunilik şartına uygun olmadığına, bu sebeple başvurusunun Anayasa'nın 20'nci maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AYM, Turgut Duman kararında ayrıca, idare mahkemesinin karar gerekçesinde yer alan “*davacının üzerine atılı suçu işlemediği anlamına gelmeyeceği, davacının üzerine atılı suçu işlemediği yönünde verilmiş bir*

¹⁰⁶ Muharrem Özen / Atacan Köksal, “Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı”, AÜHFĐ, C. 68, S. 1, 2019, s. 269.

¹⁰⁷ Fatih Akıncı, Lekelenmeme Hakkı, TAAD, Y. 11, S. 3, 2020, s. 187.

¹⁰⁸ Dan., 12. D., E. 2016/7304, K. 2018/543020, 11.2018; Dan. 12. D., E. 2016/11200, K. 2019/7766, 17.10.2019. Kazancı. Başka kararlar için ayrıca bkz. Sezer, 161-164; Şanlı Atay, s. 70 vd. Disiplin suçlarına ilişkin davalarda da Danıştay'ın benzer bir yaklaşımı vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, s. 503-505.

¹⁰⁹ Turgut Duman, B. N. 2014/15365.

beraat kararı da bulunmadığı” ifadelerinin masumiyet karinesini ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM de idarenin kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın ceza yargılamasına atıfta bulunarak kişiyi esaslı olarak etkileyen eylem ve işlemlerde bulunmasını masumiyet karinesinin ihlali olarak görmektedir¹¹⁰.

AYM’ye göre, masumiyet karinesi, “*ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir (Galip Şahin, § 40)*”¹¹¹. Mahkemenin kişi hakkında bir ceza mahkemesi hükmü bulunmadığı sürece, idari kararlarda kullanılan dil ve gerekçelerde kişiye cezai sorumluluk yüklememesi gerekmektedir.

İdari makamların disiplin soruşturmalarında olduğu gibi ceza yargılamasındaki belli bir delile veya vakiya atıf yapması mümkündür. Ancak bunlardan belli çıkarımlar yapılması ve kişinin suçlu ilan edilmesi masumiyet karinesinin ihlali sonucunu doğurur. Bu noktada özellikle mahkeme kararlarında, resmi yazılarda ve idari işlemlerde kullanılan ifadeler önem taşımaktadır¹¹². AYM’ye göre masumiyet karinesi bir suç isnadının karara bağlandığı yargılamalarda geçerlidir. “*Medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar*” kapsamında değerlendirilen idari davalar kural olarak masumiyet karinesinin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bu kapsamda bir idari uyumsuzluk çerçevesinde “*Kişinin suçluluğunu ima eden ya da kabul eden bir yargı söz konusu olmadıkça*” sadece kişinin yargılanmış olmasından ve HAGB’ye dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlali sonucu doğurmamakla beraber “*kararın gerekçesinin bütün hâlinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran HAGB’ye karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir*”¹¹³. Bu durumda başkaca delil veya olgularla desteklenmeksizin güvenlik soruşturmalarında sadece HAGB, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturmayaya yer olmadığı gibi kararlara konu olgulara dayanılarak güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması masumiyet karinesinin ihlali sonucunu doğuracaktır.

¹¹⁰ Konuyla ilgili Çelik (Bozkurt) / Türkiye Kararı, BN. 34388/05, 12.04.2011 için bkz. Özen / Köksal, s. 274, 33. dipnot.

¹¹¹ Turgut Duman, BN. 2014/15365, § 104.

¹¹² Hüseyin Şahin, BN. 2013/1728, 12.11.2014, § 40; Turgut Duman, BN. 2014/15365, § 106-107.

¹¹³ Sinan Deliduman, BN. 2016/3217, 09.07.2020, § 26-31; Rafet Uzun, BN. 2015/5082, 19.04.2018, § 22-25.

AYM'nin Fatih Saraman kararında¹¹⁴ ise, infaz koruma memurluğu sınavını kazanmış olan başvuru hakkında yapılan güvenlik soruşturması sırasında kişinin 18 yaşından küçükken işlemiş olduğu hırsızlık suçu nedeniyle 5 ay hapis cezasına hükmedildiği ve bu cezanın ertelendiği bilgisi ilgili ceza mahkemesi kararıyla beraber değerlendirme komisyonuna gönderilmiştir. Hakkında hırsızlık suçundan işlem yapıldığı gerekçesiyle başvuru ataması yapılmamıştır. Başvuru bu karara karşı idare mahkemesinde iptal davası açmış, idare mahkemesi “*ceza infaz kurumu infaz ve koruma memurluğu görevinin önem ve özelliği gözetildiğinde hırsızlık suçundan mahkûm olması nedeniyle güvenlik soruşturması sonucu olumsuz olan başvuru atanmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı*”¹¹⁵’ni belirterek davayı reddetmiş ve karar Danıştay tarafından onanmıştır¹¹⁶. Oysaki Adli Sicil Kanunu’na göre, 18 yaşından küçük olanlarla ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları sadece soruşturma ve kovuşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcılıkları ile hâkim veya mahkemelere verilmesi mümkündür (m. 10/3). AYM idarenin bu davranışı ile özel hayata saygı hakkına müdahale ettiğini tespit ederek ancak müdahalenin dayanağı 4045 sayılı Kanun’da kişisel verilerin korunmasına ilişkin açık ve detaylı kurallara yer verilmediği gerekçesiyle müdahalenin kanunilik şartını taşımadığına ve hak ihlali oluşturduğuna karar vermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki Adli Sicil Kanunu’nda 18 yaşından küçükler için ait kayıtların Cumhuriyet başsavcılıkları ile hâkim veya mahkemeler dışında kimseye verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan güvenlik soruşturmasına ilişkin kanunda aksi yönde özel bir düzenleme olmaksızın bu kayıtlara ulaşılması zaten kanunilik ilkesi açısından açıkça kişisel verilerin korunması hakkına aykırıdır¹¹⁶.

Son olarak, arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmaları kapsamında kişi hakkındaki mahkûmiyet kararlarının tutulduğu Adli Sicil ile Arşiv Kayıtlarına ulaşma yetkisinden kısaca bahsetmek gerekmektedir. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’na göre, kişi hakkındaki mahkûmiyet kararları, hak mahrumiyetinin devam ettiği süre boyunca Adalet Bakanlığı’na bağlı Merkezi Adli Sicilde

¹¹⁴ Fatih Saraman, BN. 2014/7256.

¹¹⁵ Bunların dışında Danıştay, “basit yaralama” veya “kasten yaralama” gibi devlet memurluğuna atanmaya engel oluşturmayan suçların işlenmiş olmasının kişinin suça meyilli olduğu şeklinde yorumlanarak güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılmasını birçok kararında hukuka uygun bulmuştur. Konuya ilişkin kararlar için bkz. Şanlı Atay, s. 69.

¹¹⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Bölüm VII, A.

tutulmaktadır¹¹⁷. Arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sırasında kişinin adli sicil kaydı sorgulanabilir (7315 s. Kanun, m. 4/1, ç). Ancak 7315 sayılı Kanun’da açıkça Adli Sicil Arşiv Kayıtlarından bahsedilmemektedir. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’na göre, ceza infazının tamamlanması, zamanaşımının dolması, genel af gibi hallerde adli sicildeki bilgiler silinerek arşiv kaydına alınmaktadır (m. 9). Adli Sicil Arşiv Kayıtları da 15 veya 30 yıllık sürelerin geçmesiyle silinmektedir (m. 12). Arşiv kayıtlarına ulaşabilecek kişiler ise, adli sicile göre çok daha sınırlı sayıdadır ve arşiv kayıtları Kanun’da özel bir korumaya tabi tutulmuştur¹¹⁸. Kolluk makamları soruşturma ve kovuşturma kapsamında Adalet Bakanlığı’nın onayıyla, bunun dışında, mevzuatın öngördüğü hallerde, Adalet Bakanlığı’nın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde ilgili kişiler hakkında adli sicil ve arşiv kayıtlarında sorgulama yapabilirler (m. 13/2). Bu nedenle arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sırasında Adli Sicil Arşiv Kayıtlarına ulaşılması hukuken mümkün değildir. Zaten kişinin üzerinden 15-30 yıllık bir süre geçtikten sonra bile işlemiş olduğu suçlardan dolayı bir olumsuz muameleye maruz kalması, amacı suçluyu ıslah ederek topluma yeniden kazandırmak olan Türk ceza sistemi ve sosyal hukuk devleti anlayışıyla da bağdaşmamaktadır.

VIII. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Güvencelerin Değerlendirilmesi

7315 sayılı Kanun’un Üçüncü Bölümünde “*Kişisel Verilerin Korunması*” başlığıyla kişisel veri güvenliğine ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerin gerek kanunilik gerekse de temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından yeterli olup olmadığı eleştiriye açıktır. Yukarıda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında ne tür kişisel verilerin araştırılacağı ve kişisel verilerin işlenmesi (elde edilmesi) usulüne ilişkin sorunlar incelenmiş olduğundan aşağıda sadece Kanun’da kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak sağlan güvenceler incelenecektir.

- Kanun’da kişilere kişisel verilerin korunması kapsamında sağlanan

¹¹⁷ Adli sicil ve arşiv kayıtlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Türkaslan: “Adli Sicil Kayıtlarının Hukuki Niteliği ve Silinme Koşulları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014, s. 19 vd.

¹¹⁸ Bunlar kanunun 10’uncu maddesinde, “a) Kullanılış amacı belirtilmek suretiyle, kişinin kendisi veya vekâletnamede açıkça belirtilmiş olmak koşuluyla vekili, b) Bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemeler, c) Yetkili seçim kurulları, d) Özel kanunlarda gösterilen hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşları,” olarak sıralanmıştır.

en önemli güvence, kişilerin kendileri hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında toplanan ve istihbari faaliyete konu olmayan kişisel verileri hakkında bilgilendirilmesi, bunlara erişebilmeleri ve bunların düzeltilmesi veya silinmesini talep edebilmeleridir (m. 8/1). Ama bunun nasıl ve kim tarafından gerçekleştirileceğine ilişkin Kanun'da herhangi bir ayrıntıya yer verilmemiştir. Sadece bu konuda gerekli tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Konuya ilişkin ayrıntıların Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin bu hakların kullanımının kişiye dinlenilme hakkının tanındığı bir itiraz usulü şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasında da milli savunma, milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni ve ekonomik güvenlik ile ilgili istihbarat faaliyetleri kapsamında elde edilen bilgilerin kişiye verilmeyeceği öngörülmüştür (m. 8/3). Bu düzenlemeden şu sonuca ulaşmamız mümkündür: Arşiv araştırmasına ilişkin verilerin kişiyle paylaşılması mümkünken; güvenlik soruşturması sırasında toplanan veriler büyük ölçüde istihbari nitelikte sayılacağından kişilerle paylaşılmayacak ve dolayısıyla da kişiler bunların düzeltilmesini ve silinmesini isteme gibi hakları da kullanamayacaklardır. Zira Kanun'da istihbari faaliyetlere ilişkin verilerin 2 yıl içinde silinme koşuluna tabi olmadığı da düzenlenmiştir (m. 10/2). Bu durumda Kanun'da kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak sağlanan hakların sınırlı bazı verilere ilişkin olduğu sonucuna ulaşmamız mümkündür. Ancak güvenlik soruşturmaları sonucunda atamama kararı verilmesi işlemine karşı idari yargıda dava açılması halinde istihbari faaliyetlere konu verilerin de yargısal denetimi söz konusu olabilecektir.

- Kanun'da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına konu verilerin doğru ve güncel olmasının esas olduğu; bu verilerin amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak kullanılması gerektiği öngörülmüştür (m. 8/2). Bunun yanında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkelerin yer aldığı KVKK'nın 4'üncü maddesine de atıf yapılmıştır. Bu maddeye göre güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kişisel veriler, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma; doğru ve gerektiğinde güncel olma; belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme; işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelerine uygun biçimde işlenecektir.

- Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması işlemlerinin her aşamasının gizli olduğu, bilgi ve belgelerin yasal olarak bilmesi gerekenlerden başkasına verilemeyeceği ya da açıklanamayacağı; bu verilerin amacı dışında işlenip

aktarılamayacağı, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapan birimler ile değerlendirme komisyonunun konuya ilişkin gerekli tedbirleri alacağı kanunda özel olarak düzenlenmiştir (m. 9). Yukarıda belirttiğimiz üzere özellikle de güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapan personelin sahip olduğu kamu kurum ve kuruluşlarının elektronik arşivlerine ulaşarak veri toplayabilme yetkisinin kötüye kullanılması tehlikesi bulunmaktadır (m. 6/2)¹¹⁹. Veri güvenliğine aykırı davranan personelin idari ve cezai yaptırıma tabi tutulması mümkün olsa da; bu noktada en önemli tedbir çıkarılacak yönetmelikte veri güvenliğine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi ve aynı zamanda idare içinde etkili bir denetim mekanizması kurulmasıdır.

- Kanun'a göre, bir istihbari faaliyet kapsamında toplanmamış olması şartıyla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sırasında elde edilen kişisel verileri işleme amacının ortadan kalkması halinde ve her durumda iki yılın sonunda değerlendirme komisyonunca silinir ve yok edilir (m. 10/1). Bu halde kişinin ataması yapıldıktan sonra veri işleme amacı ortadan kalkacağından toplanan verilerin silinmesi gerekir. Ancak kişinin güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması olumsuz sonuçlanmış ve ataması yapılmamışsa atama yapılamama işlemi dava konusu edilebileceğinden bu verilerin, dava sonuçlanana kadar silinmemesi; ama en fazla iki yıl saklanması öngörülmüştür (m. 10/3).

Bu düzenlemeyle ilgili akla şu sorular gelmektedir? Önceki güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması sonucu olumsuz olan ve ataması yapılmayan bir kişi hakkında, iki yıl içinde başka bir kurum veya görev kapsamında güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması yapıldığında saklanan bu veriler tekrar kullanılabilirler midir? Kurumlar kendi aralarında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonuçlarını veya bu kapsamda toplanan verileri birbirine aktarabilirler mi? Her ne kadar Kanun'da "*ilgili bilgi ve belgeler yasal olarak bilmesi gerekenden başkasına verilmesi ve açıklanmaz*" hükmü bulunsa da aynı kişi hakkında henüz iki yıl geçmeden güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak kurumlar "*yasal olarak bilmesi gereken*" olarak sayılabilir mi? Kanımızca özellikle de olumsuz sonuçlanan güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması sonuçları ve raporları

¹¹⁹ İlgili maddede görevli personelin bu bilgisayar kayıtları üzerinde hukuka aykırı olarak kişisel verilere ilişkin sorgulama yapması, log kayıtlarında değişiklik yapması veya bunları silmesi; bu verileri üçüncü kişilerle paylaşılmasının yasak olduğu ve konuya ilişkin gerekli tedbirlerin ilgili birimlerce alınacağı düzenlenmiştir (m. 6/3). Ancak bu tedbirlerin içeriği belirsizdir. Ayrıca bkz. Bölüm VII.

her kurumun bünyesinde gizli kalmalı ve en kısa sürede imha edilmelidir.

- Son olarak, Kanun'un 11. maddesinde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında görevli olan kişiler tarafından kabahat veya suç işlenmesi halinde KVKK'nın 17 ve 18'inci maddelerinin uygulanması öngörülmüştür.

SONUÇ

Kamu hizmetine girişte ve yeniden atamalarda gerçekleştirilen arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmaları, kamu hizmetine girme hakkı ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı başta olmak üzere Anayasa'da korunana birçok temel hak ve özgürlükle yakından ilgili bir idari usuldür. Her ne kadar başka ülkelerde de bu usule başvuruluyor olsa da ülkemizde, bir güvenlik politikası olarak arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yapılacak kişilerin kapsamının oldukça genişletilmiş olduğunu görmekteyiz.

7315 sayılı Kanun, AYM kararında belirtilen, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin esas ve usulleri düzenlemiş olmakla beraber, halen idareye geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Zaten Kanun'da da çeşitli hususlara ilişkin ayrıntıların yönetmelikle düzenlenmesini öngörülmüştür. AİHM ve AYM, kararlarında, güvenlik soruşturmasında idarenin takdir yetkisinin nispeten geniş yorumlanabileceğini belirtmekle beraber kuralların açık, belirli ve keyfiligi önleyecek nitelikte olmaması gerektiğini de vurgulamaktadır. Bu nedenle Kanun'da bazı hususların çerçevesinin daha net bir şekilde çizilmesi ve idarenin takdir yetkisinin alt normlarla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

Bu çalışmada kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

- 7315 sayılı Kanun güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında ulaşılabilecek verileri istihbari faaliyetler sonucu elde edilenler ve istihbari faaliyetlere konu olmayan kişisel veriler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması KVKK'nın uygulanmayacağı faaliyetler arasında kabul edilmekle beraber 7315 sayılı Kanun kişisel verilerin korunması açısından bu veriler hakkında bilgi edinilmesi, bu verilerin düzeltilmesinin veya silinmesinin talep edilmesi gibi hakların tanınmasını öngörmüştür. Ancak bu haklar istihbari faaliyet sonucu elde edilen veriler açısından tanınmamıştır. Bu nedenle aslında Kanun'daki veri korunmasına ilişkin usuli güvencelerin çok daha sınırlı bir şekilde

özellikle de arşiv araştırmalarında geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

- Önceki düzenlemelere kıyasla 7315 sayılı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması usullerini daha yalın, sistematik ve açık bir şekilde düzenlemiş olmakla beraber uygulama açısından önceki dönemle paralellik içindedir. Genel olarak uygulamaların kapsam ve usulü dikkate alındığında kamu görevlilerinin devlete sadakatle bağlılığı ilkesi liyakat ilkesinin; güvenlik kaygısı özgürlüğün önüne geçmiştir. Özellikle kamu hizmetine girme hakkı ve hizmete alınmada görevin gereklerinden başkasının aranmayacağı ilkesi açısından güvenlik soruştırmaları halen tartışmalı bir usuldür.

- Kanun'da arşiv araştırması objektif bir usul olarak öngörölmüş olsa da Kanun'un kesinleşmiş mahkeme kararları dışında HAGB ve hükmün ertelenmesi kararları ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuştırmalar kapsamındaki olgulara ulaşabilmesi ve bunların değerlendirmeye alınması önemli bir belirsizlik oluştırmaktadır. Bu düzenleme gereği fiil veya suçlar arasında bir ayırım yapılmaksızın, kişi hakkında yapılan her türlü ihbar ve şikâyet kişinin hukuki durumunu olumsuz etkileyebilecektir.

- Yine kamu görevlisi hakkında yeniden her atanmasında arşiv araştırması yapılmasının gerekliliği sorgulanmalıdır. Zira kişi zaten belli bir süre kamu hizmetinde bulunduğundan bu kişinin kamu görevini sadakatle yerine getirip getirmediği yetkili amirleri tarafından tespit edilebilir.

- Güvenlik soruşturması kapsamında araştırılacak hususlar “*olgusal veriler*”, “*denetime elverişli yöntemler*” gibi ifadelerle sınırlandırılmış olsa da halen soruştırmayı yapan kamu görevlisinin sübjektif yorumlarına açıktır. Zira bu kamu görevlisinin siyasal eğilimi, ahlaki yapısı ve kişilik özellikleri alınan bilginin kapsam ve içeriği ile alınan bilgilerden hangilerinin değerlendirme komisyonuna sunulacağına belirlenmesinde önemli rol oynayacaktır. Kişi hakkında çeşitli verilerin birleştirilerek profil oluşturulması ve dönemin siyasi konjonktürüne göre kişinin “*sakıncalı*” sayılması mümkündür. Özellikle de kişinin terör örgütleriyle irtibat ve iltisak içinde olup olmadığının nasıl tespit edileceği belirsiz ve keyfi yorumlara açıktır.

- Güvenlik soruşturması yapan makamların diğer idarelerdeki her türlü bilgi ve belgeye ile mahkeme kararlarına ve ceza soruşturması veya kovuşturmasına konu olgulara ulaşabilmesine ilişkin 6'ncı madde de çeşitli sorunlar içermektedir. Bunlardan ilki özel kanunlarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel düzenlemelerin varlığı halinde güvenlik soruşturması

yapan makamın bu verilere ulaşma yetkisine ilişkindir. Bu halde normlar çatışması kurallarına bakmak gerekmektedir. Her ne kadar kanun koyucunun iradesi bu yönde olmasa da 7315 sayılı Kanun'da özel olarak atıf yapılmadığı sürece özel kanunlarda yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerin geçerliliğini koruyacağını kabul edilmesi özgürlüklerden yana bir yorum olacaktır. Çalışmamızda bu durum çeşitli örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır.

- Kişi hakkındaki HAGB kararları ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturmalar ve kovuşturmalar kapsamındaki olgulara ulaşılarak bunların hem güvenlik soruşturmalarında hem de arşiv araştırmalarında kullanılması Kanun'daki diğer sorunlu hususlardan biridir. Bu durum suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturacak uygulamalara ve kişinin lekelenmeme hakkının ihlal edilmesine yol açabilecektir. Bu konuda en azından suçlar ya da fiiller arasında bir ayırım yapmak gereklidir. Çalışmamızda konuya ilişkin AİHM ve AYM kararlarına da yer verilmiştir.

- Son olarak Kanun'daki kişisel verilerin korunmasına ilişkin güvencelerin gerçek bir veri koruma sağlamak açısından yeterli açıklık ve ayrıntıda olmadığına; bu hususların en azından ilgili Yönetmelikte daha ayrıntılı bir şekilde incelemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

Akgül A, Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta, 2014.

Akıncı F, "Lekelenmeme Hakkı", TAAD, Y. 11, S. 3, 2020, s. 177-202.

Aksoy M, "Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın Mit Raporlarındaki Korkunç Yanlış ve Yalanlar Işığında Değerlendirilmesi", Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988, s. 61-165.

Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, Türk İdare Hukuku, Savaş, 2019.

Akyılmaz B, "Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Devlete Sadakat Yükümlülüğü", Danıştay ve İdari yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl, Danıştay Yayınları, 2019.

- Arslan Z, “11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı İnsan Hakları ve Demokratik Kolluk”, Polis Bilimleri Dergisi, C. 8, S. 2, s. 121-136.
- Atay E E, İdare Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2018.
- BVerfG, “Verfassungsrechtliche Überprüfung des Volkszählungsgesetzes 1983”, NJW, 1984, s. 419-429.
- Can M Ç / Kaşak F E, Ticarî Borçlara Kefalet Hâlinde Ticarî İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, 266-277.
- Coşkun V, “Güvenliği Özgürlükte Aramak”, DÜHFD, 2004, C. 8-9, S. 8-11, s. 1-10.
- Dülger M V, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, S. 3, C. 2, 2016, s. 101-167.
- Dülger M V, “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2018, s. 71-143.
- Erdoğan M, “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Siyaset Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, C. 2, 2013, s. 21-29.
- Erman B, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, YÜHFD, C. 9, S. 2, 2012, s. 456-459.
- Evren Ç C / Uçar İ, Kamu Görevlileri Hukuku, Seçkin, 2019.
- Freude A C H / Freude T, “Echoes of History: Understanding German Data Protection”, Newpolitik, <https://www.bfna.org/research/echos-of-history-understanding-german-data-protection/> (5.5.2020)
- Gözler K, Hukuka Giriş, Ekin Basım, Genişletilmiş 14. Baskı, 2017.
- Güneş M, “Kamu Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kamu Güvenliği Gereğesinin Hukukiliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 435-457.

- Kahraman M / Şahin M, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Güvenlik Soruşturması ve Özel Hayata Saygı Hakkı”, ERÜHFD, C. 15, S. 2, s. 415-449.
- Karahanogulları O, “Güvenlik Soruşturması”, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1-4, s. 159-185.
- Kaya C, “AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü”, Danıştay ve İdari yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl, Danıştay yayınları, 2019.
- Kılınç D, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, AÜHFD, 2012, C. 61, S. 3, 1089-1169.
- Kılınç D, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2019, s. 3-39.
- Kızılırmak B, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Adli ve Önleyici Amaçla Öngörülen İstisnaların Ulusal ve Uluslararası Hukuka Göre Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2019, s. 225-261.
- Kurnaz I, “Suçunuz Yok Ama Cezanız Var: Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yasa Teklifi”, Birikim Dergisi, 3 Temmuz 2020, <https://birikimdergisi.com/guncel/10186/sucunuz-yok-ama-cezaniz-var-guvenlik-sorusturmasi-ve-arsiv-arastirmasi-yasa-teklifi> (10.10.2020)
- Küzeci E, Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2018.
- Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, KVKK YAYINLARI, Mart 2019, Ankara. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu> (5.4.2020).
- Metin Günday ile Söyleşi, “Yavuz Oğhan’dan Bidebunu izle”, <https://www.youtube.com/watch?v=WbBHgcLp6to&feature=youtu.be&t=528>
- Özen M / Köksal A, “Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı”, AÜHFD, C. 68, S. 1, 2019, 261-286.
- Polis Akademisi, “Yeni Nesil Terör: FETÖ’nün Analizi”, FETÖ Çalıştay

- Raporu, 2017, <https://www.pa.edu.tr/Upload/editor/files/1-YENİ%20NESİL%20TERÖR-FETONUN%20ANALIZI.pdf> (18.03.2020).
- Rodota S, “Data Protection as a Fundamental Right”, Reinventing Data Protection, (Ed. Serge Gutwirth), Springer, 2009, s. 77-82.
- Salihpaşaoğlu Y/Değirmencioglu B, “Unutulma Hakkının Bir ‘İnsan Hakkı’na Dönüşme Yolculuğu”, AHBVÜ HFD, C. 24, S. 2, 2020, s. 361-388.
- Sezer Y, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin, 2006.
- Sokullu Akıncı F, “Özgürlük ve Güvenlik”, İÜHM, C. 69, S. 1-2, s. 105-110.
- Svenonius O / Björklund F / Waszkiewicz P, “Surveillance, Lustration And The Open Society: Poland And Eastern Europe”, Histories of State Surveillance in Europe and Beyond, (Ed. Kees Boersma ve diğerleri), Routledge, s. 96-117.
- Şanlı Atay Y, “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 34, 2016, s. 43-75.
- Şen E, “Örgütle İltisak ve İrtibata Dayalı İdari Tedbirler”, Yorumluyorum-IXV, Seçkin, 2016, s. 455-458.
- Türkaslan S, “Adli Sicil Kayıtlarının Hukuki Niteliği ve Silinme Koşulları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 4, 2014, s. 19-46.
- Üçüncü H S, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha, 2019.
- Üzülmez İ, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, TBB Dergisi, S. 58, 2005.
- Yılmaz B A, “Siber Terörizm ve Değişen İstihbarat Anlayışı”, Anadolu Strateji Dergisi, C. 1, S. 1, s. 65-81.

YARI PARLAMENTER SİSTEM AYRI BİR HÜKÜMET SİSTEMİ MODELİ OLABİLİR Mİ?

İsmail YAZICIOĞLU*

ÖZ

Bu çalışmada Steffen Ganghof tarafından ortaya atılan yarı parlamenter sistem incelenmekte ve yarı parlamenter sistemin ayrı bir hükümet sistemi modeli olup olmadığı sorusuna cevap aranmaktadır. Ganghof'un yarı parlamenter sistemi, yarı başkanlık sisteminden esinlenerek ancak bu sistemin tersi bir mantıkla oluşturduğu görülmektedir. Yarı başkanlık sisteminde, ikili yapıya sahip olan yürütme organının yalnızca bir bölümü (hükümet), görevine devam edebilmek bakımından yasama organının güvenine bağlıdır. Yarı parlamenter sistemde ise yasama organının iki bölüme sahip olması gerekmekte ve yürütme organının (hükümetin) görevine devam edebilmesi, yasama organının yalnızca bir bölümünün güvenine bağlı olmaktadır. Ganghof yarı parlamenter sistemi, yasama organının iki bölümlü olması üzerine kurmakta ve sistemin tanımlayıcı unsurlarını ortaya koyarak, ideal bir yarı parlamenter sistem tasarlamaktadır. Bu unsurlar incelendiğinde, yarı parlamenter sistemin ayrı bir hükümet sistemi modeli olmadığı, parlamenter sistem kapsamında ve parlamenter sistemin alt bir türü olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yarı parlamenter sistem, Steffen Ganghof, hükümet sistemleri, iki meclislik, üst meclis.

CAN THE SEMI-PARLIAMENTARY SYSTEM BE A SEPARATE MODEL OF GOVERNMENT SYSTEM?

ABSTRACT

In this paper, the semi-parliamentary system put forward by Steffen Ganghof is examined and an answer is sought to the question of whether the semi-parliamentary system is a separate model of government system. It is seen that Ganghof's semi-parliamentary system is inspired by the semi-presidential system, but with the opposite logic of this system. In the semi-presidential system, only a part of the executive (government), which has a dual structure, depends on the legislature's trust in order to continue its office. In the semi-parliamentary system, the legislature must have

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** i.yazicioglu@hotmail.com

ORCID : 0000-0003-0937-4941

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933624

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 20/11/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/04/2021

two parts and the executive (government) can continue to function, depending on the trust of only one part of the legislature. Ganghof bases the semi-parliamentary system on the two-part legislative body and designs an ideal semi-parliamentary system by revealing the defining elements of the system. When these elements are examined, it is concluded that the semi-parliamentary system is not a separate government system model, but should be considered within the extent of the parliamentary system and as a subtype of the parliamentary system.

Keywords: *Semi-parliamentary system, Steffen Ganghof, government systems, bicameralism, upper house.*

GİRİŞ

Hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasında yasama ile yürütme organı arasındaki ilişkiler esas alınmakta, iki organ arasındaki ilişkilerin nasıl kurulduğu ise bazı kriterlere göre belirlenmektedir. Bu kriterlerle ilgili doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak hükümet sistemleri sınıflandırılırken, yasama ile yürütme organı arasındaki ilişkilerin genellikle yürütme organının kaynağı yani nasıl seçildiği (*origin*) ve göreve nasıl devam ettiği (*survival*) kriterlerine göre belirlendiği görülmektedir¹. Bu kriterler, yalnızca yürütme organıyla ilgili gibi görünse de yasama organı dikkate alınarak açıklanmaktadır. Diğer bir deyişle, yürütme organının oluşumunda ve görevini devam ettirmesinde, yasama organı ile bir bağlantı kurulup kurulmamasına göre iki organ arasındaki ilişkiler biçimlenmektedir. Bunun sonucunda saf (*pure*) haliyle düşünüldüğünde bir tarafta parlamenter, diğer tarafta başkanlık sisteminin yer aldığı iki zıt kutup ortaya çıkmaktadır². Saf bir

¹ Matthew Soberg Shugart/ John M. Carey, *Presidents and Assemblies; Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992, s. 19 vd.; Robert Elgie, “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, 1998, 33(2), *European Journal of Political Research*, s. 221; David J. Samuels/ Matthew S. Shugart, *Presidents, Parties, and Prime Ministers; How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*, Cambridge University Press, 2010, s. 26-27; Arend Lijphart, “Introduction”, in Arend Lijphart (Ed.), *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford University Press, 1992, s. 5-6.

² Hükümet sistemlerini parlamenter sistem ve başkanlık sistemi şeklinde ikili bir ayrıma giderek sınıflandıran yazarlar da bulunmaktadır. Bununla ilgili bkz. Fred W. Riggs, “The Survival of Presidentialism in America: Paraconstitutional Practice”, 1988, 9(4), *International Political Science Review*, s. 252.

parlamenter sistemde yürütme organı, yasama organına bağımlıyken; saf bir başkanlık sisteminde yasama organından ayrılmaktadır³.

Hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasında doğrudan yürütme organını ilgilendiren bazı kriterler de kullanılabilir. Bu anlamda yapılan sınıflandırmalarda yürütme organının yetkilerine⁴ ve yapısına⁵ yani yürütme organının tekli (*single*) veya ikili (*dual*) olmasına yer verilebilmektedir. Bu kriterler daha çok, saf hükümet sistemi modelleri ile saf olmayan, karma özellik gösteren hükümet sistemi modellerinin birbirlerinden ayrılmasında önem taşımaktadır. Örneğin, karma bir hükümet sistemi modeli olan yarı başkanlık sisteminde yürütme organı ikili yapıya sahiptir. Yürütmenin bir tarafında yer alan hükümet, yasama organı çoğunluğuna bağımlıyken; diğer tarafında yer alan devlet başkanı halk tarafından seçilmektedir. Ayrıca devlet başkanının önemli yetkilere sahip olması gerekmektedir⁶.

Bu çalışmanın konusunu ise Steffen Ganghof tarafından ortaya atılan ve yarı başkanlık sistemi gibi karma bir hükümet sistemi modeli olduğu ifade edilen yarı parlamenter sistem oluşturmaktadır. Ganghof'a göre, yasama organı eşit meşruluğa sahip iki bölüme ayrılıyor ve bu bölümlerden biri başbakan ve hükümetin görevine güvensizlik oyuyla son verebiliyorsa ayrı bir hükümet sistemi modelinden bahsedilir⁷. Yarı parlamenter şeklinde adlandırılan bu hükümet sistemi modelinin günümüzde Avustralya ve Japonya'da uygulandığı Ganghof tarafından belirtilmektedir⁸. Yarı parlamenter sistem, yasama organı esas alarak tasarlanması bakımından dikkat çekmektedir. Zira yarı parlamenter sistemde, yasama ile yürütme organı arasındaki ilişkiler, yasama organının ikili yapıya (iki bölüme) sahip olması ve güvensizlik oyu verme yetkisinin yasama organının yalnızca bir bölümüne tanınması üzerine kuruludur. Bu çalışmada, hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasında çok yaygın olmayan bu yaklaşım üzerine kurulmuş yarı parlamenter sistem, diğer hükümet sistemi

³ Samuels/ Shugart, s. 27.

⁴ Elgie, s. 221.

⁵ Lijphart, s.6.

⁶ Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", 1980, 8(2), European Journal of Political Research, s. 166.

⁷ Steffen Ganghof, "A New Political System Model: Semi-Parliamentary Government", 2018, 57(2), European Journal of Political Research, s. 261.

⁸ Ganghof çalışmasında, federal bir yapıya sahip Avustralya'nın New South Wales, Victoria, Tasmania, South Australia ve Western Australia eyaletlerinin de yarı parlamenter sistemin özelliklerini taşıdığını kabul etmektedir. Bkz. Ganghof, s. 261, 265 vd.

modelleriyle karşılaştırılarak açıklanmakta ve yarı parlamenter sistemin ayrı bir hükümet sistemi modeli olup olmadığı sorusuna cevap aranmaktadır.

1. YARI PARLAMENTER KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI VE GANGHOF'TAN ÖNCE DOKTRİNDEKİ YERİ

Yarı parlamenter (*semi-parliamentary*) ifadesi, kavramsal açıdan ilk bakışta yarı başkanlık (*semi-presidential*) ifadesini çağrıştırmaktadır. Zira “yarı” (*semi*) kelimesinin, başkanlık sistemi- parlamenter sistem ikiliğinde, yarı başkanlık şeklinde kurumsallaşarak ayrı bir hükümet sistemi modeli oluşturması daha önce gerçekleşmiştir. Yarı başkanlık sistemini kurumsallaştıran Duverger, bu sistemin başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasında olduğunu ifade etmektedir⁹. Dolayısıyla Duverger’e göre “yarı” kelimesi “arada”, “ortada” anlamını vermektedir. Bu duruma karşı çıkan Lijphart, yarı başkanlık sisteminin parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasında orta bir kategori olmadığını belirtmektedir. Lijphart’a göre yarı başkanlık sisteminde, devlet başkanının yasama organının çoğunluğuna hakim olup olmamasına göre başkanlık sistemi ve parlamenter sistem şeklinde değişimli bir görüntü ortaya çıkmaktadır¹⁰. Uluşahin ise Duverger’in görüşlerini değerlendirerek, yarı başkanlık sisteminin zaman içinde Duverger’in zihninde başkanlık sistemine daha da yaklaştığını tespit etmektedir¹¹.

Yarı başkanlık sisteminin ayrı bir hükümet sistemi modeli oluşturması bir kenara bırakıldığında, bu görüşlerden hareketle yarı parlamenter kavramının ortaya çıkışı ile ilgili de bazı değerlendirmeler yapılabilir. Acaba yarı parlamenter kavramı da iki hükümet sistemi modelinin arasını veya ortasını belirtmek için mi kullanılmaktadır? Yarı parlamenter kavramı değişken bir hükümet sistemi modelini ifade etmek için mi tercih edilmiştir? Ya da yarı parlamenter kavramı ile parlamenter sisteme olan yakınlığa mı dikkat çekilmektedir?

Bu gibi sorulara yanıt verebilmek için yarı parlamenter kavramının doktrinde nasıl kullanıldığına değinmek gerekmektedir. Çalışmamızın konusu Ganghof tarafından ortaya konan yarı parlamenter sistem olmakla birlikte, yarı parlamenter kavramının Ganghof’tan önce de doktrinde kullanıldığı

⁹ Duverger, s. 165.

¹⁰ Lijphart, s. 8.

¹¹ Nur Uluşahin, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları*, 2007, s. 34-36. Yarı başkanlık kavramıyla ilgili görüşler için bkz. Aynı eser s. 42-49.

görülmektedir¹².

Duverger, İsrail'in 1996-2003 yılları arasında uyguladığı sistemin yarı parlamenter sistem olduğunu ifade etmiştir¹³. Duverger'in böyle bir değerlendirme yapmasında, bahsi geçen dönemde İsrail'de uygulanan hükümet sisteminin kendine özgü niteliğe sahip olması ve yerleşik hükümet sistemi modelleriyle açıklanamaması etkili olmuştur. Gerçekten de İsrail'in kısa süreliğine uyguladığı hükümet sisteminde yürütme organı ikili yapıya sahiptir. Bir tarafta Cumhurbaşkanı, diğer tarafta ise Başbakan ve Hükümet bulunmaktadır. Yasama organı (*Knesset*) tarafından seçilen Cumhurbaşkanı sembolik bir konumdadır. Başbakan ise iki turlu bir seçim ile doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Başbakan ile yasama organının seçimleri birlikte yapılmaktadır. Hükümet, görevine devam edebilmek bakımından yasama organının güvenine tabidir. Diğer bir deyişle, yasama organı güvensizlik oyu ile hükümeti düşürebilmektedir. Başbakana da Cumhurbaşkanı'nın onayı ile erken seçim kararı olarak yasama organının görevine son verebilme yetkisi tanınmıştır. Her iki durumda Başbakan ve yasama organı birbirlerinin görevlerine son verirken, aynı zamanda kendi görevlerine de son vermekte ve yeni seçimler birlikte yapılmaktadır¹⁴.

Fabbrini, 1993 yılında Seçim Kanununda yapılan değişikliklerin İtalya'yı yarı parlamenter sistem haline getirdiğini ifade etmiştir. Bu değişiklikler, yukarıda bahsi geçen İsrail sistemine benzemekle birlikte, ondan farklı olarak yerel yönetimleri esas almaktadır. Değişikliğe göre, İtalya'da belediye başkanları ile belediye meclisleri doğrudan halk tarafından ve birlikte yapılan seçimlerle seçilmektedir. Belediye meclisinin, belediye başkanını güvensizlik oyu ile görevden alma yetkisi bulunmaktadır ancak bu durumda belediye başkanı ve belediye meclisinin yeniden seçilmesi gerekmektedir¹⁵.

Bir başka yazar Linz'in yarı parlamenter kavramını kullanma biçimi, yarı başkanlık kavramını karşılayacak biçimdedir. Linz her iki kavramı birbirleri yerine kullanarak, devlet başkanının halk tarafından seçildiği ve başbakanın

¹² Ganghof, s. 277, dn. 1.

¹³ Maurice Duverger, "Reflections: The Political System of the European Union", 1997, 31(1), *European Journal of Political Research*, s. 137.

¹⁴ İsrail'in uyguladığı sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdal Onar, İsrail'in Kendine Özgü Bir Hükümet Sisteminden Eskisine Geri Dönüşü, 72 *Tasarım*, 2003, s. 39-43.

¹⁵ Sergio Fabbrini, "Features and Implications of Semi-Parliamentarism: The Direct Election of Italian Mayors", 2001, 6(2), *South European Society and Politics*, s. 47-70.

parlamentonun güvenoyuna tabi olduğu sistemleri yarı parlamenter veya yarı başkanlık olarak ifade etmektedir¹⁶.

Nihayet Sartori ise yarı parlamenter kavramını, parlamenter sistemin işleyişiyle bağlantı kurarak kullanmaktadır. Yazara göre, yasama ve yürütme organları arasındaki ayırmda parlamentonun egemen konumda olması halinde parlamenter sistemin iyi işlemesi zorlaşır. Parlamenter sistem, yarı parlamenter bir biçim aldığıında, yani başbakan parlamentoya hakim olduğunda daha iyi işleyebilir¹⁷.

Görüldüğü üzere, Ganghof'tan önce yarı parlamenter kavramı doktrinde farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmış, ancak ayrı bir sistem şeklinde unsurları tespit edilmemiştir. Dolayısıyla, yarı parlamenter kavramının bu dönemki kullanılış biçimine dayanarak diğer hükümet sistemi modellerine göre konumunu belirlemek mümkün görünmemektedir. Yukarıda yarı başkanlık kavramından hareketle, yarı parlamenter kavramının kullanılış biçimi hakkında ortaya çıkan sorular da Ganghof'un ortaya attığı yarı parlamenter sistem bakımından anlam kazanmaktadır.

2. GANGHOF'A GÖRE YARI PARLAMENTER KAVRAMI VE YARI PARLAMENTER SİSTEMİN TANIMLAYICI UNSURLARI

Ganghof'un kurumsallaştırdığı hükümet sistemi modeli için yarı parlamenter kavramını kullanması belli bir zaman içinde gerçekleşmiştir. İlk olarak 2012 yılında yayınladığı çalışmasında Ganghof, bazı koşulların varlığı halinde iki meclisli yasama organlarının ayrı bir hükümet sistemi modeli oluşturduğunu belirtmiştir. Sonraları yarı parlamenter olarak nitelendireceği bu hükümet sistemi modelinin özelliklerini açıklayan Ganghof, Avustralya ve Japonya'nın parlamenter sisteme sahip olmadığını ileri sürmüştür¹⁸.

Ganghof'un ortaya koyduğu hükümet sistemi modelini yarı parlamenter olarak nitelendirmesi ise 2017 yılında yayınladığı çalışmasıyla gerçekleşmiştir. Ganghof bu çalışmada, yarı parlamenter sistemi yeni bir hükümet sistemi

¹⁶ Juan J. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?" in Juan J. Linz/ Arturo Valenzuela (Eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, The Johns Hopkins University Press, 1994, s. 48.

¹⁷ Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği; Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Ergun Özbudun (Çev.), Yetkin Yayınları, 1997, s. 147, 179.

¹⁸ Steffen Ganghof, "Bicameralism As a Form of Government (Or: Why Australia and Japan Do Not Have a Parliamentary System)", 2014, 67(3), *Parliamentary Affairs*, s. 647-663.

modeli olarak sunmuştur. Aynı zamanda yarı parlamenter sistemin özelliklerini etraflıca açıklayarak Avustralya ve Japonya'nın bu sisteme sahip olduğunu ifade etmiştir¹⁹. Bu çalışmayı, Ganghof'un birkaç arkadaşıyla yaptığı ve Avustralya iki meclisliliğini yarı parlamenter olarak inceleyen başka bir çalışma izlemiştir²⁰.

Bahsi geçen çalışmalar göz önünde bulundurulduğunda, Ganghof'un yarı parlamenter kavramını, yarı başkanlık kavramından hareketle kullandığı görülmektedir. Ganghof'a göre yarı parlamenter sistem, yarı başkanlık sisteminin aynadaki görüntüsüdür²¹. Yarı başkanlık sisteminde yürütme, eşit derecede meşru iki bölüme ayrılmakta ve bu bölümlerden biri (başbakan) yasama organının güvenine bağlı olmaktadır. Yarı parlamenter sistemde ise yasama organı eşit derecede meşru iki bölüme ayrılmakta ve bu bölümlerden biri başbakana güvensizlik oyu verebilmektedir²².

Yasama organının bölümlerinden, iki meclisli yasama organlarında (*bicameralism*) üst meclis (*upper house*) ile alt meclis (*lower house*) anlaşılmaktadır. Alt meclis, doğrudan halk tarafından seçilerek oluşmaktadır. Ganghof, yarı parlamenter sistemi ortaya atarken ise hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasında üst meclislerin genellikle ihmal edildiğini, doğrudan halk tarafından seçilen bir üst meclisin, alt meclis kadar meşru olduğunu ve bu durumu ayrıca incelemeye değer bulunduğunu ifade etmektedir²³.

Şu halde yarı parlamenter sistemin, yasama organının doğrudan halk tarafından seçilen iki bölümden oluşması esas alınarak, yarı başkanlık sisteminin tersi bir mantıkla kurgulandığı anlaşılmaktadır. Yasama organının doğrudan halk tarafından seçilen iki bölümden oluşması, yarı parlamenter sistemi karakterize eden temel unsurdur ancak tek başına yeterli değildir. Ganghof'a göre, bir hükümet sistemi modelinin yarı parlamenter olarak nitelendirilebilmesi için üç unsura birden sahip olması gerekir. Bu unsurlar şu şekildedir:

¹⁹ Ganghof, "A New Political System Model", s. 261-281.

²⁰ Steffen Ganghof/ Sebastian Eppner/ Alexander Pörschke, "Australian Bicameralism as Semi-Parliamentarism: Patterns of Majority Formation in 29 Democracies", 2018, 53(2), Australian Journal of Political Science, s. 211-233.

²¹ Aynadaki görüntü ifadesi ile bir görüntünün aynada ters yansımaya sahip olması anlatılmak istenmektedir.

²² Ganghof, "A New Political System Model", s. 261.

²³ Ganghof, "A New Political System Model", s. 263.

1. Yürütmenin başının veya devlet başkanının halk tarafından seçilmemesi,
2. Yasama organının doğrudan halk tarafından seçilen iki bölümden oluşması,
3. Yürütme organının (hükümetin) görevine devam edebilmesinin, yasama organının bir bölümünün güvenine bağlanması, yasama organının diğer bölümünün ise bu konuda yetkisinin bulunmaması²⁴.

Bahsi geçen unsurları Ganghof'un görüşleri doğrultusunda ayrı ayrı ele alalım.

2.1 Yürütmenin Başının veya Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçilmemesi

Ganghof'un ortaya koyduğu yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurları arasında yürütme organının yapısı, yani yürütme organının tekli veya ikili olması ile ilgili bir ifadeye yer verilmemektedir. Ancak ilerleyen kısımda üzerinde durulacağı üzere, yarı parlamenter sistemin üçüncü tanımlayıcı unsurunda hükümetin görevine devam edebilmesi, yasama organının güvenine bağlanmaktadır. Devlet başkanının yanında güvenoyu mekanizması ile görevine son verilen bir hükümetin bulunduğu belirtilmesi yarı parlamenter sistemde yürütme organının ikili yapıya sahip olduğunu göstermektedir.

İkili yürütme yapısı içinde devlet başkanının konumunun düzenlenme biçimi, ortaya konan hükümet sisteminin anlaşılması bakımından önemlidir. Zira hükümet sistemi türlerine ilişkin sınıflandırmalarda devlet başkanının seçimi, anayasal yetkileri gibi onun konumunu belirleyen unsurlara yer verilmektedir. Ganghof da yarı parlamenter sistemi tanımlarken ilk olarak, bu sistemde devlet başkanının halk tarafından seçilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Devlet başkanının halk tarafından seçilmemesinin ne anlama geldiğini açıklayabilmek için halk tarafından seçilmenin anlamını ve kapsamını ortaya koymak gerekmektedir.

Devlet başkanının halk tarafından seçilmesinde (*popular election*) kullanılan en yaygın yöntem doğrudan (*direct*) seçimlerdir. Bu yöntemde, devlet başkanı belli süreliğine arada herhangi bir seçiciler kurulu olmaksızın

²⁴ Ganghof, "A New Political System Model", s. 264.

doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Yapılan seçimler, bir ya da birden fazla türlü olabilmektedir. Devlet başkanının halk tarafından seçilmesinde kullanılan diğer bir yöntem ise bir seçiciler kurulu aracılığıyla seçimlerin gerçekleştirilmesidir. Bu yöntemde halk öncelikle bir seçiciler kurulu seçmekte ve bu seçiciler kurulu da devlet başkanını seçmektedir. Bu yöntemin uygulandığı en bilinen örnek olan Amerika’da halkın seçtiği seçiciler kurulu, devlet başkanını seçerken halkın tercihleriyle bağlıdır ve kendi tercihleri doğrultusunda hareket edememektedir²⁵. Diğer yandan, halkın seçmiş olduğu seçiciler kuruluna, devlet başkanını seçerken kendi tercihleri doğrultusunda hareket edebilme imkânı da tanınabilmektedir. 1919 tarihli önceki Anayasasında, 1991 yılında yapılan değişikliğe kadar Finlandiya’da devlet başkanı bu şekilde seçilmiştir²⁶. Bu durumda da devlet başkanının halk tarafından seçildiğini kabul etmek gerekmektedir²⁷. Zira devlet başkanını seçen kurul, sırf bu amaçla ve halk tarafından seçilerek oluşturulmaktadır²⁸.

Devlet başkanının halk tarafından seçilmesi, doğrudan yapılan seçimler ile halkın seçtiği seçiciler kurulu aracılığıyla yapılan seçimleri ifade ettiğine göre, Ganghof’un ortaya koyduğu yarı parlamenter sistemde bahsi geçen iki yöntemle devlet başkanının seçilmemesi gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla, devlet başkanının diğer seçilme yöntemleri yarı parlamenter sistemde söz konusu olabilir. Yani monarşinin uygulandığı yarı parlamenter bir sistemde devlet başkanının seçilmesi veraset yoluyla gerçekleştirilebilir. Esasen bu durumda, gerçek bir seçim faaliyetinden ziyade devlet başkanının veraset kurallarına göre belirlenmesi söz konusudur. Bunun dışında yarı parlamenter

²⁵ Robert Elgie, “The President of Ireland in Comparative Perspective”, 2012, 27(4), Irish Political Studies, s. 503; Sartori, s. 115.

²⁶ Elgie, “The President of Ireland in Comparative Perspective”, s. 503; Arend Lijphart, Patterns of Democracy; Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, Second Edition, Yale University Press, 2012, s. 111.

Ayrıca bkz. 1919 Finlandiya Anayasası m.23.

²⁷ Bununla birlikte, halk tarafından seçilen bir seçiciler kurulu aracılığıyla devlet başkanının seçilmesi yönteminin doktrinde farklı şekillerde nitelendirildiği görülmektedir. Elgie’ye göre, bu durumda devlet başkanı doğrudan benzeri (*direct-like*) bir seçimle seçilmektedir. Bkz. Elgie, “The President of Ireland in Comparative Perspective”, s. 503. Shugart ve Carey ise devlet başkanının bu yöntemde dolaylı olarak halk tarafından seçildiğini ifade etmektedir. Bkz. Shugart/ Carey, s. 20, dn. 4. Sartori, konuyu daha ayrıntılı ele alarak ikili bir ayrıma gitmektedir. Yazara göre, seçiciler kurulu devlet başkanını seçerken Amerika örneğinde olduğu gibi kendi tercihleri doğrultusunda hareket edemiyorsa doğrudan benzeri bir seçim; Finlandiya örneğinde olduğu gibi kendi tercihleri doğrultusunda hareket edebiliyorsa dolaylı olarak halk tarafından seçim söz konusu olmaktadır. Bkz. Sartori, s. 115, 175.

²⁸ Shugart/ Carey, s. 20, dn. 4.

sistemde devlet başkanı yasama organı tarafından seçilebilir. Ayrıca yasama organı üyeleri ile yerel makamların temsilcilerinden oluşan bir kurul da yarı parlamenter sistemde devlet başkanını seçebilir²⁹. Bu son durumda devlet başkanı bir kurul tarafından seçilse de bu kurul, devlet başkanını seçmek amacıyla halk tarafından seçilerek oluşturulan bir kurul değildir.

Devlet başkanının seçilme yöntemi açısından diğer hükümet sistemi modelleri ile karşılaştırıldığında yarı parlamenter sistemin, başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerine benzemediği açıktır. Zira başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanı halk tarafından seçilirken, yarı parlamenter sistemde devlet başkanının halk tarafından seçilmesi mümkün değildir.

Parlamenter sistemde ise devlet başkanının halk tarafından seçilip seçilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar, yasama organına karşı sorumlu bir hükümetin yanında devlet başkanının bulunduğu ikili yürütme yapılarında, devlet başkanının halk tarafından seçilmesinin, sistemi parlamenter olmaktan çıkarıp yarı başkanlık haline getirip getirmeyeceğine odaklanmaktadır. Bir görüşe göre, ikili yürütme içinde devlet başkanının halk tarafından seçilmesi halinde yarı başkanlık sisteminden söz edilmektedir. Devlet başkanının yetkilerinin boyutu, diğer bir deyişle önemli yetkilere sahip olup olmaması sistemin nitelendirilmesi açısından önem arz etmemektedir³⁰. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise ikili yürütme yapılarında halk tarafından seçilen devlet başkanının aynı zamanda önemli yetkilere sahip olması halinde yarı başkanlık sisteminden bahsedilmektedir³¹. Şu halde, oldukça sınırlı yetkilere sahip bir devlet başkanının halk tarafından seçilmesi, sistemi parlamenter olmaktan çıkarmaya yetmeyecektir³².

²⁹ Elliot Bulmer, *Non-Executive Presidents in Parliamentary Democracies*, Second Edition, International IDEA Constitution-Building Primer 6, 2017, s. 14; Elgie, "The President of Ireland in Comparative Perspective", s. 503.

³⁰ Robert Elgie, "The Politics of Semi-Presidentialism" in Robert Elgie (Ed.), *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford University Press, 1999, s. 13.

³¹ Bu görüşün temelleri yarı başkanlık sistemini kurumsallaştıran Duverger'e dayanmaktadır. Duverger'e göre bir siyasal sistemin yarı başkanlık olarak nitelendirilebilmesi için şu üç unsura sahip olması gerekmektedir: Devlet başkanının halk tarafından seçilmesi, devlet başkanının oldukça önemli yetkilere sahip olması ve devlet başkanının yanında yürütme yetkilerine sahip olan, parlamentonun güvenine tabi bir hükümetin bulunması. Bkz. Duverger, "A New Political System Model", s. 166.

³² Shugart, ikili yürütme yapısı içinde önemli yetkilere sahip olmayan fakat halk tarafından seçilen devlet başkanının bulunduğu siyasal sistemleri başkanlı parlamenter sistem (*parliamentary with president system*) olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, yasama-yürütme ilişkilerinin işleyişi bakımından başkanlı parlamenter sistem ile parlamenter sistem

Halk tarafından seçilme ile ilgili tartışmalar bir yana bırakıldığında, parlamenter sistemde devlet başkanının yasama organı tarafından veya yasama organı üyeleri ile yerel makamların temsilcilerinden oluşan bir kurul tarafından seçilmesi asıldır. Ayrıca parlamenter sisteme sahip monarşilerde devlet başkanı veraset kurallarına göre belirlenmektedir. Şu halde, yarı parlamenter sistemin devlet başkanının seçilme yöntemi açısından parlamenter sisteme benzediği görülmektedir.

2.2. Yasama Organının Doğrudan Halk Tarafından Seçilen İki Bölümden Oluşması

Ganghof'un ortaya koyduğu yarı parlamenter sistemin ikinci unsuru, yasama organının iki bölümden oluşması ve bunlardan her birinin doğrudan halk tarafından seçilmesidir. Yasama organının iki bölümden oluşması, üst meclis ile alt meclisin bulunduğu iki meclisli yapıları ilk olarak akla getirmektedir. Ancak Ganghof'un "iki meclis" yerine "iki bölüm" ifadesini kullanmış olması rastlantısal değildir. Ganghof, yarı parlamenter sistemin iki meclisli yapılarda bulunabileceğini belirtmekle birlikte, bu sistemin tek meclisli yapılarda da var olabileceğini kabul etmektedir. Buna göre, halk tarafından seçilmiş tek meclisli yasama organında üyeler, belli oranlarla görevleri yönünden birbirlerinden farklı iki bölüme ayrılıyorsa yine yarı parlamenter sistemden bahsedilebilir³³. Yani "iki bölüm" ifadesi daha geniş ve "iki meclis" ifadesini de içine alacak bir biçimde kullanılmıştır. Bu konuya bir alt başlıkta tekrar değinilecektir.

Ganghof, yasama organının iki bölümü için "doğrudan seçim" ifadesini kullanmaktadır. Dikkat edilirse, yarı parlamenter sistemde devlet başkanının halk tarafından seçilmemesi gerektiği açıklanırken, halk tarafından yapılan seçimlerin doğrudan seçimler yanında, halkın seçmiş olduğu bir kurul tarafından yapılan seçimleri de ifade ettiği belirtilmişti. Yasama organının iki bölümü için doğrudan seçim ifadesinin kullanılmasıyla ise halkın seçmiş olduğu bir kurul aracılığıyla seçimlerin gerçekleştirilemeyeceği ayrıca vurgulanmış olmaktadır.

arasında fark bulunmamaktadır ve başkanlı parlamenter sistem de özü itibarıyla parlamenter sistemdir. Bkz. Matthew Soberg Shugart, "Of Presidents and Parliaments", 1993, 2(1), East European Constitutional Review, s. 31. Başkanlı parlamenter sistem hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Şule Özsoy Boyunsuz, Başkanlı Parlamenter Sistem; Cumhurbaşkanı'nın Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 91 vd.

³³ Ganghof, "A New Political System Model", s. 261, 263.

Yasama organının doğrudan halk tarafından seçilen iki bölümden oluşmasının, yarı parlamenter sistemin zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edilmesi, hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasına da farklı bir boyut katmaktadır³⁴. Daha önce de belirtildiği gibi, hükümet sistemleri sınıflandırılırken yasama ile yürütme organları arasındaki ilişkinin kuruluşunda, yürütme organının nasıl seçildiğinin ve göreve nasıl devam devam ettiğinin dikkate alınması yaygın bir yaklaşımdır³⁵. Bu yaklaşımın, yarı parlamenter sistemde de yansımaları görülmektedir. Zira yarı parlamenter sistemde devlet başkanının halk tarafından seçilemeyeceği belirtilmekte ve hükümetin göreve devam etmesi yasama organının bir bölümünün güvenine bağlanmaktadır. Ancak yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarında bunlara ek olarak, yasama organının kaynağı yani nasıl seçildiği ile ilgili bir ifadeye yer verilmesi, Ganghof'un yasama organını öne çıkartan bir model ortaya koyduğunu göstermektedir³⁶.

Bu noktada, yarı parlamenter sistem tanımında yasama organının görevine nasıl devam ettiği ile ilgili bir ifadeye neden yer verilmediği sorusu akla gelmektedir. Zira yarı parlamenter sistem, yarı başkanlık sisteminin tersi bir mantıkla kurgulanmışsa, yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarında yasama organının kaynağı ile ilgili bir ifadenin yanında, yasama organının görevine nasıl devam ettiği ile ilgili bir ifadeye de yer verilmesi gerekirdi. Yani yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarında, doğrudan halk tarafından seçilen yasama organının bölümlerinden birinin ya da her ikisinin feshedilip feshedilemeyeceği belirtilebilirdi³⁷. Ganghof'un yarı parlamenter sistem örneği olarak gösterdiği Japonya'da, Anayasaya göre Temsilciler Meclisi ve Senatodan oluşan yasama organında (*Diet*) yalnızca Temsilciler Meclisi feshedilebilmektedir³⁸. Bir diğer yarı parlamenter sistem örneği olarak işaret edilen Avustralya'da ise Temsilciler Meclisi ve Senatonun eş zamanlı olarak feshedilmesi mümkündür³⁹. Dolayısıyla Elgie'nin de

³⁴ Robert Elgie, "On New Forms of Government", 2018, 53(2), Australian Journal of Political Science, s. 244.

³⁵ Shugart/ Carey, s. 19 vd.; Elgie, "The Classification of Democratic Regime Types", s. 221; Samuels/ Shugart, s. 26-27; Lijphart, "Introduction", s. 5-6.

³⁶ Elgie, "On New Forms of Government", s. 244.

³⁷ Elgie, "On New Forms of Government", s. 244.

³⁸ 1946 Japonya Anayasasına göre İmparator, Bakanlar Kurulunun önerisi ve onayıyla Temsilciler Meclisini fesheder (m.7).

³⁹ 1901 Avustralya Anayasası, kanun yapım sürecinde Temsilciler Meclisi ile Senato arasında uyuşmazlık çıkması halinde, belli anayasal koşullar altında Genel Vali'ye her iki Meclisi

belirttiği gibi, yasama organının feshi ile ilgili bir ifadenin yarı parlamenter sistemin tanımına eklenmesi, bu sistemin kendi içindeki farklılıklarının ortaya çıkmasını sağlayacaktır⁴⁰.

2.3. Yürütme Organının Görevine Devam Edebilmesinin, Yasama Organının Bir Bölümünün Güvenine Bağlanması

Yasama organının iki bölümden oluşmasının yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarından biri olduğu yukarıda açıklanmıştı. Ganghof tarafından ortaya konan yarı parlamenter sistemin diğer bir unsuru, yürütme organının görevine devam edebilmesinin, yasama organının bölümlerinden birinin güvenine bağlanmasıdır. Diğer bir deyişle, yarı parlamenter sistemde yürütme organı, yasama organının bir bölümüne karşı sorumlu olmakta ve bu sorumluluk gereği yürütme organının görevine, yasama organının bir bölümünün güvensizlik oyu ile son verilebilmektedir. Yarı parlamenter sistemde yürütme organı devlet başkanı ve hükümetten oluştuğundan, yasama organının bir bölümüne karşı sorumlu tutulan yürütme organından hükümeti anlamak gerekmektedir.

Hükümetin yasama organına karşı sorumluluğunun, parlamenter sistemin tarihsel gelişimi içinde ortaya çıktığı⁴¹ ve bu sistemin temel bir özelliği olduğu bilinmektedir. Bu nedenle de parlamenter sistem ile ilgili tanımlamalar, hükümetin yasama organına karşı sorumluluğu üzerinden yapılmaktadır⁴². Hatta parlamenter sistem için “sorumlu hükümet sistemi”

feshetme yetkisi tanımaktadır (m.57).

⁴⁰ Elgie, “On New Forms of Government”, s. 244.

⁴¹ İngiltere’de yürütme yetkisinin Kral’dan ayrılarak hükümete geçmesi ile hükümet, yetkili ve sorumlu bir makam haline gelmiş ve görevine devam edebilmek bakımından yasama organının güvenine ve desteğine ihtiyaç duymuştur. Parlamenter sistemin tarihsel gelişimi ve hükümetin yasama organına karşı sorumluluğu ile ilgili bkz.

Wolfgang C. Müller/ Torbjörn Bergman / Kaare Strøm, “Parliamentary Democracy: Promise and Problems”, in Wolfgang C. Müller/ Torbjörn Bergman/ Kaare Strøm (Eds.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2006, s. 6-7.

⁴² Leon D. Epstein, “Parliamentary Government”, in David L. Sills (Ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 11, Macmillian and Free Press, 1968, s. 419; Lijphart, *Patterns of Democracy*, s. 106; John M. Carey, “Presidential versus Parliamentary Government”, in Claude Menard/ Mary M. Shirley (Eds.), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, 2005, s. 91; Sartori, s. 137; Müller/ Bergman/ Strøm, s. 12-13; José Antonio Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, Cambridge University Press, 2007, s. 35-36.

ifadesinin kullanıldığı görülmektedir⁴³. Parlamenter sistemin bu özelliği, yarı başkanlık sisteminde de yer almaktadır⁴⁴. Doktrinde yarı başkanlık sisteminin tanımıyla ilgili tartışmalar olsa da bu tartışmalar, ikili yürütme içinde genellikle devlet başkanıyla ilgilidir⁴⁵. Yürütmenin diğer tarafı olan hükümetin, yasama organına karşı sorumluluğu ile ilgili ise bir tartışma bulunmamaktadır⁴⁶.

Bu açıklamalar doğrultusunda yarı parlamenter sistemde -yarı başkanlık sisteminde olduğu gibi- parlamenter sistemin temel bir özelliğinin benimsendiği ifade edilebilir. Ancak yarı parlamenter sistemde hükümetin, yasama organının bir bölümünün güvenine bağlandığını ayrıca vurgulamak gerekmektedir. Yani yarı parlamenter sistemin ayırıcı noktası, hükümetin yasama organının bir bölümüne karşı sorumluluğunun bulunması, yasama organının diğer bölümüne karşı ise böyle bir sorumluluğunun olmamasıdır. Bu durum, hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasındaki ve ülkelerin

⁴³ William MacDonald, A New Constitution For A New America, B. W. Huebsch, 1921, s. 25.

⁴⁴ Bu noktada hükümetin yasama organına karşı sorumluluğunun kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan başkanlık sisteminin bir özelliği olmadığını belirtmek gerekir. Ancak başkanlık sistemine, parlamenter sisteme ait unsurlar ekleyen bazı Latin Amerika ülkelerinde bakan ya da bakanların sorumluluğuna yasama organları tarafından gidilebilmektedir. Bolivya (m.158), Kolombiya (m.135), Guatemala (m.166, 167), Peru (m.132), Venezuela (m.246) ve Uruguay (m.148) Anayasalarında bu yönde düzenlemeler yer almaktadır.

⁴⁵ Daha önce de kısmen değinildiği gibi bu tartışmalar, devlet başkanının seçimi ve önemli yetkilere sahip olup olmaması üzerine şekillenmektedir. Bir görüşe göre, yarı başkanlık sisteminin söz konusu olabilmesi için yasama organına karşı sorumlu olan hükümetin yanında halk tarafından seçilen ve önemli yetkilere sahip olan bir devlet başkanı bulunmalıdır. Bkz. Duverger, “A New Political System Model”, s. 166. Diğer görüşe göre, yasama organına karşı sorumlu hükümetle birlikte halk tarafından seçilen devlet başkanının bulunması o siyasal sistemin yarı başkanlık olarak nitelendirilebilmesi için yeterlidir. Devlet başkanının önemli yetkilere sahip olup olmaması yarı başkanlık sisteminin bir unsuru değildir. Bkz. Elgie, “The Politics of Semi-Presidentialism” s. 13. Burada yer verilmesi gereken üçüncü görüş ise yarı başkanlık sistemini tanımlarken devlet başkanının seçilme yöntemini dikkate almamaktadır. Buna göre yarı başkanlık sisteminden bahsedilebilmesi için yürütme yetkisinin devlet başkanı ile başbakan arasında bölünmesi ve devlet başkanının önemli yetkilere sahip olması gerekmektedir. Bkz.

Patrick O’Neil, “Presidential Power in Post-Communist Europe: The Hungarian Case in Comparative Perspective”, 1993, 9(3), Journal of Communist Studies, s. 197, dn. 4.

⁴⁶ Duverger, “A New Political System Model”, s. 166; Elgie, “The Politics of Semi-Presidentialism” s. 13; Linz, s. 48. Shugart ve Carey yarı başkanlık sistemi yerine başbakanlı başkanlık sistemi (*premier- presidential system*) ve başbakanlı parlamenter sistem (*president-parliamentary system*) şeklinde iki alt sınıflandırma yapmaktadır. Bu sistemlerin her ikisinde de hükümetin yasama organına karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Bkz. Shugart / Carey, s. 23-25. Ayrıca bkz. Matthew Soberg Shugart, “Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns”, 2005, 3(3), French Politics, s. 333; Shugart, “Of Presidents and Parliaments”, s. 30.

benimsediği hükümet sistemlerinin belirlenmesindeki genel yaklaşımdan farklılık arz etmektedir. Parlamenter sistem ve yarı başkanlık sistemi ile ilgili yapılan tanımlamalarda genel yaklaşım, hükümetin yasama organına karşı sorumluluğunun bulunduğu belirtilmesinden ibarettir. Bu sorumluluğun yasama organının bir bölümü ya da tamamına karşı olmasının sınıflandırma açısından önemi bulunmamaktadır⁴⁷. Örneğin, Fransa’da hükümetin sorumluluğu yasama organını oluşturan iki meclisten birine karşı iken⁴⁸; Romanya’da hükümetin sorumluluğu yasama organını oluşturan iki meclise karşıdır⁴⁹. Bu durumda Fransa ve Romanya, hükümetin yasama organına karşı sorumlu olması koşulunu taşımakta ve diğer koşullara da sahip oldukları düşünüldüğünde, her iki ülke yarı başkanlık olarak değerlendirilmektedir⁵⁰. Aynı şekilde Almanya’da yasama organını oluşturan meclislerden biri tarafından hükümetin sorumluluğuna gidilebilirken⁵¹; İtalya’da hükümetin sorumluluğu her iki meclise karşıdır⁵². Ancak iki ülkenin de parlamenter sisteme sahip olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Şu halde, yarı parlamenter sistemde hükümetin sorumluluğunun yasama organının yalnızca bir bölümü için öngörülmesi, hükümet sistemlerinin sınıflandırılması açısından yeni bir yaklaşım şeklinde değerlendirilebilir.

3. GANGHOF’UN İDEAL BİR YARI PARLAMENTER SİSTEM TASARIMI

Ganghof, bir hükümet sistemi modelinin yarı parlamenter olarak nitelendirilebilmesi için yukarıda açıklanan üç unsura sahip olmasını yeterli kabul etmektedir. Bu unsurlar, yarı parlamenter olarak sunulan sistemin çerçevesini belirleyen düzenlemeler içermektedir. Diğer yandan Ganghof, bu unsurlardan hareket ederek ideal bir yarı parlamenter sistem tasarlamakta ve böylelikle yarı parlamenter sistemin, özellikle iki meclisli yasama organları bakımından somutlaştırılmasını ve daha iyi anlaşılmasını sağlamaktadır.

Ganghof’a göre, halk tarafından seçilen iki bölüme sahip yasama organının bulunması ve hükümetin sorumluluğunun yasama organının bölümlerinden birine karşı olması, ideal bir yarı parlamenter sistem bakımından

⁴⁷ Elgie, “On New Forms of Government”, s. 242.

⁴⁸ 1958 Fransa Anayasası m.49, 50.

⁴⁹ 1991 Romanya Anayasası m.113, 114.

⁵⁰ Elgie, “On New Forms of Government”, s. 242.

⁵¹ 1949 Almanya Anayasası m.67, 68.

⁵² 1947 İtalya Anayasası m.94.

varılması gereken bazı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır⁵³. Buna göre ideal bir yarı parlamenter sistemde;

1. Yasama organının her iki bölümü eşit demokratik meşruluğa sahip olmalıdır.
2. Yürütme organının görevine devam edebilmesi, yasama organının bir bölümünden bağımsız olmalıdır.
3. Yasama organının ayrılan bu bölümü, kanun yapım sürecinde mutlak veto yetkisine sahip olmalıdır⁵⁴.

Bu sonuçların, yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarıyla birlikte değerlendirilerek ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

3.1 Yasama Organının Her İki Bölümünün Eşit Demokratik Meşruluğa Sahip Olması

Yasama organının doğrudan halk tarafından seçilen iki bölümden oluşması, yarı parlamenter sistemi tanımlayan unsurlardan biri olarak açıklanmıştı. İdeal bir yarı parlamenter sistemde ise yasama organının her iki bölümünün eşit demokratik meşruluğa sahip olması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Esasen, yarı parlamenter sistemde yasama organının iki bölümünün doğrudan halk tarafından seçilmesi ile yasama organının bölümleri demokratik açıdan eşit meşruluğa sahip olmaktadır⁵⁵.

Bu noktada, doğrudan halk tarafından seçilmeyen ancak seçilme yöntemi açısından demokratik meşruluğa sahip olan üyelerin bulunduğu yasama organına sahip bir ülkenin yarı parlamenter sistem kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorgulanmalıdır. Zira iki meclisli yasama organına sahip ülkelerde üst meclis olan Senatoların üyelerinin tamamının doğrudan halk tarafından seçilmemesine sıklıkla rastlanmaktadır. Böyle bir durumda, diğer koşullar da mevcutsa yarı parlamenter sistemden bahsedilebilecek midir? Bu soruya yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarından hareketle olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Tanımlayıcı unsurlar açık bir biçimde ortaya konulduğundan, bu konuda öznel bir değerlendirmede bulunmak mümkün değildir⁵⁶.

⁵³ Ganghof, "A New Political System Model", s. 265.

⁵⁴ Ganghof, "A New Political System Model", s. 265-266.

⁵⁵ Ganghof, "A New Political System Model", s. 265.

⁵⁶ Ganghof/ Eppner/ Pörschke, s. 215.

Aynı soruya Ganghof'un belirlemiş olduğu ideal yarı parlamenter sistem açısından bakıldığında ise yanıt değişebilmektedir. Zira Ganghof, yarı parlamenter sistemin ideal biçiminde, yasama organının iki bölümünün eşit meşruluğa sahip olması konusundaki bazı sapmalara karşı çıkmamaktadır. Bu anlamda Ganghof, Almanya ve Hollanda'da olduğu gibi doğrudan seçilmeyen ancak demokratik meşruluğu yüksek olan üst meclisler bakımından yarı parlamenter sistemin tartışılmasına olumlu yaklaşmaktadır⁵⁷. Benzer şekilde Ganghof, üst meclislerin üyelerinin bir kısmının doğrudan halk tarafından seçilmesi halinde, bu yolla seçilen üyelerin oranına göre bir değerlendirmede bulunulabileceğini belirtmektedir⁵⁸. Yani üst mecliste doğrudan seçilen üye, belli bir oranın üstünde ise yarı parlamenter sistem için gerekli koşulun sağlandığından söz edilebilecektir. Bu durumda oranın ne olacağı ve nasıl belirleneceği öznel değerlendirmeleri beraberinde getirmektedir⁵⁹. Örneğin, İtalya'da üst meclisin yüzde 98,5'i doğrudan seçilmekte, diğer üyeler atanmaktadır. Bu orana bakıldığında üst meclisin doğrudan seçildiği ve alt meclisle eşit meşruluğa sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bu durum tamamen öznel değerlendirmeye bağlı olduğundan, daha düşük oranda doğrudan seçilen üyesi bulunan üst meclise sahip ülkelerin yarı parlamenter olarak değerlendirilmesine de engel bulunmamaktadır⁶⁰. Dolayısıyla Ganghof'un, yarı parlamenter sistemin ideal biçimi bakımından, doğrudan seçilmeyen veya bir kısmı doğrudan seçilen üyelere sahip üst meclislerin de yarı parlamenter olarak değerlendirilebileceğine kapı aralması, başka yazarlar tarafından farklı ülke sınıflandırmaları yapılması riskini taşımaktadır⁶¹. Bu durumda yarı parlamenter olarak nitelenen farklı ülke grupları ortaya çıkacak ve yarı parlamenter sistemin belirli sınırlar kapsamında açıklanması zorlaşacaktır.

3.2. Yürütme Organının Görevine Devam Edebilmesinin, Yasama Organının Bir Bölümünden Bağımsız Olması

Yarı parlamenter sistemde, yürütme organının görevine devam edebilmesinin, yasama organının bir bölümünün güvenine bağlandığı yani yürütme organının sorumluluğunun, yasama organının bir bölümüne karşı olduğu belirtilmiştir. İdeal bir yarı parlamenter sistem için ise aynı husus

⁵⁷ Ganghof, "A New Political System Model", s. 265-266.

⁵⁸ Ganghof/ Eppner/ Pörschke, s. 227, dn. 3.

⁵⁹ Elgie, "On New Forms of Government", s. 245.

⁶⁰ Elgie, "On New Forms of Government", s. 245.

⁶¹ Elgie, "On New Forms of Government", s. 245-246.

tersinden ifade edilmiş ve yasama organının, yürütme organının görevine devam etmesiyle ilgili güvensizlik oyu verme yetkisi olmayan ayrı bir bölümünün bulunduğu vurgulanmıştır.

Öte yandan, iki meclisli yasama organları düşünüldüğünde, hangi meclisin hükümete güvensizlik oyu verme yetkisine sahip olduğu, hangi meclisin ise böyle bir yetkisi bulunmadığı ideal bir yarı parlamenter sistem bakımından somutlaştırılmaktadır. Bu noktada Ganghof, ideal bir yarı parlamenter sistemde üst meclisin hükümete güvensizlik oyu verme yetkisinin bulunmadığını belirtmek suretiyle, hükümetin sorumluluğunun alt meclise karşı olduğunu ifade etmektedir⁶². Esasen iki meclisli yasama organına sahip ülkelerde de genellikle hükümet, alt meclislere karşı sorumlu olmaktadır. Zira alt meclisler, doğrudan halk tarafından seçildiğinden öncelikli olarak temsili bir organ şeklinde görülmekte ve hükümetin sorumluluğunu işletecek mekanizmalarla donatılmaktadır⁶³. Ancak yarı parlamenter sistem açısından dikkat çekici olan, üst meclisin doğrudan halk tarafından seçilmesine ve temsili bir niteliğe sahip olmasına rağmen, hükümetin sorumluluğu ile ilgili bir yetkisinin bulunmamasıdır.

Bu durum, hükümetin üst meclise karşı sorumluluğunu doğuran farklı mekanizmaların da ideal bir yarı parlamenter sistemde yer almamasını gerektirmektedir. Örneğin üst meclis, hükümet tarafından hazırlanan bütçe kanunu üzerinde mutlak bir veto yetkisine sahipse, bu yetkisini kullanarak hükümetin sorumluluğuna yol açabilir. Dolayısıyla, fiili bir güvensizlik oyu şeklinde kullanılabilirdiğinden, ideal bir yarı parlamenter sistemde üst meclis bütçe kanunu üzerinde mutlak bir veto yetkisine sahip olmamalıdır⁶⁴.

Yarı parlamenter sistemde, yürütme organının görevine devam edebilmesinde yasama organının bir bölümünün herhangi bir yetkisinin olmamasını, kuvvetler ayrılığı açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Zira yürütme organının görevine, yasama organının desteğiyle veya yasama organından bağımsız olarak devam edebilmesi, yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ayrılığın ne şekilde kurulduğunu büyük ölçüde belirlemektedir. Başkanlık sisteminde yürütme organının görevine yasama organı tarafından son verilememesi esastır ve yürütme organı sabit bir süre için görev

⁶² Ganghof, "A New Political System Model", s. 266.

⁶³ Elliot Bulmer, Bicameralism, Second Edition, International IDEA Constitution-Building Primer 2, 2017, s. 24.

⁶⁴ Ganghof, "A New Political System Model", s. 266.

yapmaktadır. Bu yönüyle başkanlık sisteminde kuvvetlerin sert ayrılığında bahsedilmektedir. Parlamenter sistemde ise yürütme organı içinde yetkili tarafı oluşturan hükümet, yasama organının desteğiyle görevine devam edebilmektedir. Yasama organı güvensizlik oyuyla hükümetin görevine son verebildiğinden, yasama ve yürütme kuvvetleri arasında yumuşak bir ayrılık söz konusu olmaktadır.

Ganghof, yarı parlamenter sistemde güvensizlik oyu verme yetkisi olmayan yasama organı bölümü ile yürütme organı arasında başkanlık sisteminde olduğu gibi bir kuvvetler ayrılığı kurulduğunu ifade etmektedir⁶⁵. Yani iki meclisli yasama organları düşünüldüğünde, üst meclis ile yürütme organı arasındaki ayrılığın sınırları kesin bir biçimde belirlenmiştir. Bununla birlikte, yasama organının diğer bölümü olan alt meclis tarafından hükümete güvensizlik oyu verilebilmesi ise yarı parlamenter sistemde yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ilişkiyi göstermektedir. Şu halde, yasama organı bir bütün halinde değerlendirildiğinde, yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ayrılık bakımından yarı parlamenter sistemin hangi hükümet sistemi modeline daha yakın olduğu söylenebilir? Kanaatimizce, yasama organının bir bölümünün güveni söz konusu olsa da hükümetin yasama organının desteğiyle görevde kalabilmesi, yarı parlamenter sistemi bu yönüyle parlamenter sisteme yaklaştırmaktadır. Ayrıca iki meclisli yasama organına sahip olup, bu meclislerden yalnızca birine hükümet hakkında güvensizlik oyu verme yetkisinin tanınması parlamenter sistemde de söz konusu olabilir. Örneğin, daha önce de belirtildiği gibi, parlamenter sisteme sahip Almanya'da, Anayasaya göre meclislerden yalnızca birine bu yönde bir yetki tanınmıştır.

3.3. Yasama Organının Ayrılan Bölümünün, Kanun Yapım Sürecinde Mutlak Veto Yetkisine Sahip Olması

Yarı parlamenter sistemde görüldüğü üzere, yasama organının bölümlerinden birinin yürütme organının görevine devam etmesinde herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, yürütme organıyla ilişkiler konusunda yasama organının bir bölümü ayrı ve bağımsız tutulmaktadır. İki meclisli yasama organı söz konusuysa, ideal bir yarı parlamenter sistemde ayrı tutulan yasama organı bölümünün üst meclis olduğu görülmektedir.

Ganghof, ideal bir yarı parlamenter sistem bakımından ek bir koşulun daha varlığını aramaktadır. Yazara göre, yasama organının ayrılan bölümü,

⁶⁵ Ganghof, "A New Political System Model", s. 262.

yani üst meclis, kanun yapım sürecinde mutlak veto yetkisine sahip olmalıdır⁶⁶. Bu koşulun, yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurları arasında sayılmadığının veya yarı parlamenter sistemin zorunlu bir koşulu olmadığına altını çizmek gerekmektedir. Dolayısıyla üst meclisin kanun yapım sürecinde mutlak veto yetkisine sahip olmaması halinde de diğer koşullar bulunuyorsa yarı parlamenter sistemden bahsedilebilir. Üst meclisin bu yetkiye sahip olması ise yarı parlamenter sistemin ideal bir şekilde bürünmesini sağlamaktadır.

Bu noktada, üst meclise tanınan mutlak veto yetkisinin ne anlama geldiği ve sonuçları üzerinde durmak gerekmektedir. Mutlak veto yetkisinin iki meclisli yasama organlarında üst meclislere, yasama faaliyetlerinde kontrol ve dengenin sağlanabilmesi amacıyla tanındığı görülmektedir⁶⁷. Bu yetki, ilk bakışta bir kanun teklifinin üst meclis tarafından kabul edilmemesi halinde, kanun haline gelememesini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, alt meclis tarafından kabul edilen bir kanun teklifi, üst meclisin de kabulüyle kanun haline gelebilmektedir⁶⁸. Bu şekilde düşünüldüğünde, üst meclisin vetosuna rağmen bir kanun teklifinin kanunlaşması mümkün görünmemektedir.

Öte yandan üst meclis tarafından kabul edilmeyen bir kanun teklifinin kanunlaşmaması, iki meclis arasında çatışmaya ve yasama faaliyetinde kilitlenmeye neden olacaktır. Böyle bir kilitlenmenin çözülmesi ve yasama faaliyetinin sürdürülebilmesi için anayasalarda değişik yöntemlere yer verilmektedir⁶⁹. Bu yöntemlerden bazılarının uygulanması, üst meclisin mutlak vetosuna rağmen bir kanun teklifinin kanunlaşması sonucunu

⁶⁶ Ganghof, "A New Political System Model", s. 266.

⁶⁷ Bulmer, *Bicameralism*, s. 21.

⁶⁸ Pierre-Étienne Vandamme/ Vincent Jacquet/ Christoph Niessen/ John Pitseys / Min Reuchamps, "Intercameral Relations in a Bicameral Elected and Sortition Legislature", 2018, 46(3), *Politics & Society*, s. 387.

⁶⁹ İki meclis arasında ortaya çıkan çatışmaların çözülmesi için kullanılan yöntemler; kanun teklifinin her iki meclis arasında gidip gelmesi (mekik sistemi), konferans komitelerinin kurulması, alt meclisin belli çoğunlukla almış olduğu kararın geçerli sayılması, iki meclisin ortak oturum düzenlemesi, referanduma başvurulması ve meclislerin feshedilerek yeni seçimlere gidilmesi şeklinde sıralanabilir. Bahsi geçen yöntemlerin, üst meclisin mutlak bir veto yetkisine sahip olup olmadığından bağımsız olarak, iki meclis arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları gidermek için kullanıldığını belirtmek gerekir. Örneğin, bir kanun teklifi üzerinde üst meclisin vetosu, alt meclisin kararıyla aşılabiliyorsa bu durumda üst meclisin mutlak bir veto yetkisine sahip olduğundan bahsedilemez. Ancak üst meclisin mutlak olmasa da yapmış olduğu veto, iki meclis arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkarmış ve bu uyuşmazlık alt meclisin kararıyla aşılmıştır. İki meclis arasında ortaya çıkan çatışmaların çözülmesi için kullanılan yöntemler ile ilgili bkz. Bulmer, *Bicameralism*, s. 21-23; George Tsebelis/ Jeannette Money, *Bicameralism*, Cambridge University Press, 1997, s. 54-70.

doğurabilmektedir. Örneğin, üst meclis tarafından kabul edilmeyen bir kanun teklifi için referanduma gidilmesi veya her iki meclisin feshedilerek yeni seçimlerin yapılması, iki meclis arasındaki çatışmanın çözülmesini sağlayan yöntemler olarak anayasalarda düzenlenebilmektedir. Bu örneklerde, kanun teklifinin referandum sonucunda veya seçimlerin ardından oluşan yeni meclis tarafından tekrar gündeme getirilerek kabul edilmesi, daha önce üst meclis tarafından yapılan vetonun mutlak olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Görüldüğü üzere üst meclisin mutlak veto yetkisine sahip olması, çeşitli yöntemlerle sınırlandırılabilir de ona kanun yapım sürecini kilitleyebilecek önemli bir güç sağlamaktadır. Bu nedenle, iki meclisli yasama organlarına sahip ülkeler anayasalarında, genellikle üst meclise ya mutlak veto yetkisi tanımamakta ya da bu yetkiyi anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar gibi yalnızca belli alanlarda tanımaktadır⁷⁰. İdeal bir yarı parlamenter sistemde ise üst meclisin mutlak veto yetkisine yalnızca bütçe kanunları bakımından istisna getirilmiştir. Ancak bu istisnanın, üst meclise önemli bir güç sağlayan mutlak veto yetkisini sınırlandırmak amacıyla getirildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Zira daha önce de belirtildiği gibi, yarı parlamenter sistemde hükümet, yasama organının bir bölümünün güvenine tabidir. İki meclisli yasama organları düşünüldüğünde, ideal bir yarı parlamenter sistemde hükümete güvensizlik oyu verme yetkisine alt meclis sahiptir. Bu yetkiye sahip olmayan üst meclise, fiili bir güvensizlik oyu şeklinde kullanılabilmesinden ötürü bütçe kanunları üzerinde mutlak veto yetkisi de tanınmamalıdır. Dolayısıyla üst meclisin bütçe kanunları bakımından mutlak veto yetkisine sahip olmaması, ideal bir yarı parlamenter sistemin kendi içinde tutarlılığını sağlamaya yönelik bir düşünce olarak değerlendirilebilir. Bütçe kanunları hariç tutulduğunda ise ideal bir yarı parlamenter sistemde üst meclise kanunlar üzerinde mutlak veto yetkisi tanınmasının, iki meclisin birbirlerini dengeleyen rollere sahip olmasını sağladığı ifade edilebilir. Böylelikle yasama ile yürütme organları arasındaki ilişkilerde alt meclis; yasama faaliyetinde ise üst meclis önemli bir rolü yerine getirmektedir.

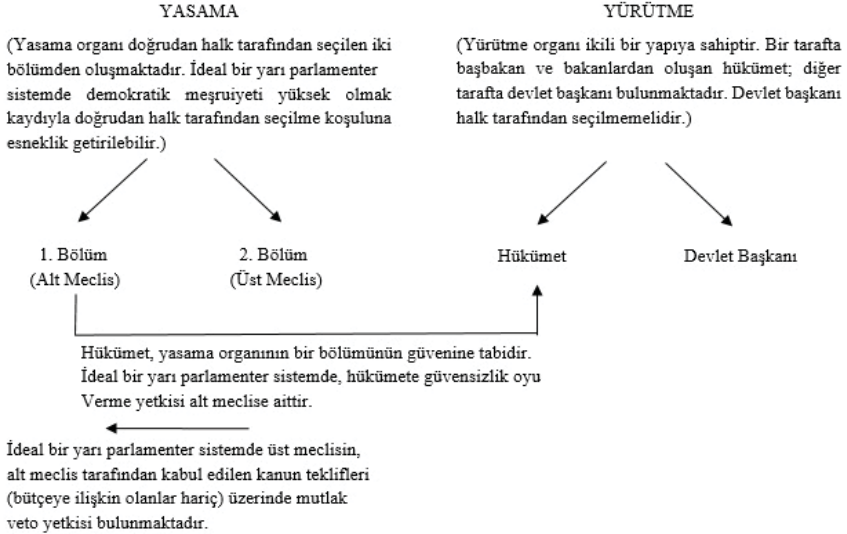
Son olarak, diğer hükümet sistemi modelleri göz önünde bulundurulduğunda, özellikle parlamenter sisteme sahip ülkelerde üst meclisin kanunlar üzerinde mutlak veto yetkisine sahip olmasına rastlanıldığını belirtmek gerekir. Kanada, Hollanda ve Almanya gibi parlamenter sisteme

⁷⁰ Bulmer, *Bicameralism*, s. 23.

sahip ülkeler, üst meclislerine bu yetkiyi tanıyan ülkelere birkaçıdır⁷¹. Bu yönüyle, ideal biçimiyle de olsa yarı parlamenter sistemde, parlamenter sistemde uygulama alanı bulabilen bir özelliğin benimsendiği görülmektedir.

4. GANGHOF'A GÖRE YARI PARLAMENTER SİSTEMİN UYGULAMASI: AVUSTRALYA VE JAPONYA ÖRNEKLERİ

Yarı parlamenter sistemi kurumsallaştıran Ganghof, bu sistemin özelliklerini taşıyan iki ülke olduğunu belirlemektedir: Avustralya ve Japonya. Bahsi geçen ülkelere, Ganghof'un görüşleri doğrultusunda yarı parlamenter sistemin nasıl uygulandığı ve ideal bir yarı parlamenter sisteme ne ölçüde yaklaşıldığı değerlendirilmelidir. Sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için yarı parlamenter sistemin ve ideal biçiminin yukarıda açıklanan özellikleri Tablo 1'de bir arada gösterilmektedir.



Tablo 1: Yarı Parlamenter Sistemin Genel Görünümü

⁷¹ Bulmer, Bicameralism, s. 14.

Tablo 1’de ifade edilen bilgiler doğrultusunda, Ganghof tarafından yarı parlamenter sisteme sahip olduğu kabul edilen Avustralya ve Japonya’da bu sistemin genel görünümü Tablo 2’de ele alınmaktadır.

	Avustralya	Japonya
Devlet başkanının halk tarafından seçilmemesi	Evet	Evet
Yasama organının doğrudan halk tarafından seçilen iki bölümden oluşması	Evet	Evet
Yürütme organının görevine devam edebilmesinin, yasama organının bir bölümünün (alt meclisin) güvenine bağlanması	Evet	Evet
Kanun yapım sürecinde üst meclisin mutlak veto yetkisine sahip olması	Evet	Hayır
Bütçeye ilişkin kanunlarda üst meclisin mutlak veto yetkisinin bulunmaması	Hayır	Evet

Tablo 2: Avustralya ve Japonya’da Yarı Parlamenter Sistemin Genel Görünümü⁷²

Tablo 2’nin ilk üç satırı, yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarını ifade etmektedir. Bu nedenle, yarı parlamenter sisteme sahip oldukları ifade edilen Avustralya ve Japonya’da bahsi geçen unsurların bulunmasını doğal karşılamak gerekir. Tablonun kalan kısmı ise ideal bir yarı parlamenter sistemde yer alması gereken unsurlarla ilgili olduğundan, her iki ülke açısından bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

Tablo 2’de yer alan hususlar üzerinde sırasıyla durulacak olursa, Avustralya ve Japonya’da devlet başkanlarının halk tarafından seçilmediği görülmektedir. İngiliz Milletler Topluluğunun bir parçası olan Avustralya’da

⁷² Ganghof, “A New Political System Model”, s. 265.

İngiltere Kraliçesi devlet başkanı olarak tanınmaktadır. Ancak Kraliçe tarafından atanan Genel Vali, Kraliçeyi temsilen devlet başkanlığını yerine getirmektedir⁷³. Japonya’da ise devlet başkanı olan İmparator, veraset kurallarına göre belirlenmektedir⁷⁴.

Avustralya ve Japonya’da yasama organları Temsilciler Meclisi (alt meclis) ve Senatodan (üst meclis) oluşan iki meclisli bir yapıya sahiptir. Her iki ülkede de Temsilciler Meclisi ve Senato üyelerinin tamamı doğrudan halk tarafından seçilmektedir⁷⁵. Bu noktada bahsi geçen ülkelerde, özellikle üst meclislerin tüm üyelerinin doğrudan halk tarafından seçildiğine dikkat çekmek gerekmektedir. Zira daha önce de belirtildiği gibi, üst meclislerin tüm üyelerinin halk tarafından seçilmesine sıklıkla rastlanmadığından, ideal bir yarı parlamenter sistem açısından yasama organının iki bölümünün eşit meşruluğuna vurgu yapılmaktadır. Bu kapsamda Ganghof, tamamı doğrudan halk tarafından seçilmese de seçilme yöntemi açısından demokratik meşruluğa sahip üst meclislerin bulunduğu ülkelerin de yarı parlamenter olarak sınıflandırılmasına olumlu yaklaşmaktadır⁷⁶. Ancak Ganghof’un kendi sınıflandırmasında, yarı parlamenter sistemin uygulama alanını genişleten bu yaklaşım yerine, yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarından hareket ettiği ve üst meclisin tüm üyelerinin doğrudan halk tarafından seçilmesi unsuruna bağlı kaldığı görülmektedir⁷⁷.

Avustralya ve Japonya’da hükümetin görevine devam etmesi, alt meclis konumunda olan Temsilciler Meclisinin desteğine bağlıdır. Temsilciler Meclisinin güveni, hükümetin görevini sürdürmesini sağlamaktadır⁷⁸. Üst meclis konumundaki Senatoların ise böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.

İdeal bir yarı parlamenter sistemde, kanun yapım sürecinde yer alması gereken üst meclisin mutlak veto yetkisine Avustralya’da rastlanmaktadır.

⁷³ 1901 Avustralya Anayasası m.2, 61.

⁷⁴ 1946 Japonya Anayasası m.1, 2.

⁷⁵ Avustralya, Japonya ve diğer ülkelerin ulusal yasama organlarının yapılarıyla ilgili güncel ve ayrıntılı bilgiler için bkz. <https://data.ipu.org/content/parline-global-data-national-parliaments> (erişim tarihi: 16.09.2020).

⁷⁶ Ganghof, “A New Political System Model”, s. 265-266; Ganghof/ Eppner/ Pörschke, s. 227, dn. 3.

⁷⁷ Elgie, “On New Forms of Government”, s. 245-246.

⁷⁸ David Hamer, Can Responsible Government Survive in Australia?, Second Edition, The Department of the Senate, 2004, s. 113, 165. 1946 Japonya Anayasası, hükümetin alt meclise karşı sorumluluğunu açık bir biçimde düzenlemiştir (m.69).

Avustralya Anayasasının 57. maddesine göre bir kanun teklifinin Temsilciler Meclisinde kabul edildikten sonra aynı şekilde Senato tarafından da kabul edilmesi gerekmektedir. Temsilciler Meclisinin kabul ettiği kanun teklifinin Senato tarafından kabul edilmemesi veya bazı değişiklikler yapılarak kabul edilmesi halinde iki meclis arasında anlaşmazlık ortaya çıkmaktadır. Bu durumda üç aylık bir aradan sonra, Temsilciler Meclisi kanun teklifini aynı şekilde veya Senato tarafından yapılan değişikliklerle tekrar kabul ederse ve Senato yine bu teklifi kabul etmez veya bazı değişikliklerle kabul ederse, Genel Vali her iki meclisi aynı anda feshedebilir. Fesih sonucunda yapılan seçimlerle yenilenen meclisler arasında aynı kanun teklifi ile ilgili anlaşmazlık devam ediyorsa, her iki meclisin üyelerinin katıldığı ortak bir oturum düzenlenmektedir. Bu oturumda Senatonun kanun teklifi üzerindeki mutlak vetosunun etkinliğini kaybetmesi ve teklifin Temsilciler Meclisinin istediği biçimde kanunlaşması muhtemeldir. Zira Temsilciler Meclisinin, Senatoya göre daha fazla üyesi bulunmaktadır⁷⁹.

Japonya’da ise Senato kanun yapım sürecinde mutlak veto yetkisine sahip değildir. Her ne kadar Japonya Anayasasının 59. maddesine göre Temsilciler Meclisinin kabul ettiği kanun teklifinin kanunlaşabilmesi, kural olarak Senatonun kabulüne bağlansa da Senato tarafından yapılan vetonun kanun yapım sürecini engellediğinden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Zira kanun teklifi, Temsilciler Meclisinde kabul edildiği şekliyle Senatodan geçmezse yeniden Temsilciler Meclisinin önüne gelmekte ve Temsilciler Meclisi mevcut üyelerinin üçte ikisi ile tekrar kabul edilmesi halinde kanunlaşmaktadır.

İdeal bir yarı parlamenter sistemde, bütçeye ilişkin konularda çıkarılan kanunlar bakımından üst meclisin mutlak veto yetkisine sahip olmaması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Kanun yapım sürecinde üst meclise mutlak veto yetkisinin tanınmadığı Japonya’da bütçe kanunları bakımından da farklı bir durum söz konusu değildir. Japonya Senatosunun, bütçeye ilişkin konularda çıkarılan kanunlar üzerinde mutlak veto yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık, Avustralya Senatosu sıradan kanunlar gibi bütçeye ilişkin konularda çıkarılan kanunlar bakımından da mutlak veto yetkisine sahiptir.

⁷⁹ Ganghof, “A New Political System Model”, s. 266; Bulmer, Bicameralism, s. 25; Harry Evans, “The Role of the Australian Senate” in R.C. Tripathi (Ed.), Second Chambers; Bicameralism Today, Rajya Sabha Secretariat, 2002, s. 2.

Yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurlarını barındıran Avustralya ve Japonya'nın, ideal bir yarı parlamenter sisteme ne ölçüde uygun olduğunu bu bilgiler doğrultusunda değerlendirmek gerekmektedir. Japonya, üst meclisin bütçe dışı konularda çıkarılan kanunlar üzerinde mutlak veto yetkisine sahip olmaması bakımından ideal bir yarı parlamenter sistemden uzaklaşmaktadır. Avustralya'da ise üst meclisin mutlak veto yetkisinin bütçe kanunları için de söz konusu olması, ideal yarı parlamenter sisteme uygun bir özellik değildir. Ayrıca Ganghof'a göre, üst meclisin mutlak vetosu halinde iki meclis arasındaki anlaşmazlık, alt meclisin etkin olduğu ortak bir oturumda çözülebiliyorsa yine ideal yarı parlamenter sisteme uygun bir görüntü ortaya çıkmamaktadır⁸⁰. Bu son durum, daha önce bahsedildiği gibi, Avustralya'da bulunmaktadır. Avustralya'da üst meclisin kanun yapım sürecinde mutlak veto yetkisini kullanması üzerine ortaya çıkan iki meclis arasındaki anlaşmazlık, önce yeni seçimlere gidilerek sonrasında ise iki meclisin ortak oturumunda çözülebilmektedir. Ortak oturuma alt meclisin iradesinin hakim olması, üst meclisin sahip olduğu mutlak veto yetkisinin etkinliğini azaltmaktadır. Dolayısıyla gerek Avustralya gerekse de Japonya, Ganghof'un belirlediği yarı parlamenter sistemin ideal biçimine tam olarak uygun örnekler değildir⁸¹.

SONUÇ

Ganghof yarı parlamenter sistemi, yarı başkanlık sisteminden esinlenerek ancak bu sistemin tersi bir mantıkla oluşturmuştur. Yarı başkanlık sisteminde, ikili yapıya sahip olan yürütme organının yetki paylaşımı ve seçilme biçimi önemliyken; yarı parlamenter sistemde iki bölüme sahip olan yasama organının yetki paylaşımı ve seçilme biçimi öne çıkmaktadır. Yarı parlamenter sistemde iki meclisli yasama organları düşünüldüğünde, üst ve alt meclis doğrudan halk tarafından seçilmekte ve hükümete güvensizlik oyu verme yetkisi yalnızca alt meclise tanınmaktadır. Buna karşılık ideal bir yarı parlamenter sistemde üst meclisin, kanun yapım sürecinde mutlak bir veto yetkisine sahip olması gerekmektedir.

Yarı parlamenter sistemde, yasama organı içinde özellikle de üst meclisin konumunun belirleyici olduğu görülmektedir. Zira üst meclisin hükümete güvensizlik oyu verme yetkisinin bulunmaması ve tüm üyelerinin doğrudan halk tarafından seçilmesi koşullarının aynı anda bir ülkede bulunması oldukça zordur. Nitekim yalnızca Avustralya ve Japonya'nın bu koşullara uyduğu ve

⁸⁰ Ganghof, "A New Political System Model", s. 266; Ganghof/ Eppner/ Pörschke, s. 216.

⁸¹ Ganghof/ Eppner/ Pörschke, s. 216; Ganghof, "A New Political System Model", s. 266.

yarı parlamenter sisteme sahip olduğu Ganghof tarafından kabul edilmektedir. Bununla birlikte söz konusu ülkeler, üst meclislerin kanun yapım sürecinde bütçe kanunlarını kapsayacak şekilde mutlak veto yetkisinin bulunması (Avustralya) veya mutlak veto yetkisinin tümüyle bulunmaması (Japonya) yönlerinden Ganghof'un tasarladığı ideal yarı parlamenter sistemden sapmaktadır.

Ganghof yarı parlamenter sistemi, ayrı bir hükümet sistemi modeli olarak sunmaktadır. Kanaatimizce, yarı parlamenter sistem tamamen ayrı bir hükümet sistemi modeli olarak değerlendirilmemelidir. Yarı parlamenter sistemin tanımlayıcı unsurları göz önünde bulundurulduğunda, bu unsurların parlamenter sistem için de geçerli olduğu görülmektedir. Şöyle ki parlamenter sistemde tartışmalı olmakla birlikte, devlet başkanının halk tarafından seçilmesi mümkündür ancak esas olan halk tarafından seçilmeyen bir devlet başkanının varlığıdır. Diğer yandan, iki bölümden oluşan ve üyelerinin tamamı doğrudan halk tarafından seçilen bir yasama organı, diğer hükümet sistemi modelleri gibi parlamenter sistemde de bulunabilir. Son olarak, hükümetin görevine devam etmesinin, yasama organının güvenine bağlanması parlamenter sistemin temel bir özelliğidir. Hükümetin, yasama organının yalnızca bir bölümüne karşı sorumlu olduğu veya hükümete güvensizlik oyu verme yetkisinin, yasama organının yalnızca bir bölümüne tanındığı bir sistemin parlamenter olarak nitelenmesine de bir engel bulunmamaktadır. Zira bu durumda da hükümetin yasama organına karşı sorumlu olması koşulu sağlanmış olmaktadır.

Bu açıklamalar doğrultusunda Ganghof tarafından ortaya konan yarı parlamenter sistemi, parlamenter sistem kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Yarı parlamenter sistem, parlamenter sistemin bir alt türü olarak ifade edilebilir. Bununla birlikte, ister ayrı bir hükümet sistemi modeli olarak isterse de parlamenter sistem kapsamında değerlendirilsin, Ganghof'un denge ve denetim bakımından etkili bir hükümet sistemi modeli ortaya koyduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira kanun yapım sürecinde belirleyici role sahip olan üst meclisin, hükümetin görevine devam etmesinde herhangi bir yetkisinin bulunmaması ve bu yetkinin alt meclise tanınması, yasama organının kendi içinde ve yürütme organıyla olan ilişkilerinde sınırlarını belirlemektedir. Bu yönüyle yarı parlamenter sistem, özel bir iki meclislilik örneği sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Bulmer E., *Bicameralism, Second Edition, International IDEA Constitution-Building Primer 2*, 2017.
- Bulmer E., *Non-Executive Presidents in Parliamentary Democracies, Second Edition, International IDEA Constitution-Building Primer 6*, 2017.
- Carey J. M., “Presidential versus Parliamentary Government”, in Claude Menard/ Mary M. Shirley (Eds.), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, 2005, s. 91-122.
- Cheibub J. A., *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, Cambridge University Press, 2007.
- Duverger M., “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, 1980, 8(2), *European Journal of Political Research*, s. 165-187.
- Duverger M., “Reflections: The Political System of the European Union”, 1997, 31(1), *European Journal of Political Research*, s. 137-146.
- Elgie R., “On New Forms of Government”, 2018, 53(2), *Australian Journal of Political Science*, s. 241-247.
- Elgie R., “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, 1998, 33(2), *European Journal of Political Research*, s. 219-238.
- Elgie R., “The Politics of Semi-Presidentialism” in Robert Elgie (Ed.), *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford University Press, 1999, s. 1-21.
- Elgie R., “The President of Ireland in Comparative Perspective”, 2012, 27(4), *Irish Political Studies*, s. 502-521.
- Epstein L. D., “Parliamentary Government”, in David L. Sills (Ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 11, Macmillan and Free Press, 1968, s. 419-425.
- Evans H., “The Role of the Australian Senate” in R.C. Tripathi (Ed.), *Second Chambers; Bicameralism Today*, Rajya Sabha Secretariat, 2002, s. 1-7.
- Fabbrini S., “Features and Implications of Semi-Parliamentarism: The Direct Election of Italian Mayors”, 2001, 6(2), *South European Society and Politics*, s. 47-70.

- Ganghof S., “A New Political System Model: Semi-Parliamentary Government”, 2018, 57(2), *European Journal of Political Research*, s. 261-281.
- Ganghof S., “Bicameralism As a Form of Government (Or: Why Australia and Japan Do Not Have a Parliamentary System)”, 2014, 67(3), *Parliamentary Affairs*, s. 647-663.
- Ganghof S./ Eppner S./ Pörschke A., “Australian Bicameralism as Semi-Parliamentarism: Patterns of Majority Formation in 29 Democracies”, 2018, 53(2), *Australian Journal of Political Science*, s. 211-233.
- Hamer D., *Can Responsible Government Survive in Australia?*, Second Edition, The Department of the Senate, 2004.
- <https://data.ipu.org/content/parline-global-data-national-parliaments> (Erişim tarihi: 16.09.2020).
- Lijphart A., “Introduction”, in Arend Lijphart (Ed.), *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford University Press, 1992, s. 1-27.
- Lijphart A., *Patterns of Democracy; Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Second Edition, Yale University Press, 2012.
- Linz J. J., “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?” in Juan J. Linz/ Arturo Valenzuela (Eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, The Johns Hopkins University Press, 1994, s. 3-87.
- MacDonald W., *A New Constitution For A New America*, B. W. Huebsch, 1921.
- Müller W. C./ Bergman T./ Strøm K., “Parliamentary Democracy: Promise and Problems”, in Wolfgang C. Müller/ Torbjörn Bergman/ Kaare Strøm (Eds.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2006, s. 3-32.
- Onar E., *İsrail’in Kendine Özgü Bir Hükümet Sisteminden Eskisine Geri Dönüşü*, 72 Tasarım, 2003.
- O’Neil P., “Presidential Power in Post-Communist Europe: The Hungarian Case in Comparative Perspective”, 1993, 9(3), *Journal of Communist Studies*, s. 177-201.

- Özsoy Boyunsuz Ş., Başkanlı Parlamenter Sistem; Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2014.
- Riggs, F. W., “The Survival of Presidentialism in America: Paraconstitutional Practice”, 1988, 9(4), *International Political Science Review*, s. 247-278.
- Samuels D. J. / Shugart, M. S., *Presidents, Parties, and Prime Ministers; How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*, Cambridge University Press, 2010.
- Sartori G., *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği; Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Ergun Özbudun (Çev.), Yetkin Yayınları, 1997.
- Shugart M. S., “Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns”, 2005, 3(3), *French Politics*, s. 323-351.
- Shugart M. S., “Of Presidents and Parliaments”, 1993, 2(1), *East European Constitutional Review*, s. 30-32.
- Shugart M. S./ Carey J. M., *Presidents and Assemblies; Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992.
- Tsebelis G./ Money J., *Bicameralism*, Cambridge University Press, 1997.
- Uluşahin, N., *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Yetkin Yayınları, 2007.
- Vandamme P./ Jacquet V./ Niessen C./ Pitseys J./ Reuchamps M., “Intercameral Relations in a Bicameral Elected and Sortition Legislature”, 2018, 46(3), *Politics & Society*, s. 381-400.

CAN THE POLICE USE WEAPONS IN CASES OTHER THAN LEGITIMATE DEFENCE? A COMPARATIVE STUDY WITH THE FRENCH EXAMPLE

M. Buhari ÇETİNKAYA*

ABSTRACT

Law enforcement forces are authorized to the use of weapons in accordance with their duties. The use of the body-targeted weapons conflicts with the right to life and body integrity. The limits of this authority, which conflicts with the most valuable rights, should be determined very well. Law enforcement forces should exercise this authority within the framework of criteria and instructions that leave no room for doubt. Events that took place in Turkey, in 2014, the terrorist attacks that took place in France, in 2015 and 2016 have led to the re-opening of discussion on these authorities.

Law enforcement forces is equipped with the authority to the use of weapons within the framework of their duty to maintain public order. This authority is related to the authorization of the law. Additionally, in connection with its public duty, they are obliged to prevent attacks that will take place within the context of preventive activities it carries out. This is also related to the legitimate defence. The authorization of the law implies a broader concept than legitimate defence. The French legislator, considering that the powers of the national police are insufficient in the face of the attacks that took place in recent years, evaluated the authority to the use of weapons in a different framework. Evaluating the perspective of the actuality condition of the legitimate defence broader, can lead to a broader concept than the legitimate defence. It can be also concluded that the concept of legitimate defence has not been abandoned due to the fact that the necessity and proportionality conditions of legitimate defence has become much stricter.

In this study, we will examine how the new French framework law related to the use of weapons establishes a legitimate defence concept specific to the law enforcement forces. In this direction, we will consider the situation in Turkish law.

Keywords: Authority to the use of weapons, preventive actions, legitimate defence, authorization of the law, lawfulness.

* Dr., Research Assistant, Istanbul University Law Faculty Criminal Law and Criminal Procedure Law Department/ ISTANBUL, e-mail: buharicetinkaya@istanbul.edu.tr, ORCID : 0000-0003-0996-5055, DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933626

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 19/02/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/04/2021

POLİS MEŞRU SAVUNMA HALİ DIŞINDA SİLAH KULLANABİLİR Mİ? FRANSIZ ÖRNEĞİ İLE MUKAYESELİ BİR İNCELEME

ÖZ

Kolluk kuvvetleri vazifeleri gereği silah kullanma yetkisi ile donatılmışlardır. Kolluğun bedene yönelik silah kullanması, yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı ile çatışmaktadır. En değerli haklarla çatışan bu yetkinin sınırlarının çok iyi belirlenmesi gerekmektedir. Kolluk bu yetkiyi şüpheye yer bırakmayacak kriterler ve talimatlar çerçevesinde kullanılmalıdır. Türkiye’de 2014 yılında gerçekleşen olaylar, Fransa’da 2015 ve 2016 yıllarında gerçekleşen terör saldırıları kolluğun bu yetkisinin yeniden tartışmaya açılmasına sebep olmuştur.

Kolluk kendisine verilen, kamu düzenini koruma görevi çerçevesinde silah kullanma yetkisi ile donatılmıştır. Bu yetki kanunun hükmünü yerine getirme ile alakalıdır. Yine bununla bağlantılı şekilde kolluk, yürüttüğü önleyici faaliyetler bağlamında gerçekleşecek saldırıları engellemekle yükümlüdür. Bu da meşru savunma ile alakalıdır. Kanunun hükmünü yerine getirme, meşru savunmadan daha geniş bir konsepti ifade eder. Fransız yasa koyucusu, son yıllarda gerçekleşen saldırılar karşısında özellikle ulusal polisin yetkilerinin yetersiz olduğu düşüncesiyle silah kullanma yetkisini farklı bir çerçevede ele almıştır. Meşru savunmanın mevcudiyet şartının daha geniş bir bakış açısıyla ele alınmasından, yeni çerçevenin meşru savunmadan daha geniş bir konsept ortaya koyduğu sonucu çıkarılabilir. Meşru savunmanın gereklilik ve orantılılık şartının çok daha sıkılaştırılmasından da meşru savunma konseptinin terk edilmediği sonucuna varılabilir.

Bu çalışmada kolluğun silah kullanmasına ilişkin yeni Fransız çerçeve yasınının kolluğa özgü nasıl bir meşru savunma konsepti ihdas ettiğini Türk hukukundaki durumu da ele alarak değerlendireceğiz.

Anahtar Kelimeler: Silah kullanma yetkisi, önleyici faaliyetler, meşru savunma, kanunun hükmünü yerine getirme, hukuka uygunluk.

Introduction

Law enforcement forces can use weapons as required by their duties within the framework of maintaining public order and struggling against crime and criminals. The use of weapons should be used as the last resort (*ultima ratio*) in case other measures do not benefit. The use of weapons directly targets the body integrity of the person and the right to life. For this reason, the use of weapons, which is directed towards the most valuable rights, may

become legitimate within the concept of legitimate defence or in a concept that means very close to legitimate defence.

When the engagements regarding the circumstances under which the law enforcement forces can use their weapons are examined, it is seen that they can use their weapons for circumstances other than legitimate defence. However, this does not mean that the law enforcement forces can use weapons out of proportionality to the intended purpose in these cases. For example, the killing of the suspect to be arrested will be an unlawful and disproportionate act within the framework of the authority to the use of weapons.

In this study, we will specifically examine the law enforcement forces' authority to the use of weapons in a fatal way. In particular, we will ask the question of whether a weapon can be used in a fatal way, except for the concept of legitimate defence. In doing so, we will compare the situation in Turkish law with the French law, which established a common framework of the use of weapons for all kind of law enforcement forces in 2017. We will discuss whether the authorization to the use of weapons, which was taken up with a new concept in Turkey in 2015 and in France in 2017, constitutes a wider concept than legitimate defence in this sense.

I. Generally

After the events in October 2014¹, article 16 of the Law on Police Duties and Authorities (LPDA) regarding the use of weapons² by the police was amended by the law numbered 6638, which is publicly known as the Internal Security Package. After the attacks in France in January and November 2015³, the authorization of the internal security forces to use weapons was unified under a single provision and Article L.435-1 of the Internal Security Code (CSI⁴) was created⁵. In France, just after the enactment of the law numbered

¹ Hazal Duran, "5 Soru: 6-8 Ekim Olayları", <https://www.setav.org/5-soru-6-8-ekim-olaylari/> (Online: 20.04.2021)

² In this study, the term "*weapon*" refers to the "fire weapons".

³ M. Éric Ciotti, "Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n° 3271) visant à élargir les capacités d'intervention des forces de l'ordre", <https://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3446.asp> (Online 20.04.2021)

⁴ According to the abbreviation derived from the French name of the code "*Code sécurité intérieure*".

⁵ The legislation process of the provision is examined below, under the title of "Legal Framework".

2017-258 of February 28, 2017⁶, which envisages a common framework for using weapon for the different units of the police and the gendarmerie, on May 20, 2017, the gendarmerie officials killed a person who fled on the narrow dirt road after two warnings. On May 30, 2017, police officers likewise opened fire on a person who came rapidly in their direction with a vehicle reported to be stolen. On August 19, 2017, national police officers opened fire on a person who refused to obey the command and attempted to escape from his vehicle⁷.

In France, in the period before the adoption of the laws numbered 2016-731 and dated June 3, 2016⁸ and numbered 2017-258 and dated February 28, 2017, provisions on the use of weapons by law enforcement forces were differentiated⁹ by the type of forces who use weapons as in Turkey¹⁰. While the gendarmerie forces which have the authority to the use of weapons can perform this authority within the conditions stipulated in the former L. 2338-3 article of the Defence Code¹¹, police officers had the authority to the use of weapons in cases of legitimate defence and state of necessity which are regulated in Articles 122-5 and 122-7 of the French Criminal Code (FCC),

⁶ The law related to Public Security, numbered 2017-258 and dated February 28, 2017, Official Journal no 51, March 1, 2017.

⁷ About above-mentioned incidents see Catherine Tzutzuiano, "L'usage des armes par les forces de l'ordre", 2017, 4, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (RSC), p. 699-700.

⁸ Law to strengthen the fight against organized crime, terrorism and its financing, and improve the efficiency and guarantees of criminal proceedings, numbered 2016-731 and dated June 3, 2016, Official Journal, no 129, June 4, 2016.

⁹ Except for the dissolution of gatherings that require the use of force including the use of weapons, which are within the authority of the gendarmerie and the national police. Article 431-3 paragraph 1 of French Criminal Code defines what the gathering (*attroupement*) means. According to this "Any gathering of people on the public way or in a public place liable to disturb public order constitutes a gathering." For detailed information about the dispersion of gathering in French law, see Mathias Murbach-Vibert, "Attroupement", in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, no 81 et al.

¹⁰ Law enforcement forces authority to the use of weapons is regulated in different laws like the Gendarmerie Organization, Duties and Authorities Law and the Coast Guard Command Law such as regulated in the LPDA. Although there are no detailed provisions regarding the authorization to the use of weapons in the mentioned laws, Article 25 of the LPDA and Article 5 of the Coast Guard Command Law have somehow stipulated that the authorization to the use of weapons in the LPDA is also valid for the Gendarmerie and Coast Guard forces and have created a common framework for these units in terms of use of weapons. (İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16th Ed., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, p. 335, fn. 455.)

¹¹ Gendarmerie can also be deployed to prevent or interrupt any intrusion into a highly sensitive defense area according to art. L. 4123-12-I of Defence Code.

indistinguishable from ordinary citizens. The legitimization of the use of weapons in a state of necessity¹², which is seen as justification fact in French criminal law, was one time accepted by the Criminal Chamber of the French Court of Cassation¹³. In contrast, law enforcement forces often use weapons within legitimate defence, in France and Turkey. The police, like everyone else, in using weapons within the scope of legitimate defence, must meet the conditions of legitimate defence. For this, there must be an illegal aggression against himself or someone else, the use of weapons must be a necessity, weapons must be used against an actual attack and the weapons must be used proportional to the aggression¹⁴. In this sense, it is said that the conditions for legitimate defence of both countries are similar. Although the provisions on the authorization to the use of weapons seem to allow the use of weapons outside of the legitimate defence, is this a use outside the legitimate defence concept or is it a special concept of legitimate defence specified to law enforcement forces? In this study, this problematic will be evaluated by taking the French example into consideration.

¹² The state of necessity is not a justification fact which is very compatible with the situations where the police can use weapon. Necessity presupposes the actuality of a danger rather than an aggression. In this respect, the source of danger is non-human, it is a natural event or animal attack or etc. A person who wants to avoid danger in case of state of necessity harms the right of a third person who is not related to the danger. In other words, the third person is victim and innocent. Therefore, the state of necessity is not an institution that will work for the person using a weapon in response to an actual or hypothetical attack. The person in this situation is not in state of necessity but in a legitimate defence if other conditions exist. In legitimate defence, “danger arises from an aggression, and the source of aggression is human. The source of the danger can be identified and the person is considered as an aggressor and has to bear all the harmful consequences of the act of a person who does nothing but respond to his attack.” See Corrine Mascala, “Faits justificatifs – Etat de nécessité”, in J.-Cl. Pénal Code, LexisNexis, 2016, no 20.

¹³ French Court of Cassation Criminal Section (hereinafter Crim.) 16.07.1986, Recueil Dalloz (hereinafter D) 1988, p. 390.

¹⁴ On the conditions of legitimate defence in Turkish criminal law see, Özgenç, p. 367 et al; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14th Ed., Adalet, Ankara, 2020, p. 506 et al; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 12th Ed., Seçkin, Ankara, 2019, p. 220-221; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13th Ed., Seçkin, Ankara, 2020, p. 284-285; On the conditions of legitimate defence in French criminal law see, Jean Pradel, *Droit pénal general*, 21st Ed., Cujas, Paris, 2016, p. 320 et al; Bernard Bouloc, *Droit penal general*, 25th Ed., Dalloz, Paris, 2017, 367 et al; Emmanuel Dreyer, *Droit pénal general*, 4th Ed., LexisNexis, Paris, 2016, p. 903 et al; Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal général*, 4th Ed., Ellipses, 2017, Paris, p. 396-397.

II. Legal Framework

The terrorist attacks that took place in Paris in January and November 2015, the attacks against soldiers¹⁵ and policemen¹⁶ in different parts of France, especially the attacks in the autumn of 2016¹⁷ targeting the police, caused to reopen the arguments on authority to the use of weapons by law enforcement forces especially the national police. Considering that the conditions of legitimate defence are insufficient to prevent these attacks and independently from that insufficient to fulfil the security obligation of the police, the French Government has taken steps to redefine the framework of using weapons. The draft law on public security, which particularly touches the works¹⁸ of the mission on the framework of the law enforcement forces authority to the use of weapons under the presidency of H el ene Cazaux-Charles, was submitted to the French National Assembly on December 21, 2016. It was also legislated on February 28, 2017 as the Law No. 2017-258 related to Public Security.

This law adds Article L. 435-1 to the CSI, establishing a common framework of authorization to the use of weapons for all internal security forces. The law has brought together¹⁹ the rules on the use of weapons as a

¹⁵ In the city of Nice on February 3, 2015, two soldiers were wounded in a knife attack by an aggressor. In the city of Valence, on January 1, 2016, an aggressor attempted to hit four soldiers on patrol with his vehicle. About above-mentioned incidents see Tzutzuiano, p. 701.

¹⁶ In December 2014, an aggressor was shot to death after attacking three police officers with a knife. In January 2015, the aggressor, armed with a knife and a fake explosive device, was killed while attempting to attack four police officers on duty. On January 7, 2015, two police officers were killed by two brothers during the Charlie Hebdo attack in Paris. A police officer was also killed in Montrouge in the same day. On June 13, 2016, a police officer and an officer of the Ministry of the Interior were killed with an assault knife. A police officer was killed with a machine gun on the Champs- elys ees just after the new framework on the law enforcement forces' authority to the use of weapons came into force. About above-mentioned incidents see Tzutzuiano, p. 701.

¹⁷ On October 8, 2016, four police officers in their vehicles were attacked with a Molotov cocktail. After this attack, in which two of the four police officers were injured with severe burns, the police started to protest the insufficiency of the law. (Tzutzuiano, p. 701.)

¹⁸ November 2016 Mission Report on the Framework of the Legal Authority of the Security Forces to the Use of Weapons, chaired by H el ene Cazaux-Charles, Director of the National Institute for Justice and Security High Studies. (Institut national des hautes  tudes de la sécurité et de la justice, "Le cadre legal de l'usage des armes par les forces de s curit s", Rapport of Mission chaired by H el ene Cazaux-Charles, 2017, no 39, Cahiers de la sécurité et de la justice, p. 39 et. al.)

¹⁹ In the same vein Tzutzuiano, p. 701.

framework law²⁰, which can be applied to the national police and gendarmerie, to date, specifically regarding the gendarmerie. In this way, law enforcement forces can use their weapons in response in five situations within the framework of a common regime. Situations in which law enforcement forces can use weapons are called engagements. The first four engagements are to reconsider and make more pronounced the authority to the use of weapons, previously stipulated for the gendarmerie in Article L. 2338-3 of the Defence Code. The fifth engagement is the fact that the provision legislated as Article 122-4-1²¹ of the FCC with the law dated June 3, 2016 and numbered 2016-731 was taken into the CSI one year after its enactment.

In Turkey, after the events of October 2014, Law No. 6638, publicly known as the Internal Security Package, made a change in the regime of the police authority to the use of weapons with a similar reactance. The law added clause (d) as a new engagement to paragraph 7 of article 16 of the LPDA.

After the amendment, the provision of article 16/7 of LPDA, which regulates the substantial engagements regarding the use of weapons by police is as follows:

“The police are authorized to the use of weapons;

a) within the scope of the right to legitimate defence,

b) with the aim of to break the resistance proportionally, in case of

²⁰ The law concerns national police, national gendarmerie forces, forces deployed in the country under the Operation Sentinelle and customs guards. In accordance with Article L. 2338-3 of the Defence Code, military forces responsible for the protection of military facilities may also use weapons in this context, except for the engagement regulated in the fifth paragraph. Whether these provisions are applicable to the municipal police or not has been discussed at length in the Parliament. The Senate wished to extend the engagements in the first and fifth paragraphs of Article L. 435-1 to the municipal police as well. However, the National Assembly partially removed this extension from the law. The Joint Commission decided that only the engagement in the first paragraph, which actually defines the legitimate defence, was also applicable to the municipal police. (Internal Security Code, Art. L. 511-5-1). Finally, it should be said that, in accordance with Article 12 of the law numbered 2009-1436 and dated 24 November 2009, forces in prison can use weapon within the scope of the engagements in the first and second paragraphs of the common framework.

²¹ Article 122-4-1 of the French Criminal Code was amended to the Code with the law numbered 2016-731 and dated June 3, 2016, in connection with the justification fact order of the law under the title of the reasons that cause irresponsibility or attenuation of the responsibility. Today, this provision has almost the same text and is included in the 5th paragraph of the L. 435-1 article of the Internal Security Code. (Jean Pradel, “Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l’ordre”, 2016, D, p.2525)

resistance that s/he cannot neutralize by using physical force and material power;

c) with the aim of ensuring proportionally to arrest of persons for whom a warrant of detention, custody, to cow or arrestment has been issued or arrest of red-handed suspect,

d) with the aim of to make proportionally the aggression ineffective, against those who attack or attempt to attack with molotov, explosive, flammable, incendiary, choking, wounding and similar weapons to themselves or others, workplaces, residences, public buildings, schools, dormitories, places of worship, vehicles and open or closed areas where persons are individually or collectively.”

Following the change in the use of weapons regime of the law enforcement forces in France, article L. 435-1 of the Internal Security Code is as follows.

“In the exercise of their functions and wearing their uniform or external and visible insignia of their quality, in addition to the cases mentioned in article L. 211-9, the agents of the national police force and the soldiers of the national gendarmerie can use their weapons within absolute necessity and strictly proportionality:

1) In case of attacks on life or physical integrity are brought against them or against others or when armed persons threaten their life or their physical integrity or those of others;

2) When, after two summons made aloud, they cannot otherwise defend the places they occupy or the people entrusted to them;

3) When, immediately after two summons aloud, they cannot compel to stop, other than by the use of weapons, persons who seek to escape their custody or their investigations and who are likely to perpetrate, in their flight, attacks on their life or their physical integrity or those of others;

4) When they cannot immobilize, other than by the use of weapons, vehicles, boats or other means of transport, whose drivers do not comply with the stop order and whose occupants are likely to perpetrate, in their flight, attacks on their life or their physical integrity or those of others;

5) With the exclusive aim of preventing the repetition, in an approaching time, of one or more murders or attempted murders which have just been committed, when they have real and objective reasons to consider that this

repetition is probable in view of information they dispose when they use their weapon.”

As it can be understood from the text of the French provision, in legally prescribed circumstances and under the conditions specified by this article, internal security forces are authorized to the use of weapons while performing their duties and wearing their uniforms or external symbols and their qualities are understandable²². On the other hand, the Turkish provision does not require the quality of the law enforcement forces can be understandable (with a symbol visible on the uniform or clothing) as a condition to the use of weapons. The most distinctive difference between the two provisions is that the French provision’s engagements are stipulated as close to legitimate defence as much as possible²³.

Although they do not refer to this in the texts of the two laws²⁴, the use of weapons also embodies the (justification fact) authorization of the law²⁵ within the scope of article 24/1 of the Turkish Criminal Code (TCC) and article 122-4

²² Internal Security Code Article L. 435-1 does not apply when law enforcement forces keep weapon out of duty and are in a legitimate defence. Tzutzuiano, p. 702.

²³ In comparative law authority to the use of weapons by law enforcement forces are stipulated in a very close manner with legitimate defence concept. According to Spanish law of March 13, 1986 on police’s authority to the use of weapons “*a weapon can only be used in situations in which there is a serious risk of harm to the physical integrity of a person or a serious risk of harm to public security* “. German federal law of March 10, 1961 on the use of firearms: according to its article 10, federal police officers “may only use their weapons in order to prevent the imminent commission of a crime or misdemeanour when the latter involves the use or carrying of a weapon or explosive “. The Belgian law of August 5, 1992 on the police function provides that “police officers may only use firearms (...) if it is reasonably possible to suppose that people have a weapon ready-made fire and that they would use it against people.” For the provisions in comparative law related to using weapon by police see, Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, 4th Edition, Dalloz, 2016, no 102 et al.

²⁴ Provisions regarding the law enforcement forces authority to the use of weapons regulate armed behaviours that are lawful due to other reasons in the form of engagements so that law enforcement officers do not hesitate. (In the same vein M. Bedri Eryılmaz/Ayhan Bozlak, “Hukumumuzda Zor Ve Silah Kullanma Yetkisi”, 2009, 83, TBB Dergisi, p. 237, 247.) According to Décima, the provisions of the law enforcement forces’ use of weapon are intriguing provisions by their aims. Because these provisions generally aim to legitimize the usual activity (modus operandi) of the law enforcement forces. In other words, there is a determination to provide a legal guarantee that no crime can be committed with the police’s weapon in his usual activities. Bkz. Olivier Décima, “Terreur et métamorphose – À propos de la loi no 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme”, 2016, D., p. 182.

²⁵ Özgenç, p. 332 et al.; Hafizoğulları/Özen, p. 213; Koca/Üzülmez, p. 276-277, ftn. 770; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, p. 484.

of the FCC²⁶. This justification fact which is frequently mentioned fact in both countries regarding the use of weapons by the police or the duty performed by the police. This fact is the justification fact which is applied generally within the scope of irresponsibility of the police when use of weapons. However, the Turkish provision also bases the TCC's provision on legitimate defence in its text²⁷. When the use of weapons by the law enforcement forces is linked to the authorization of the law, a wider domain of justification appears compared to legitimate defence. When two countries' provisions are read, it can be said that this is the purpose of the legislators at first sight²⁸.

Then the following question must be asked. After the changes in terms of law enforcement forces' use of weapons, do the legislators present a wider framework other than legitimate defence? In other words, is this framework a justification that is really separate from the justification of legitimate defence?

When the framework of the authorization of the law is put to the fore, the legislator of course wants to adapt the use of weapons to the public security duty of the police²⁹, different from ordinary citizens. Considering the constitutional³⁰ and supranational provisions³¹ regarding the use of weapons,

²⁶ Pradel, *Droit pénal general*, p. 307; Rassat, p. 385 et al.; Bouloc, p. 357; Dreyer, p. 887 et al.

²⁷ "In cases where legitimate defence is in question, it is necessary to make an assessment directly based on the provisions of the TCC on legitimate defense, without applying to the provisions of the legislation regulating the use of force and weapons by the police." Eryılmaz/Bozlak, p. 244.

²⁸ Ibid, p. 245 et al.

²⁹ Yves Mayaud, "Violences mortelles par un gendarme, ou d'une justification de transition", 2018, RSC, p. 87.

³⁰ Paragraph 4 of Article 17 of the Turkish Constitution states that reasons other than legitimate defence may legitimize the use of weapons. According to the article "*The act of killing in case of self-defence and, when permitted by law as a compelling measure to use a weapon, during the execution of warrants of capture and arrest, the prevention of the escape of lawfully arrested or convicted persons, the quelling of riot or insurrection, or carrying out the orders of authorized bodies during state of emergency, do not fall within the scope of the provision of the first paragraph.*" (For English translation of the Constitution of the Republic of Turkey see <https://www.anayasa.gov.tr/en/legislation/turkish-constitution/> (Online 05.02.2021))

³¹ Paragraph 2 of the article 2 of European Convention on Human Rights states that reasons other than legitimate defence may legitimize the use of weapons. According to the article "*Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling*

this framework can be considered to be separate from the concept of legitimate defence. However, when the conditions required by the specific domestic provisions to the use of weapons and each engagement are examined, there is not an obvious distinction. Thus, the use of weapons gets closer to the concept of legitimate defence³².

III. The separation of the regime of the use of weapons from legitimate defence

While establishing a specific authority to the use of weapons for law enforcement forces, the legislator acts with the aim of adapting this authority to the security situations that law enforcement forces may face. It should be noted that law enforcement forces are usually performing preventive duties. One of the main duties of the law enforcement forces is to take measures to prevent the deterioration of public order³³. In adapting the use of weapons to law enforcement forces, different from ordinary citizens, it is necessary to stretch the actuality condition which is one of the conditions of legitimate defence. For this reason, the legislator makes it legally possible to engage the use of weapons before aggression in a preventive nature.

A. Stretching the condition of the actuality of an aggression

The provisions on the authority of the law enforcement forces to the use of weapons are differing from legitimate defence in terms of not seeking the actuality of an aggression, which is a material condition of legitimate defence. According to the Article 122-5 of the FCC, the act of defence must be realized simultaneously (“... *dans le même temps...*”) with the act of aggression. Turkish law expresses a wider provision than the French one in terms of the actuality condition. Accordingly, the aggression must be an aggression that is occurring or is certain to occur or repeat³⁴. The simultaneity in the French

a riot or insurrection.”

³² Tzutzuiano, p. 703.

³³ Jacques Buisson, *L'acte de police*, volume II, Lyon, 1988, p. 531 et al.

³⁴ According to the justification of the art. 25 of Turkish Criminal Code “...*in terms of the “unlawful aggression” condition of the legitimate defence, “unlawful aggression that occurs” and “unlawful aggression that will occur in certainty” or “unlawful aggression that will repeat in certainty” are deemed the same. Thus, the ability of individuals to protect themselves against unlawful aggressions is further expanded.*” In our opinion, what is mentioned is not about the unlawfulness feature of the aggression, but it is about the actuality of the aggression.

provision can also be read in this manner³⁵. On the other hand, the requirement of simultaneity regarding the use of weapons is not stipulated in Article L 435-1 of CSI.

The first engagement in French provision, which gives the authority to the use of weapons, takes into account the aggression against life or body integrity of themselves or another person, or the threat of armed person to the life or body integrity of themselves or someone else. This situation, which allows the law enforcement forces to use of weapons, is close to legitimate defence. But, unlike legitimate defence, the actuality or simultaneity of the aggression is not stipulated in first situation. In terms of the LPDA provisions, article 16/7 (b) and (c) clauses that allow the use of weapons do not mention the actuality of an aggression too.

The same applies to the other three following situations stipulated in Article L. 435-1 of CSI. No condition regarding the actuality of an aggression is legally stipulated. The actuality of an aggression or, more broadly, the absence of the simultaneity condition of defence has been the subject of discussions in the legislation process of this provision in France. These discussions focused specifically on the third situation of the use of weapons after two warnings to fugitives who were suspected of attacking the life or body integrity of law enforcement forces or others during their flight, and the fourth situation of the use of weapons to the driver of transportation vehicles not obeying the stop instructions after two warnings. Within the framework of these discussions, a time indicator was first included in the draft provision. Accordingly, the threat of attack against life or body integrity in these two situations of the use of weapons should have been “imminent”³⁶. Considering the condition of the actuality of an aggression in the legitimate defence, the formulation of this time indicator made it difficult to point out even a slight difference. Indeed, according to the law, in legitimate defence, the act of defence must be realized

³⁵ On how the condition of actuality in legitimate defence is evaluated in French criminal law, see. Roger Bernardini, “Légitime defense”, in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, no. 50-66.

³⁶ The third and fourth paragraphs of Article L. 435-1 were worded as follows: “3- *When, immediately after two summons addressed aloud to persons seeking to escape their custody or their investigations, they can compel these persons to stop only by use of their weapons, in order to prevent them to perpetrate imminent attacks on their or third parties’ life or body integrity.* 4- *When they cannot immobilize vehicles, boats or other means of transport, whose drivers do not comply with the stop order; other than by use of their weapons, in order to prevent them from committing imminent aggression to their or third parties’ life or body integrity.*”

simultaneously. Considering the case-law regarding the application of this justification fact, the fact that the attack was imminent other than present, justifies the legitimate defence equally³⁷. Time indicator of the original draft is annulled to give authorization to the use of weapons against persons suspected of attacking themselves or someone else's life or body integrity during their flight, without any other time requirement only with a prior warning or a stop order. In this way, the legislator wanted to clearly state the distinction between the justification facts authorization of the law and the legitimate defence. With the same considerations, the draft text has widened compared to the legitimate defence in terms of "the scope of situations specifically authorizing the use of weapons³⁸".

Only the fifth situation stipulated by article L. 435-1 contains a time indicator. In this situation, the authorization of the law enforcement forces to the use of weapons is stipulated in order to prevent the repetition of one or more murder or attempts to murder in the "approaching time". It is necessary to mention this condition as a condition of actuality and in this case, this condition should be considered as a condition of justification. However, we cannot refer to this condition as a condition similar to the actuality condition in the legitimate defence. Anyway, the fifth engagement has deliberately preferred the broader term "approaching time" rather than the "imminent time". The question to be asked here is: what is meant by the approaching time? Does it represent a relatively short period of time, or should it be understood as a time spreading to days? For example, if there is a suspicion that the perpetrator of just committed one or more murder or attempted murder will repeat, in how long time should he be neutralized? In addition, determining the time scope of the expression "just" is a separate problem.

On the other hand, the legislator seems to have granted an authority for the act of repression, by stipulating the condition that the use of weapons should be used in the approaching time following one or more murder or attempts to murder. But it is not so. For the use of weapons after one or more murder or attempts to murder, law enforcement forces should be convinced that repetition of these acts is probably³⁹. This situation makes it legitimate

³⁷ See, Tzutzuiano, p. 709 et al.

³⁸ CNCDDH, Opinion on the Law related to public security, February 23, 2017, p. 10. https://www.cncdh.fr/sites/default/files/170223_avis_sur_le_projet_de_loi_securite_publique_1.pdf (Online 06.02.2021)

³⁹ "...the condition of a "probable" reiteration introduces a dose of subjectivity that is difficult

to realize a defensive action before an aggression, which is also valid for the previous four engagements. Thus, the legislator legally stipulates the legitimacy of a preventive defence action.

In terms of LPDA, clause (d) of article 16/7 implies a similar provision. Accordingly, law enforcement forces can use weapons against persons who have attacked or attempted to attack with certain materials. The text of the clause (d) seems to authorize to the use of weapons against an aggression that is finished and not actual. However, the text subjects the use of weapons to the aim of making the aggression ineffective and the criteria of proportionality that would make it ineffective⁴⁰. By the way it is necessary to conclude that the aggression will be repeated. But there is no determination as in how long time it will be repeated. At this point, it is necessary to look at the condition of actuality in the legitimate defence concept. Moreover, since the provision does not make an extension (imminent time - approaching time) unlike the French one, the actuality must be understood as an aggression will repeat in certainty⁴¹.

The engagements in LPDA Art. 16/7-(b) and (c) authorize to use of weapons outside the legitimate defence. In Turkish doctrine, there is no author examining these provisions within the concept of legitimate defence. This situation is the result of considering the use of weapons within the concept of authorization of the law and outside of legitimate defence. In both clauses, there is not the slightest indication to remind legitimate defence. In particular, the engagement in clause (b) has been written by the legislator without considering any concept. Because this engagement is already a prerequisite for using weapon⁴². In the concept of the authorization of the law, the assessment

to assess. In short, it is to be feared that we will replace one legal uncertainty with another. On the other hand, why we limit the right of the police to the pre-existence of a murder or an attempted murder?" Pradel, "Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l'ordre", p.2525.

⁴⁰ For the criticism saying that the authorities stipulated in the clause are already in the scope of legitimate defence and unnecessary, see, Koca/Üzülmez, p. 277, fn. 770; Adem Sözüer, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Alfa Yayınları, 4th Ed., İstanbul, 2015, p. 15-17; On October 8, 2016, four police officers in their vehicles were attacked with a Molotov cocktail. After this attack, in which two of the four police officers were injured with severe burns, the police started to protest the insufficiency of the law. About legislating the engagement of the use of weapons corresponding to molotov cocktail attacks, process in France and Turkey are similar.

⁴¹ In the same vein, Sözüer, p. 15-17

⁴² Eryılmaz/Bozlak, p. 245 – 246.

of the proportionality between interests is quite different from the legitimate defence. First of all, in authorization of the law, it is stated by the law that the interest to be obtained by the fulfilment of a duty whose conditions have been met, is superior to the interest which is harmed and this is a presumption. Acknowledging a behaviour as lawful requires existence of a balance or at least equivalence between the interest sought to protect and the interest which is harmed. It is accepted that the legal interest protected by the authorization of the law is more valuable than whatever harmed interest is related to the subject⁴³. As such, law enforcement forces may use weapon targeting the person's body even when engagements other than legitimate defence are in question. Since it is assumed that the expected interest from the authorization of the law outweighs, the act will be lawful and legitimate. In this sense, it is accepted that the interest to be obtained by the person's arrest is superior to the harmed interest to be caused by his injury⁴⁴.

In France, before the common framework came into force, the police could only use of weapons in legitimate defence. Within the authority arising from Article 73 of the Code of Criminal Procedure, law enforcement forces can arrest red-handed like anyone else. During that period, in some cases, law enforcement forces used their weapons for arrest (when there was no legitimate defence) and claim that they could use of weapons in such situation within the framework of the concept of authorization of the law. Although the French Court of Cassation stated that the police could use of weapons in these cases, it also evaluated the proportionality by not accepting that the interest to be obtained by authorization of the law is automatically superior to the harmed interest.⁴⁵

⁴³ Zeynel T. Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi", 2012, 89-90, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, p. 27-28.

⁴⁴ Ibid. The author defines it as "predominating value" (*ağır basan yarar*); In the same vein Koca/Üzülmez, p. 277, fn. 770; "...This is because the conditions of application of article 174 of the decree of May 20, 1903 were met, which confer the ability to the use of weapons to immobilize vehicles not complying with a stop order. However, since there was authorization of the law, the action carried out entailed criminal irresponsibility, even for an involuntary fault committed during the execution of the prescribed act. The solution can only be approved, because the authorization of the law, unlike legitimate defence, is unqualified. If it exists, it validates the action taken." (Bernard Bouloc, "Autorisation de la loi. Admission. Portée", 2000, RSC, p. 817)

⁴⁵ See, Crim. 13.04.2005, n° 04-83.939, Criminal Bulletin, n° 131.

B. Allowing the preventive actions of law enforcement forces

By not seeking the actuality of an aggression, which is a material condition of legitimate defence, the French provision established a framework for the use of weapons by law enforcement forces on the basis of preventive action⁴⁶. Examination of the provision of Article L. 435-1 reveals that indeed the law enforcement forces can use their weapons against a person suspected who going to attack his or another person's life or body integrity to prevent the occurrence of these consequences. In other words, it is the preventive legal authority given to law enforcement forces in five situations that they may face.

By the acceptance of the legitimacy of the defence action before the act of aggression, the legislator recognizes the authority to the use of weapons only if the law enforcement forces are faced with the "suspected" or "probable" act of aggression against life or body integrity (hence it is also difficult to call this act a defensive behaviour). The absence of actuality condition is therefore related to the assessment of the reality of the attack. For this reason, law enforcement forces will have to evaluate the suspicion that an aggression will realize in order to decide whether there is or not the authority to the use of weapons in the heat of the circumstances. In this way, the legislator puts law enforcement forces in a sensitive position that will be the source of very serious discussions. Because evaluating the probability of an aggression is up to the law enforcement forces. Probability is a considerable wider margin than certainty. This situation will rightly raise many controversies for no reason⁴⁷.

For example, in application of the third situation stipulated by Article L. 435-1 of CSI, especially in close follow-ups in the city, what is the probability degree of the suspicion that the person using the vehicle of transport, who is running away, will attack the life or body integrity of the law enforcement forces or someone else? Or, in the application of the fifth situation stipulated by the same article, depending on the time indicator in the text of the article, how can the law enforcement forces know that the action suspected to realize is a

⁴⁶ "...But legitimate defence here suffers from a double handicap. First, it places the police under the same regime as any individual while they are in a different material position, as has just been said. Then, the conditions of legitimate defence are strictly understood and, more precisely, those of the current nature of the aggression, the need for defence and a proportion between the seriousness of the threat and the intensity of the response." Pradel, "Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l'ordre", p.2525

⁴⁷ Similar approaches took place in the CNCDH opinion on the law related to he public security (February 23, 2017) and the oppinion of *Défenseur des droits* (January 24, 2017) https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=18573 (Online 06.02.2021)

repetition of the act of murder or attempting to murder? Here, law enforcement forces have been given a considerable wide margin of appreciation. This deprives law enforcement forces of the legal certainty⁴⁸ they need in this field, and as in the examples we gave under the title (I), these provisions were applied after the article legislated and will be applied frequently. Undoubtedly, in the case of legitimate defence, the evaluation of the actuality and reality of the aggression is up to the law enforcement forces. However, the age-old practice of legitimate defence and the stability of the case law in this field mean a legal certainty that narrows the margin of appreciation of law enforcement forces.

Indeed, in some cases it can be quite difficult to detect the existence of these conditions. These are the situations in which the police officer has difficulty in assessing the extent of the aggression⁴⁹ against him, or when it becomes difficult to assess whether the person is dangerous from his physical movements⁵⁰, for example preparing to pull a knife or a gun. However, the determination of the actuality and the of the act of aggression is the subject of established case law. This know-how provided by the established case-law also provides a number of legal certainty, which the new provision on the use of weapons by the law enforcement forces does not envisage them.

The advantages of the aforementioned article L. 435-1 of CSI to law enforcement forces depend on how the judicial authorities will handle this probability aspect of the actual aggression. If the judicial authorities take

⁴⁸ The justification of the Law related to the Public Security defines the new framework of the authority to the use of weapons as "...obvious, previsible and adapted to the threats that people who maintain public order may face while performing their duties." ECtHR jurisprudence state that those who maintain public authority and order should have a legal framework that sets specific instructions and criteria for the use of force. (See, ECtHR, GC., 20.12.2004, Makaratzis v. Grèce, no 50385/99; Jean-François Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme" (août 2004 - janv. 2005), 2005, Actualité juridique droit administratif (AJDA), p. 541). CNDH, in its opinion given above, "*even the definition of the engagements regarding the authority of law enforcement forces to use of lethal weapons in a single article reveals the inadequacy by itself... Such an approach can provide legal assurance surrounding law enforcement forces if only the text is written to reflect the rule of law.*" In this context, while examining the text of the law of June 3, 2016, the French Council of State emphasized that a very wide margin of appreciation is likely to deprive law enforcement forces of the legal certainty they need. (See, Conseil d'Etat, Interior and Finance Sections, Opinion on the project of law strengthening the struggle against organized crime and its financing, the efficiency and guarantees of criminal proceedings, no 391004, 28.01.2016).

⁴⁹ Olivier Décima, "Légitime réforme?", 2016, D., p. 2527; Paris Court of Appeal, 9.10.1978, 1979, II, JCP p. 19232, note Pierre Bouzat.

⁵⁰ Lyon Court of Appeal, 16.12.1986, 1987, 1, Gazette du Palais, p. 199.

lower the level of probability, scope of action of the law enforcement forces to the use of weapons will emerge wider than the area provided by legitimate defence. To put it on the contrary, if the judicial authorities handle this level of probability higher, the scope of action of the law enforcement forces to the use of weapons will more coincide and resemble the context of legitimate defence⁵¹.

It is difficult to determine with certainty what the level of probability is sought as a condition in the article, as the case law has not yet set a standard under the article L. 435-1 of the CSI. Nevertheless, by subjecting these five situations that allow the use of weapons to the common conditions of “absolute necessity” and “strictly proportionality”, the legislator imposes the existence of the really approaching act of aggression⁵². These common conditions required by the legislator are also the framework of the justification fact legitimate defence.

The Turkish provision does not regulate the necessity and proportionality as a common condition for all engagements regarding the use of weapons, except where it refers to legitimate defence. Moreover, the French provision, which stretches the condition of actuality in terms of authorization to the use of weapons compared to the concept of legitimate defence, on the other hand strengthens the necessity and proportionality conditions of legitimate defence. In this sense, it regulates the condition of necessity as “absolute necessity” and the condition of proportionality as “strictly proportionate”⁵³.

C. Mistake in concept of legitimate defence – Condition of lawfulness in concept of authorization of the law.

In addition to stretching the condition of actuality in the context of the law enforcement forces authority to the use of weapons, it is also a matter of law enforcement forces assume an aggression actual that does not actual in reality. As mentioned above, law enforcement forces carry out preventive

⁵¹ Tzutzuiano, p. 706.

⁵² Serge Rayne, “Gendarmerie”, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, no. 167.

⁵³ Gilles Janel, “La nouvelle loi n°2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité intérieure publique a créé un article L.435-1 du Code de la sécurité intérieure définissant un nouveau cadre légal d’usage des armes”, 2019, Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT), no: 4. <https://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/bin/view/vitrine/> (Online: 05.02.2021)

activities. Acting on the suspicion of an aggression that does not actual in reality, the responsibility of the law enforcement forces differs in the concept of legitimate defence and the concept of the authorization of the law. In addition, the provisions of the two countries reach different conclusions about the responsibility of the police in this situation.

Fifth clause of the article L. 435-1 of CSI states that, in view of reasonable information, the fact that the law enforcement forces think an aggression will occur in probability, is a condition of lawfulness. “...when they have real and objective reasons to consider that this repetition is probable in view of information they dispose.” However, although such an aggression will never occur, the fact that the police have reason to think this way, raises the issue of mistake. Normally in this case, the police are not in a lawful position and the conditions of lawfulness are not met. According to the French doctrine of criminal law, the one in this situation is in a material mistake and does not act intentionally⁵⁴. However, considering the fifth clause, since even this state of mistake is stipulated as a condition of using weapons, law enforcement force will be in a lawful position and its act will be lawful even if such an aggression will not occur⁵⁵. This fact is related to the concept of the authorization of the law to the advantage of law enforcement forces. In terms of legitimate defence, thinking in view of reasonable information that the aggression will occur which will never occur in reality, cannot be regarded as a condition of lawfulness. In this case, the law enforcement forces will have a negligent responsibility in terms of killing or wounding acts⁵⁶.

Although the Turkish law has different provisions so that the law enforcement forces do not hesitate to use weapon⁵⁷ in legitimate defence, it does not accept the lawful use of weapons with the thought in view of reasonable information that an aggression will occur which will never occur

⁵⁴ Dominique Viriot-Barrial, “Erreur sur le droit”, in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, no 18; Gildas Barbier, “Art. 122-3: Erreur sur le droit”, in J.-Cl. Pénal Code, LexisNexis, 2015, no 19.

⁵⁵ Décima, “Légitime réforme?”, p. 2527; Pradel, “Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l’ordre”, p. 2525.

⁵⁶ Barbier, no 21.

⁵⁷ “...in order to eliminate the hesitations of the law enforcement forces regarding the use of force, this issue has been included in almost all relevant provisions.” Eryılmaz/Bozlak, p. 237.

in reality⁵⁸. Within the framework of Turkish provisions, the police cannot act as determined or confident as their French colleagues in the face of an aggression which will almost surely occur. He must be absolutely sure. The police are in state of mistake if use weapon with the thought that an aggression will occur which will never occur. In this case, the responsibility of the police is evaluated in different ways by Turkish doctrine⁵⁹. According to one view, the person who falls into mistake in the material conditions of the justification facts will benefit from his or her mistake if this mistake is inevitable. If the error is evitable, he or she remains responsible. According to another view, in case of a mistake in the material conditions of the justification facts, the provisions regarding the mistake in the material elements of the crime are applied and the intention is removed⁶⁰. Yet another view claims that, if the mistake of the law enforcement force is an inevitable mistake, it will benefit from this mistake, if it is an evitable mistake, the provisions regarding the mistake in the material elements of the crime are applied by comparison⁶¹.

As a result, it should be said that if the police assumes that an aggression will occur within the framework of the circumstances it is in, its act is lawful under the fifth clause of the article L. 435-1. Even that aggression would never occur. This supports the argument of a legitimate defence concept specific to law enforcement forces. Considering that this provision was previously stipulated in Article 122-4-1 in connection with the authorization of the law stipulated in Article 122-4 of the FCC, it is said that this special form of legitimate defence including the mistake of police is lawful on the basis of authorization of the law. Turkish law does not have an extending provision covers the mistake of the law enforcement forces in the provisions related to either authorization of the law or legitimate defence. The issue must be evaluated and resolved within the framework of the provisions related to the mistake.

⁵⁸ Turkish Military Court of Cassation has a decision in opposite way. “*By thinking that he was a terrorist, the offender who shot and killed the deceased who came to the emplacement from an improper place by not complying the stop order, did not exceed his authority to the use of weapons.*” (Turkish Military Court of Cassation, 4th Section, 26.09.1995, 1995/586 E., 1995/605 K.)

⁵⁹ For detailed research on the mistake in material conditions of justification facts see, Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, 2014, 26, Ceza Hukuku Dergisi, p. 7-30.

⁶⁰ Koca/Üzülmez, p. 302.

⁶¹ Kangal, p. 52-53.

IV. The proximity of the use of weapons regime to legitimate defence

Considering the provision of the LPDA in conjunction with Article 17/4 of the Constitution of Turkish Republic, the use of weapons by the law enforcement forces is not subject to the condition of the actuality of an aggression against people's body integrity or life, except for clauses (a) and (d)⁶². Moreover, it cannot be concluded from the provision of clauses (b) and (c) that the use of weapons in such situations is subject to the conditions of legitimate defence. Although the French provision seems at first sight to establish the use of weapons based on the five engagements on a preventive manner in the concept of authorization of the law, different from the legitimate defence, these five engagements are subject to common conditions that are very close to legitimate defence. Indeed, the legislator subjected the use of weapons to conditions of necessity and proportionality, on which case-law is very rigorous in matters of legitimate defence⁶³. However, the obligation to meet these conditions raises an unnecessary debate such as leaving the justification fact authorization of the law aimless and comparing it with legitimate defence. In the light of these conditions, the justification fact authorization of the law becomes meaningless and the authority to the use of weapons is included in the field of legitimate defence. Indeed, as we have discussed in this study, it is not clear whether these five engagements on the use of weapons by law enforcement forces are within the scope of authorization of the law or legitimate defence. It cannot be said with certainty that these five engagements differ from legitimate defence. It is argued that these are included in legitimate defence and that the concept of legitimate defence is broader than the criminal law provisions with a flexibility that can be used by the police.

A. The use of weapons by law enforcement forces under absolute necessity and strictly proportionality

Article 16/7 of the LPDA regulates the use of weapons as a priori, beyond legitimate defence, in the concept of authorization of the law. Case law especially restricts the scope of engagements stipulated in clauses (b)

⁶² Some engagements about the law enforcement forces authority to the use of weapons are nothing more than legitimate defence. The legislator has regulated these engagements in order the law enforcement forces not to hesitate while performing his duty. In the same vein, Eryılmaz/Bozlak, p. 247.

⁶³ Jacques Buisson, "Nécessité et proportionnalité dans l'usage de l'arme à feu", 2006, RSC, p. 419.

and (c)⁶⁴. In accordance with the first paragraph of Article L. 435-1 of the CSI, law enforcement forces use weapons only under “absolute necessity and strictly proportionate”. The legislator limits the possibility of using weapon, contrary to what seems to be authorized at first sight by the five situations of authorization of the law in the article. The LPDA provision does not make such a restriction.

The absolute character of the necessity of defensive action and the certainty character of proportionality of the means used for defence are in line with the requirements imposed by the case law of the European Court of Human Rights⁶⁵. ECtHR imposes to choose the one that will do the least harm from among the means for the lives of others. In other words, the use of weapons should be *ultima ratio*. This is considered as a condition in Turkish doctrine as well⁶⁶. If it is not applied as *ultima ratio*, the absolute necessity condition will not be met⁶⁷. This is the expression of the principle set by the French case law on June 27, 1927 in matters of legitimate defence. In this decision, “*legitimate defence is only permitted only to stand an attack off. Because if there is an attack, defence has become necessary.*”⁶⁸ As a result of this decision, the necessity character of the defensive action depends above all on the actuality of the act of aggression. For this reason, although the legislator has not imposed a condition of actuality of an aggression for authorize the police to use weapons preventively, considering the “absolute necessity” condition, it is deemed necessary that the probability of an aggression should be quite high. For example, the use of a weapon will not be legitimate, if a person who escapes with the vehicle and does not obey the warning to stop, poses a potential threat to the life or body integrity of law enforcement forces

⁶⁴ For the jurisprudence regarding the scope of articles 16/7-b, c of the LPDA, which allows the law enforcement forces to use of weapons other than legitimate defence, see Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, *TCK Şerhi Genel Hükümler*, 2nd Ed., Ankara, 2014, s. 726 vd.

⁶⁵ ECtHR, Giuliani and Gaggio v. Italy, GC., 24.03.2011, no 23458/02, § 214; Turkish Court of Cassation 1st Criminal Section 26.04.2012, 2009/756 E. 2012/3273 K. Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s. 726.

⁶⁶ Tuba Kelep Pekmez, *Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, On İki Levha, İstanbul, 2015, p. 127 et al.

⁶⁷ The method of the use of weapons in France is expressed as A.M.E.R. Does the aggressor attack (*Atteinte*) or threaten (*Menace*) to attack? Is my *Environment* disponible for using weapon? Finally, is weapon the last resort (ultime *Recours*)? If the answer “yes” given to these questions, weapon can be used. (Rayne, no. 174)

⁶⁸ Crim. 27.06.1927, 1929, 1, Recueil Sirey, p. 356.

or others. The low probability of realizing an aggression, will prevent to evaluate that the weapon to be used against him is absolutely necessary. In such a case, law enforcement forces should avoid to use weapons by targeting individuals. Both the fact that other means to prevent the attack will not remedy (proportionality condition) and the evaluation that there is a sufficiently high probability that the aggression will be realized (necessity condition) makes the use of weapons legitimate.

Decisions on the implementation of the former article L. 2338-3 of the Defence Code regarding the use of weapons by the Gendarmerie in France support the above assessment. The provisions are included in the L. 435-1 article of the CSI today. Indeed, the authorization to the use of weapons given to the gendarmerie by the former article L. 2338-3 of the Defence Code does not allow to exceed reasonable limits. Although the French legislator did not seek the necessity and proportionality conditions in the article similar to the LPDA, by taking into account the decisions of the ECtHR⁶⁹ the Criminal Chamber of the French Court of Cassation sought the absolute necessity and strictly proportionality in matters related to the implementation of the article stipulating the use of weapons by gendarmerie⁷⁰. According to the case law, meeting the conditions of being on duty and wearing the military uniform stipulated in the article does not authorize the gendarmerie to the use of weapons against the driver of the vehicle who does not obey the stop order⁷¹. The case law seeks the same conditions that legitimate defence sought as a requirement in the exercise of the authority given by the former article L. 2338-3 of the Defence Code.

On February 18, 2003, The Criminal Chamber of French Court of Cassation overturned the decision of the first instance court which upheld the denial of investigation permission in favour of the gendarmerie in accordance

⁶⁹ ECtHR, *McCann and others v. The United Kingdom*, GC, 27.09.1995, no 18984/91; ECtHR, *Karatepe v. Turkey*, 12.10.2010, no 20502/05.

⁷⁰ Crim. 01.04.2014, no 13-85.519, www.legifrance.gouv.fr (Online 20.04.2021)

⁷¹ Crim. 16.01.1996, no 94-81.585, *Criminal Bulletin* 1996, no 22; “...*gendarmes exercising their action in military uniform are authorized, under the conditions of article 174, to use their weapon to immobilize a vehicle whose driver does not obey the stop orders. However, in this case, the gendarme was acting in civilian clothes, and as he was not in legitimate defence, he could not benefit from the justification of article 174 of the decree. Precision is important. The use of a weapon must remain exceptional. And if the legal conditions are not met, the action accomplished cannot be legitimized.*” (Bernard Bouloc, “Justification d’une action par l’emploi de la force armée”, 1996, RSC, p. 848.)

with Article 174 of the decree dated 20 May 1903 (which later turned into Article L. 2338-3 of the Defence Code). In its decision, the Court of Cassation referred to the 2nd paragraph of Article 2 of European Convention on Human Rights (ECHR) which states that death is not considered unlawful if it is committed to ensure the defending a person against unlawful violence and to effect the lawful arrest, if it is within the scope of the necessity. The Court of Cassation accepts the authority given by this provision of the Convention only on the condition that it is “absolutely necessary within the framework of the circumstances at the time of the event”⁷². Since this decision, the authority of the gendarmerie to the use of weapons has been subjected the conditions of strictly proportionality and absolute necessity. Although the former article L. 2338-3 of the Defence Code give the gendarmerie the authority to the use of weapons as a preventive manner, the case-law stipulating that these conditions should be complied with, states that the possibility of an act of aggression should be really high. The Court of Cassation approves the lawfulness and irresponsibility arising from authorization of the law based on the former article 2338-3 of the Defence Code, if the regime set by the case law in this field is complied with. In its decision dated March 12, 2013, the Criminal Chamber declared the use of a weapon against the person in the driver’s seat is lawful by the reasons states that “stopping the vehicle driver who had committed many serious crimes and did not obey more than one stop order was an absolute necessity for the use of weapons by the gendarmerie, in dangerous conditions for their own security.”⁷³ In the incident, by the use of weapons the gendarmerie narrowly prevented the fleeing person’s vehicle from hitting their own vehicles.

In the light of these decisions, it is seen that the case law implements the possibility of preventive use of weapons engagement in a narrow way for the irresponsibility of the police. The case law accepts justification under the conditions that are very close to legitimate defence within the authority to preventive use of weapons.

⁷² Crim. 18.02.2003, no 02-80.095, Criminal Bulletin 2003, no 41; Jacques Buisson, “L’usage de l’arme à feu par les gendarmes”, 2003, RSC, p. 387.

⁷³ Crim. 12.03.2013, no 12-82.683, Criminal Bulletin 2013, no 63; Crim. 21.10.2014, no 13-85.519, www.legifrance.gouv.fr (Online 20.04.2021); Similar to the events in the incident, regarding the use of weapons against those who drove their vehicles on the gendarmerie officers while fleeing and its evaluation within the scope of Article 24/1 of the TCC, see. Turkish Court of Cassation 1st Criminal Section 13.03.2013, 2013/402 E. 2013/2057 K. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, p. 730)

The decisions that deviate from this jurisprudence, which is based on necessity and proportionality, which restrict the use of weapons by the law enforcement forces, cause France to be convicted before the ECtHR. One such example is the *Guerdner v. France* decision⁷⁴. The shooting by the gendarmerie of a person who achieved to escape while in custody was left unpunished by the French judicial authorities on the basis of the former article L. 2338-3 of the Defence Code. On the occasion of this decision, the ECtHR impose that a lawful arrest does not justify endangering the lives of individuals, except in cases of absolute necessity. In other words, if it is determined that the person who fled while being in custody does not pose a threat to police or others, there is no longer an absolute necessity in terms of using weapons by law enforcement forces in the concrete incident. Although other ways of arrest have been tried, the use of weapons in a fatal way will mean exceeding the limit⁷⁵. Turkey's conviction record on not to comply the proportionality in the use of weapons is worse than France. It can be said that the Court's decisions constituting the case-law on the field of the use of weapons are largely the decisions convicting Turkey⁷⁶. If the circumstances that require the law

⁷⁴ ECtHR, *Guerdner and others v. France*, 17.04.2014, no 68780/10.

⁷⁵ Gildas Roussel, "Il y a force meurtrière excessive dans le fait pour un gendarme de tirer sur un fuyard ne présentant aucune menace pour autrui – Cour européenne des droits de l'homme", 2014, *AJ Pénal*, p. 359.

⁷⁶ "The onus was on the authorities to prove that the force used was justified in the circumstances and strictly proportionate in pursuance of one of the aims delineated in the second paragraph of Article 2. They failed to adduce any credible evidence to support either their claim that the deceased was a terrorist or that the security forces had been obliged to retaliate in self-defence in the face of an armed terrorist attack." (ECtHR *Kaya v. Turkey*, 19.02.1998, no 22729/93, para. 63); "The Court, like the Commission, accepts that the use of force may be justified in the present case under paragraph 2 (c) of Article 2, but it goes without saying that a balance must be struck between the aim pursued and the means employed to achieve it. The gendarmes used a very powerful weapon because they apparently did not have truncheons, riot shields, water cannon, rubber bullets or tear gas. The lack of such equipment is all the more incomprehensible and unacceptable because the province of Şırnak, as the Government pointed out, is in a region in which a state of emergency has been declared, where at the material time disorder could have been expected... In conclusion, the Court considers that in the circumstances of the case the force used to disperse the demonstrators, which caused the death of Ahmet Güleç, was not absolutely necessary within the meaning of Article 2." (*Güleç v. Turkey*, 27.07.1998, no 21593/93, para. 71-73); "In this regard, it is to be recalled that the text of this provision (see paragraph 68 above), read as a whole, demonstrates that paragraph 2 does not primarily define instances where it is permitted intentionally to kill an individual, but describes the situations where it is permitted to "use force" which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life. The use of the term "absolutely necessary" suggests that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether

enforcement forces to the use of weapons are not necessary and proportionate, it will not be seen as a reason for irresponsibility in terms of both the ECtHR and French case law. As a result, in the period of the implementation of former article L. 2338-3 of the Defence Code, the use of weapons regime of the gendarmerie showed a very compatible appearance with the legitimate defence⁷⁷. In the LPDA provisions, no improvement has been made despite all these convictions. While the ECtHR case law is still valid which states if it is determined that the fleeing person does not pose a threat to himself or to others, the law enforcement officers can no longer speak of an absolute necessity in terms of the use of weapons, Article 16/7-(c) of the LPDA which does not seek the actuality of any aggression or threat, is not possible for the law enforcement forces to give permission to the use of weapons in this form. Beyond the conditions required in these clauses, the law enforcement forces should also assess the actuality of an aggression or threat that is sought by national and supra-national case law.

State action is “necessary in a democratic society” under paragraph 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. In particular, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 (a), (b) and (c) of Article 2. In keeping with the importance of this provision in a democratic society, the Court must, in making its assessment, subject deprivations of life to the most careful scrutiny, particularly where deliberate lethal force is used, taking into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also all the surrounding circumstances, including such matters as the planning and control of the actions under examination (see the above-mentioned McCann and Others judgment, p. 46, §§ 148–50).

Furthermore, under Article 2 of the Convention, read in conjunction with Article 1, the State may be required to take certain measures in order to “secure” an effective enjoyment of the right to life.

In the light of the above considerations, the Court agrees with the Commission that the responsibility of the State is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from agents of the State has killed a civilian. It may also be engaged where they fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising, incidental loss of civilian life.

Thus, even though it has not been established beyond reasonable doubt that the bullet which killed Havva Ergi had been fired by the security forces, the Court must consider whether the security forces’ operation had been planned and conducted in such a way as to avoid or minimise, to the greatest extent possible, any risk to the lives of the villagers, including from the fire-power of the PKK members caught in the ambush.” (Ergi v. Turkey, 28.07.1998, no 23818/94, para. 79).

⁷⁷ Many authors underline that the regime to be applied to the gendarmerie is also harmonized with other justification facts. See, Jean Pradel/André Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 10th Ed., Dalloz, 2016, p. 22 ; Dreyer, p. 868-870; Jérôme Millet, “Le droit d’usage des armes des forces concourant à la sécurité intérieure”, 2016, *Juris-classeur périodique*, p. 2257.

The fact that the use of weapons stipulated by article L. 435-1 of the CSI was subjected to the conditions of absolute necessity and strictly proportionality⁷⁸ shows that the French legislator was also determined to bring the new regime to use weapon in line with legitimate defence. In other words, in the new order, when law enforcement forces use their weapon in circumstances that are very close to legitimate defence, they will be accepted irresponsible by the judicial authorities.

B. Authority to the use of weapons establishes a legitimate defence concept specific to law enforcement forces

Legitimate defence is a fact of justification in case of an aggression is actual similar to the situations related to the use of weapons by law enforcement forces which are stipulated in both the article 16/7 (a) of the LPDA and the article L. 435-1 of the CSI. The new French regime regulating the law enforcement forces to the use of weapons does not deviate from this point. In case of legitimate defence, defensive action should be necessary and the means used in defence should be proportional to the gravity of the aggression. As we have mentioned above, the French provision subject the use of weapons to these conditions and even reinforced these conditions. At this point, the point that should be especially emphasized is the feature of the aggression. As is known, the aggression must be actual for legitimate defence. When the provisions of both countries regarding the use of weapons are examined, the actuality of the aggression is a matter of discussion⁷⁹. In this respect, it is obvious that justification facts authorization of the law arising from the LPDA 16/7 and the CSI L 435-1, and the legitimate defence are different from each other.

It should be noted again that the main duty of the law enforcement forces are preventive activities and (if the future aggression is not certain) legitimate

⁷⁸ This situation makes this regime more protective for the right to life and body integrity than the regime stipulated by the former article L. 2338-3 of the Defense Code. (Tzutzuiano, p. 709, fn. 36).

⁷⁹ *Two schools thus share the issue of the subject, depending on whether the legitimacy of the violence exercised is perceived as a sui generis justification, or on the contrary as falling under the common law of legitimate defence. While the first integrates the specificity of the action of the gendarmerie, and more broadly of any police action, for what it supposes functions or missions inseparable from the public force, the second, on the contrary, wants to be much more reassuring, resulting in subjecting the gendarme or the police to the same conditions of justification as those applicable to any citizen confronted with the need for violence.* (Yves Mayaud, "De l'utilisation des armes à feu par les gendarmes: contrainte ou violence?", 1996, RSC, p. 369)

defence is not very compatible with preventive activities. It's controversial that the preventative acts "*riposte anticipée*" in article L. 435-1 will be accepted a priori within the framework of legitimate defence⁸⁰. Although there is no aggression yet, there are cases where the existence of a legitimate defence can be accepted. While the article 25/1 of the TCC stipulates the legitimate defence against also a future aggression which will be realized in certainty, the FCC article 122-5 does not obviously stipulates this situation. It is jurisprudence that accepts legitimate defence against imminent aggressions. In the practice of both countries, the fact that an aggression is actual for legitimate defence does not mean that it has to be emerged. Although it has not yet emerged, anticipating this occurrence also justifies the legitimate defence. The level of this possibility is certainty in terms of Turkish law. Considering the French case law, acting with justified assumptions by law enforcement forces as well as for ordinary people, is considered legal⁸¹. For this reason, the judicial authorities should also consider "*how the mental state of the perpetrator was at the time the act was realized in relation to what he knew and predicted what would happen*"⁸², as well as the actual situation⁸³. In this context, "*the target of an attack does not have to wait to defend until the first blow is struck to himself. Likewise, in this case the defence will mostly be late and ineffective. The presence of danger is sufficient.*"⁸⁴ As can be seen, according to the French jurisprudence the aggression anticipating to be realized, means the actuality like an ongoing aggression. In the light of what has been told, it can be easily said that the legitimate defence, inherent in the activities of the police not only for standing off, has also a preventive aspect, as it is for everyone⁸⁵.

⁸⁰ Tzutzuiano, p. 710.

⁸¹ For example, in an incident, law enforcement force lonely arrested the thief he was chasing at night in a dark place, but the arrested person resisted with violence during the arrestment. He carried out the arrestment by using weapon and injuring the thief because the accomplice of thief, who was carrying a very dangerous tool for cutting metal fences about a meter in length, could arrive and help at any time. (Paris Court of Appeal 9.10.1978, 1979, II, JCP, p. 19232, note Pierre Bouzat.)

⁸² See Crim. 9.09.2015, no 14-81.308, www.legifrance.gouv.fr (Online 20.04.2021); Corrine Mascala, "Faits justificatifs – Légitime défense", in J.-Cl. Pénal Code, LexisNexis, 2017, no 44.

⁸³ Likewise, a law enforcement force using his weapon, was accepted irresponsible due to legitimate defence, who is faced with all the indications that a dangerous criminal will shoot. (Ibid, no 27).

⁸⁴ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, volume 1, art. 328, p. 818.

⁸⁵ Tzutzuiano, p. 710; Décima, "Légitime réforme?", p. 2527

As a matter of fact, legitimate defence and authorization of the law are not obviously differentiated in terms of actuality condition, especially when the police use weapon. Unlike the French provision, although the LPDA does not stipulate the necessity and proportionality as common conditions for engagement to the use of weapons, these conditions are indispensable conditions for the use of weapons directed towards the right to life and body integrity. The article L. 435-1 has already been legislated at the end of the processes described above in a way that allows the law enforcement forces to use of weapons in the actuality of an aggression even it is probable against itself or someone else within the absolute necessity and strictly proportionality conditions. Unless the jurisprudence on the authorization to the use of weapons, which is a typical authorization of the law provision, does not consider the probability of an offensive act in a wider concept, this act of the law enforcement force using his weapon causes his irresponsibility in conditions that are very close to legitimate defence beyond the authorization of the law. Considering the ECtHR's jurisprudence in which absolute necessity circumstances are accepted, a possible large consideration in this direction seems to be difficult⁸⁶.

In the context of authorization of the law, it is necessary to specially evaluate the engagements stipulated in Article L. 435-1 paragraph (5) and LPDA Article 16 / 7- (d). In both provisions, unlike other engagements, the use of weapon is stipulated in response to a hypothetical crime. Likewise, in the French provision, in this engagement, the law enforcement forces are given the authority to the use of weapons in order to prevent the possible repetition of one or more murder or attempting to murder. According to Tzutziano, considering this provision, it refers to the cases other than those that are included within the scope of legitimate defence⁸⁷. As an opposite opinion, the provision deviates from legitimate defence. However, considering the sheer number of conditions the legislator subjects for the implementation of this provision, "*it does not seem to add much in terms of expanding the concept of*

⁸⁶ François Fourment, "La loi no 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique dans ses aspects de droit pénal", 2017, 5, Dr. penal, p. 11.

⁸⁷ Tzutziano, p. 711 (The author claim that the definition in the relevant provision also means the putative legitimate defence. We cannot agree with this view. The provision in article L 435-1 clause 5 is emphasizing the probability of the aggression. Probable aggression is not in the scope of actuality condition of legitimate defence. As expressed above, the provision of the clause defines the situation as a condition of lawfulness, that is considered as mistake in terms of legitimate defence.)

*legitimate defence.*⁸⁸ As regulated by the legislator, law enforcement forces can only use weapon to prevent in the upcoming period, the repetition of one or more murder or attempted murder that have just happened, in case of there are objective and real reasons at the time he used his weapon that will lead him to think that this repetition is possible. In other words, law enforcement forces can only use weapons if there are “objective and real reasons” that will lead him that the aggression is likely to be repeated within the framework of the “information at the time of using weapon”. The fact that the law enforcement force is facing a person who has murdered or attempted to murder one or more people is not sufficient reason to use his weapon. Adequate conditions for using weapons within the scope of the fifth paragraph have not yet been met. Even if the law enforcement force knows that the person has committed these acts, this is not adequate reasons for using weapons. Law enforcement force should have sufficient information based on objective and real reasons that this person will repeat these acts. The weapon can exclusively be used to prevent this possibility. The multiplicity of the stipulated conditions requires that the irresponsibility of the police who used his weapon can only be accepted in case of the probability of this repetition reaches a very high level⁸⁹. Law enforcement forces must have the knowledge that the person has committed these acts. Not enough, in addition to this knowledge he must be predicting that the offender will repeat these acts. This is not enough too, there must be objective and real reasons that will cause him to predict this. That is, for example, the person may have explosive materials on or near.

It is also possible to read that the text reveals a broad concept of the probability of repetition of the crime, considering all the conditions stipulated by the provision as one and the same condition⁹⁰. In other words, the presence of a person who has just murdered or attempted to murder one or more people

⁸⁸ Décima, “Légitime réforme?”, p. 2527; According to Parizot, the provision risks to cause scrambling the case law on the use of weapons by law enforcement forces. (Raphaële Parizot, “La loi du 3 juin 2016: aspects obscurs de droit pénal général”, 2016, RSC, p. 380). In the concrete French case law, the limits of this authority is highly stricted by respecting the case law of ECtHR. See (Crim. 18.02.2003, no 02-80.095, 2003, RSC, p. 387, obs Jacques Buisson; Crim. 27.02.2008, no 07-88.470 ; Crim. 01.04.2014, no 13-85.519, 2015, D, p. 110, chron. Gildas Barbier, Benoît Laurent, Géraldine Guého, Thierry Azéma; Crim. 21.10.2014, no 13-85.519, 2015, D, p.110, chron. Gildas Barbier, Benoît Laurent, Géraldine Guého, Thierry Azéma; ECtHR, Guerdner and others v. France, 17.04.2014, no 68780/10, para. 69.

⁸⁹ Tzutzuiano, p. 711.

⁹⁰ Parizot, p. 381.

may be an objective and real reason for the law enforcement force who will use his weapon to think that the repetition of these actions is possible and thus legitimizes the use of weapons⁹¹. The same interpretation can be done in terms of article 16/7-d of LPDA. The engagement which is stipulated in the clause (d) is actually nothing more than legitimate defence. Beyond the legitimate defence the clause counts a number of means of attack. In other words, the existence of these means of attack near or on someone is a kind of legitimate defence presumption. According to this kind of interpretation of the clause, although there will not be an aggression, law enforcement force can consider the presence of person carrying these means as a sufficient reason to use of weapons. It is not an unpredictable possibility for the police to resort to his weapon at the moment he sees a person with molotov cocktail.

The interpretation that the presence of a person with molotov cocktail is accepted as a sufficient reason to use of weapons or presence of a person who has committed one or more acts of murder or attempting to murder is accepted as a real and objective reason for the repetition of these acts and in this way it causes the irresponsibility of the law enforcement force who used his weapon, is undoubtedly beyond the concept of legitimate defence. Obviously, it is very difficult to interpret it this way⁹². Likewise, the French provision was previously stipulated in Article 122-4-1 of the FCC in connection with the justification fact authorization of the law. Later, it was stipulated as the fifth clause after the first four clauses of article L. 435-1. Considering that the first four clauses are strictly included in the concept of legitimate defence and subjected to the necessity and proportionality which are common conditions for all clauses, it is difficult to say that the fifth clause is outside the concept of legitimate defence. How the texts are interpreted depends on also where they are regulated within the laws. Such an interpretation is less unfounded in the period when it was stipulated as Article 122-4-1, but rather unfounded considering that it was subsequently stipulated under Article L. 435-1 of the CSI. Since there is no case law regarding the implementation of paragraph 5 of Article L. 435-1 and no adequate case law regarding the implementation of

⁹¹ Ibid. While talking about this possibility, the author says, “It should be worried that...” can be interpreted in such a way.

⁹² The decision in an opposite vein see, ECtHR, GC, Armani Da Silva v. United Kingdom, 30.03.2016, no 5878/08, concerning the case in which, following the terrorist attacks in London in 2005, a Brazilian national had been shot by mistake, in the London Underground, by law enforcement forces, who had been able to have “honest and genuine belief that the use of force was necessary”, by a “subjective reasonableness” para. 251 et al.

LPDA Article 16/7-d, it is difficult to say with this certainty that the provision will be implemented in this way.

Conclusion

Although the TCC defines the term of weapon very broadly, the term weapon refers to fire weapons in the context of the police's authority to the use of weapons. The use of fire weapons conflicts with the right to life and body integrity which are protected by constitutions and supranational texts. In this respect, the authority to the use of weapons should be exercised under conditions as close to legitimate defence as possible.

The attacks that took place in France in 2015 and 2016 caused the national police's authority to use weapons to be discussed. It was assessed that the authorities of the national police were insufficient to prevent these attacks. Events that took place in Turkey in 2014, have led to a modification in the provisions related to the authority to the use of weapons. France has established a single framework law for each type of law enforcement forces. Accordingly, law enforcement forces are authorized to use weapons under five different engagements. The first four engagements are worded with a method that defines legitimate defence. However, these four engagements do not specifically mention the condition of actuality. The fifth engagement, on one hand, mentions the condition of actuality, on the other hand, unlike the legitimate defence concept, it deliberately preferred the "approaching" time expression instead of the "imminent" time expression as a time indicator.

The fact that the French provision treats the actuality condition different from the usual understanding of the concept of legitimate defence, can be interpreted as the police can use weapons other than legitimate defence. The ECHR also authorizes that the right to life can be restricted other than legitimate defence. Constitution of Turkish Republic is also in the same vein. In addition, article 16/7 of the LPDA, which is the basic text related to the authorization of the police to the use of weapons, stipulates that the law enforcement forces can use weapons other than legitimate defence.

Although the relevant provisions open the door to the use of weapons other than legitimate defence, the decisions of the ECtHR on the subject, emphasize the conditions of absolute necessity and strictly proportionality. Additionally, the French provision subjected all five engagements to the common conditions of absolute necessity and strictly proportionality. Subjecting such conditions is a much stricter regime than the legitimate defence regulation of the FCC. Namely, it tightens the necessity and proportionality conditions while loosening the condition of actuality. Additionally, the inevitable mistake of

the law enforcement forces is included in the scope of lawfulness under the fifth engagement.

The Turkish provision do not subject the engagements of the use of weapons to common conditions of necessity and proportionality. Article 16/7 of the LPDA considers the legitimate defence as the first engagement. Apart from that, by stipulating other engagements, it has implicitly granted the authority to the use of weapons in situations other than legitimate defence. However, the authorization in clause (b), is a prerequisite for using weapons rather than an engagement. Authority in clause (d) is a definition within the concept of legitimate defence. But beyond the legitimate defence, counting the number of means of attack can be falsely interpreted as a presumption of legitimate defence. So the police may consider the presence of a person with molotov as the meeting of the conditions of the use of weapon.

The main controversy in terms of our study, is the use of weapons within the engagement in clause (c). It is also maintained in the Turkish doctrine (in accordance with the provision) that the law enforcement force can use weapons if they are not able to arrest the individual otherwise. However, it is very difficult to stay in the limits of proportionality to arrest while the individual is running away. Accordingly, police often exceed the limits and kill the suspect and this situation causes many convictions in the decisions of Turkish Court of Cassation and convictions of Turkey before ECtHR

The new regime of the use of weapons in France shows that the law enforcement forces' preventive activities by using weapons requires evaluating the condition of actuality in a specific concept to law enforcement forces. However, these authorities related to preventive activities must be performed necessarily and proportionately. If law enforcement forces believe by the reasonable information that the conditions for the use of weapons are met, the legislation should resolve their hesitations. On the contrary, legislation should not encourage the use of weapons in situations such as in LPDA article 16/7-c which is unrelated to legitimate defence. In this way, the legislation per se allows violations of the right to life and body integrity. Instead, it should be authorized to the use of weapons in possibilities where the fleeing person attacks himself or someone else under conditions very close to the concept of legitimate defence. In our opinion, in context with authorization of the law, the use of weapons by the law enforcement forces is a legitimate defence concept specific to law enforcement forces. In this concept, necessity, proportionality and the actuality conditions are specially evaluated by taking the activities carried out by the law enforcement forces into account.

Bibliography

- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/ Çakır K, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14th Ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Artuk M E/Gökçen A/Yenidünya A C, TCK Şerhi Genel Hükümler, 2nd Ed., Ankara, 2014.
- Barbier G, “Art. 122-3: Erreur sur le droit”, in J.-Cl. Pénal Code, LexisNexis.
- Bernardini R, “Légitime defense”, in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.
- Bouloc B, “Autorisation de la loi. Admission. Portée”, 2000, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Bouloc B, “Justification d’une action par l’emploi de la force armée”, 1996, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Bouloc B, Droit pénal général, 25th Ed., Dalloz, Paris, 2017.
- Buisson J, “L’usage de l’arme à feu par les gendarmes”, 2003, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Buisson J, “Nécessité et proportionnalité dans l’usage de l’arme à feu”, 2006, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Buisson J, L’acte de police, volume II, Lyon, 1988.
- Décima O, “Légitime réforme?”, 2016, Recueil Dalloz.
- Décima O, “Terreur et métamorphose – À propos de la loi no 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme”, 2016, Recueil Dalloz.
- Dreyer E, Droit pénal general, 4th Ed., LexisNexis, Paris, 2016.
- Eryılmaz M B/Bozlak A, “Hukumumuzda Zor Ve Silah Kullanma Yetkisi”, 2009, 83, TBB Dergisi.
- Flauss J-F, “Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme” (août 2004 - janv. 2005), 2005, Actualité juridique droit administrative.
- Fourment F, “La loi no 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique dans ses aspects de droit pénal”, 2017, 5, Dr. Penal.
- Garçon E, Code pénal annoté, volume 1.
- Göktürk N, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, 2014, 26, Ceza Hukuku Dergisi.

- Hafizoğulları Z/Özen M, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 12th Ed., Seçkin, Ankara, 2019.
- Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, “Le cadre legal de l’usage des armes par les forces de sécurités”, Rapport of Mission chaired by Hélène Cazaux-Charles, 2017.
- Janel G, “La nouvelle loi n°2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité intérieure publique a créé un article L.435-1 du Code de la sécurité intérieure définissant un nouveau cadre légal d’usage des armes”, 2019, Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT).
- Jean Pradel/André Varinard, Les grands arrêts du droit pénal général, 10th Ed., Dalloz, Paris, 2016.
- Kangal Z T, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, 2012, 89-90, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi.
- Kelep Pekmez T, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, On İki Levha, İstanbul, 2015.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13th Ed., Seçkin, Ankara, 2020.
- Mascala C, “Faits justificatifs – Etat de nécessité”, in J.-Cl. Pénal Code, LexisNexis, 2016.
- Mascala C, “Faits justificatifs – Légitime défense”, in J.-Cl. Pénal Code, LexisNexis, 2017.
- Mayaud Y, “De l’utilisation des armes à feu par les gendarmes: contrainte ou violence?”, 1996, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Mayaud Y, “Violences mortelles par un gendarme, ou d’une justification de transition”, 2018, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Millet J, “Le droit d’usage des armes des forces concourant à la sécurité intérieure”, 2016, Juris-classeur périodique.
- Murbach-Vibert M, “Attroupement”, in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16th Ed., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

- Parizot R, “La loi du 3 juin 2016: aspects obscurs de droit pénal général”, 2016, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Pradel J, “Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l’ordre”, 2016, Recueil Dalloz.
- Pradel J, Droit pénal comparé, 4th Edition, Dalloz, Paris, 2016.
- Pradel J, Droit pénal général, 21st Ed., Cujas, Paris.
- Rassat M-L, Droit pénal général, 4th Ed., Ellipses, Paris, 2017.
- Rayne S, “Gendarmerie”, in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.
- Roussel G, “Il y a force meurtrière excessive dans le fait pour un gendarme de tirer sur un fuyard ne présentant aucune menace pour autrui – Cour européenne des droits de l’homme”, 2014, AJ Pénal.
- Sözüer A, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Alfa Yayınları, 4th Ed., İstanbul, 2015.
- Tzutzuiano C, “L’usage des armes par les forces de l’ordre”, 2017, 4, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.
- Viriote-Barrial D, “Erreur sur le droit”, in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.

Online Sources.

<https://hudoc.echr.coe.int>

<https://juridique.defenseurdesdroits.fr>

<https://www.cncdh.fr>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.setav.org>

www.anayasa.gov.tr

www.assemblee-nationale.fr

www.dalloz.fr

www.lexis360.fr

AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI KOMİSERİ'NİN ÜYE DEVLETLERİN CEZA ve CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA ETKİSİ

Burcu BAYTEMİR KONTACI*

ÖZ

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, insan hakları konusunda eğitimi, farkındalığı ve saygıyı teşvik etmek amacıyla yetkilendirilmiş olan, bağımsız şekilde çalışması öngörülen ve fakat yargısal niteliği bulunmayan bir Avrupa Konseyi organıdır.

Komiser'in görevi, esas olarak, "insan hakları konusunda farkındalık yaratmak" ve "üye devletlerde insan hakları standartlarının yükseltilmesini sağlamak" olarak belirlenmiştir. Buna karşın, Komiser'in görev tanımında ve yetkiler haritasında zaman içinde gerçekleştirilen bir dizi değişikliğin sonucu olarak, Komiser'in faaliyetlerinin gittikçe hukukileşen bir karakter kazanmakta olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, Komiser tarafından yürütülen faaliyetlerin; Konsey üyesi devletler, Avrupa Konseyi Organları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karar ve faaliyetleri üzerinde doğrudan ve dolaylı bazı etkiler doğurduğu gözlemlenmektedir. Bu etkilerin önemli bir bölümü ise, insan hakları hukuku ile ceza hukukunun kesişiminin bir sonucu olarak, ceza ve ceza muhakemesi alanlarında ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmada, İnsan Hakları Komiseri'nin kuruluşu, statüsü, görevleri, faaliyet ve araçları ile özellikle AİHM yargılamalarındaki rolü ve Mahkeme'nin ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanındaki içtihadına etkisi ele alınacak; Komiser'in bu faaliyetlerinin Türkiye özelindeki etkisine de ayrı bir başlık altında değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ülke İzleme, Üçüncü Taraf Sıfatıyla Katılma, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye*

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** burcu.baytemir@hbv.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-9535-2652

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933637

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/04/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/04/2021

THE EFFECTS OF THE COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS ON THE CRIMINAL AND CRIMINAL PROCEDURE LAW OF THE MEMBER STATES

Abstract

The Council of Europe Commissioner for Human Rights is a non-judicial body of the Council of Europe empowered to promote education, awareness and respect for human rights.

The duty of the Commissioner is mainly determined as “raising awareness on human rights” and “promoting human rights standards in member states”. However, as a result of a series of changes in the Commissioner’s responsibilities and the map of powers over time, it is seen that the activities of the Commissioner gradually transformed into a mainly legal character. In this context, it is observed that the activities carried out by the Commissioner are having some direct and indirect effects on the member states of the Council, the Council of Europe Bodies and on the decisions and activities of the European Court of Human Rights. An important part of these effects arises in the fields of criminal and criminal procedure law, as a result of the intersection between human rights law and criminal law.

In this study, the establishment, status, duties, activities and tools of the Human Rights Commissioner, with special reference to its role in the ECtHR proceedings and the effect of the Court’s case-law in the field of criminal and criminal procedure law will be discussed. The impact on Turkey of the Commissioner’s activities will be addressed under a separate title.

Keywords: *The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, European Court of Human Rights, Country Monitoring, Third Party Intervention, Criminal and Criminal Procedural Law, Turkey*

Giriş

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri (“Komiser”; *The Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*), insan hakları konusunda eğitimi, farkındalığı ve saygıyı teşvik etmek amacıyla yetkilendirilmiş olan, bağımsız şekilde çalışması öngörülen ve fakat yargısal niteliği bulunmayan bir Avrupa Konseyi (“Konsey”) organıdır. *Komiserlik*, 1999 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararıyla kurulmuş; *Komiser* de, aynı yıl yapılan seçim sonucunda faaliyetlerine başlamıştır.

Komiserlik'e verilen görevler; insan hakları konusunda eğitimi, farkındalığı ve saygıyı teşvik etmek biçiminde ifade edilmektedir. Komiser, bu görevlerini icra ederken, çeşitli yetkiler kullanmakta ve bir dizi faaliyet gerçekleştirmektedir. Bu faaliyetler; ülkelerin insan hakları konusundaki yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediklerini izlemek, insan hakları konularında tematik çalışmalar ve danışmanlık yapmak ve bu alanlarda bilinçlendirme çalışmaları yürütmek şeklinde sıralanmaktadır. Komiser, bu kapsamda; ülke ziyaretlerinden üye ülkelerdeki temel insan hakları meselelerine ilişkin görüşler bildirmeye, ulusal ombudsmanlarla koordinasyon kurmaktan sivil toplumla diyalog geliştirmeye kadar çok farklı faaliyetlerde bulunmaktadır.

Son on beş yılda, Komiser'in yetkilerine yenileri eklenmiş ve insan hakları alanındaki gücü ve etkinliği artırılmıştır. Komiser'in bu yeni yetkilerinin, esasen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yargılama faaliyetiyle bağlantılı olduğu görülmektedir. Bu kapsamda öncelikle, Komiser'e, AİHM önündeki yargılamalara "üçüncü taraf" sıfatıyla katılma ve görüş sunabilme yetkisi tanınmıştır. İkinci olarak, Komiser'e, AİHM kararlarının ilgili ülkeler tarafından uygulanmasını izleme sürecinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'yle iletişim kurma yetkisi verilmiştir. Tanınan bu yetkilerle birlikte Komiser, dünyadaki en etkin yargısal insan hakları koruma mekanizmalarından biri olan Mahkeme'nin faaliyetlerinde yer almaya başlamış ve bu bağlamda Komiser'in görev tanımında da belirgin bir niteliksel değişim ortaya çıkmıştır.

Komiser'in yetki alanındaki bu niteliksel gelişmelere ek olarak, son yıllarda Komiser'in faaliyet sayısında da gözle görülür bir artış yaşandığı gözlemlenmektedir. Buna ek olarak, bu artışın, Komiser'in ülke temelli ve tematik faaliyetlerinin tümü açısından geçerli olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Gerçekten, örneğin Komiser'in Türkiye hakkındaki faaliyetlerine bakıldığında; 2011 yılının sonuna kadar yalnızca 23 olan faaliyet sayısının; son on yılda Komiser'in yoğun çalışmaları sonucunda 59'a ulaştığı görülmektedir. İlaveten, bu niceliksel artış yalnızca Türkiye özelinde de gerçekleşmemektedir. Bu kapsamda örneğin, Rusya hakkındaki ülke izleme faaliyetlerinin sayısı 2011 yılı sonunda 19 iken, günümüzde 58'e ulaşmıştır. Bütün bunlara ek olarak, Komiser'in gerçekleştirdiği tematik çalışmalarda da benzer bir yoğunlaşma eğilimi gözlemlenmektedir. Bu gelişmenin temel nedeni; tematik çalışmaların, artık yalnızca "kapsamlı raporlar" olmaktan çıkması ve "insan hakları yorumları" gibi yeni tür çalışmaların da bu faaliyetin kapsamına dâhil edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, Komiser tarafından,

bugüne kadar farklı konulara özgülenmiş 150 adet insan hakları yorumunun paylaşıldığı görülmektedir.

Komiser'in, görev tanımı kapsamında bugüne kadar sürdürdüğü tüm faaliyetlere ek olarak, ceza hukukuyla ilgili faaliyetlerinin de son yıllarda büyük ölçüde arttığı gözlemlenmektedir. Aslında, Komiser'in insan hakları alanında genişleyen yetkileri ve bu kapsamda sürdürdüğü faaliyetler dikkate alındığında, bu durumun şaşırtıcı olmadığını da belirtmek gerekmektedir. *Zira suçlulukla mücadele ihtiyacı ile insan haklarının korunması gerekliliği* arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır.

Bununla birlikte, bu iki kavram arasındaki ilişkilerin de, kimi zaman örtüşen, kimi zamansa çatışan çok boyutlu bir görünüm ortaya koyduğu söylenebilir. Bu ilişkinin çok boyutluluğu, temel insan hakları ihlallerinin uluslararası suçlar hâline getirilmesinden, insan hakları boyutu olan kimi eylemlerin ceza kanunlarında daha etkin bir şekilde cezalandırılmasına; suç oluşturan eylemler için öngörülen ceza hukuku yaptırımlarının insan haklarıyla uyumlaştırılmasından, ceza muhakemesi işlemlerinin insan haklarına uygun şekilde yürütülmesine kadar birçok hususta somutlaşmaktadır.¹

Bu anlamda, iki hukuk alanı arasındaki ilişkinin “içkin bir belirsizlik” taşımakta olduğu söylenebilir.² Bu çerçevede, insan hakları hukukunun, ceza hukukunun hem “kalkanı” hem de “kılıcı” olduğu³ “çelişkili bir ilişki”den⁴ söz edilmektedir. Gerçekten de, insan hakları bir taraftan ceza hukukunun otoriter bir araç olarak kullanılmasına karşı bir koruma sağlarken, öte yandan da ciddi insan hakkı ihlalleri karşısında ceza hukukunu harekete geçmesini teşvik

¹ Ceza muhakemesi süreçlerinde insan haklarının rolü konusunda bazı ayrıntılı çalışmalar için bkz. Stefan Trechsel, **Human Rights in Criminal Proceedings**, Oxford University Press, 2005.

² Paolo Caroli, “The Interaction between the International Criminal Court and the European Court of Human Rights – The Right to the Truth for Victims of the Serious Violations of Human Rights: The Importation of a New Right?”, in Paolo Lobba/Triestino Mariniello (eds), **Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals**, Brill, 2017, 263-281, s. 268.

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimi ve Başkan Yardımcısı olan Françoise Tulkens, Uluslararası Ceza Mahkemesi hakimlerinden Christine Van den Wyngaert'in bu benzetmesini aktarmaktadır. Françoise Tulkens, “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, 2011, 9 (3), *Journal of International Criminal Justice*, 577-595, s. 577-578.

⁴ Bu çelişkili ilişkinin insan haklarının ceza hukuku karşısında hem savunmaya dönük hem de saldırgan bir rol üstlenmesi şeklinde ortaya çıktığı hakkında bkz. Tulkens, 579, vd.

etmektedir. Bu çelişkili ilişkiyi, “ceza hukukunun temel hak ve özgürlükler bakımından hem bir koruma hem de bir tehdit olduğu” şeklinde ifade edenler de vardır.⁵ Bu anlamda, ceza hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki “çok boyutlu ve çelişkili” bir ilişki olarak tanımlanmakla birlikte, aynı zamanda yakın bir ilişkiden söz edildiği de kuşkusuzdur.

Bu bağlamda, elimizdeki çalışmada, ceza hukuku ile insan hakları hukuku arasında var olan bu çok boyutlu, zaman zaman karmaşık ama her durumda oldukça yakın ilişkilerin gelişiminde, Avrupa İnsan Hakları Komiseri’nin etkisinin analiz edilmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, yirmi yıllık bir geçmişe sahip olan Komiser’in son yıllardaki güç artışının ve artan faaliyetlerinin, üye devletlerin hukuk düzenlerinde hangi şekillerde ve ne oranda etkiler doğurduğu; bu etkilerin ceza hukuku alanındaki mevcut ve muhtemel yansımalarının neler olduğu ve olabileceği sorularının cevaplanması arzulanmaktadır. Bu amaçla, takip eden sayfalarda, öncelikle Komiser’in kuruluşu, statüsü, görevleri ile faaliyetlerine yakından bakılacak; takip eden bölümlerdeyse Komiser’in ceza hukuku alanındaki etkisi, farklı ülkelerden verilen çeşitli örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

A. Kuruluşu

Avrupa Konseyi bünyesinde bir İnsan Hakları Komiseri seçilmesi ve böyle bir makamın kurulması fikri, 1970’lere kadar geriye uzanmaktadır. Nitekim, böyle bir çözüme duyulan ihtiyaç ilk kez 1972 yılında ifade edilmiştir.⁶ Bu kapsamda, İstişare Meclisi’ne (günümüzde Parlamenterler Meclisi), Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından reddedilen bireysel başvurularla ilgilenecek bir kurum oluşturulması önerilmiştir.⁷ Meclis, 1973 yılında bu öneriyi değerlendirmiş ve ulusal ombudsmanlar ve Konsey temsilcileriyle 1974 yılında bir toplantı yapılmasına karar vermiştir.⁸ Yapılan toplantı sonucunda, seçilecek bir komiserin ulusal dava dosyalarına erişmesindeki zorluklar ve Birleşmiş Milletler

⁵ Mireille Delmas-Marty, “Le paradoxe pénal”, in Mireille Delmas-Marty/C. Lucas de Leyssac (eds), **Libertés et droits fondamentaux**, Seuil, 1996, 368-392, s. 368.

⁶ Consultative Assembly, *Motion for Recommendation on the need for a Commissioner of Human Rights or equivalent solution at European level*, Doc. 3091, 24 January 1972.

⁷ Lauri Sivonen, “The Commissioner for Human Rights”, in Gauthier de Beco (ed), **Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe**, Routledge, 2012, 17-42, s. 17.

⁸ Linda C. Reif, **The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System**, Springer, 2004, s. 356.

İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin kurulmakta oluşu gibi gerekçelerle, bu öneri reddedilmiştir.⁹

Bir İnsan Hakları Komiseri seçilmesi fikri, 1980'ler boyunca birkaç kez daha Konsey gündemine taşınmış; ancak, bu düşünce ancak 1990'lı yıllarda hayata geçirilebilmiştir.¹⁰ Gerçekten, 1996 yılında, bu kez Finlandiya tarafından bir insan hakları komiserliği kurulması yolunda yapılan öneride, insan hakları komiserinin olası işlevleri arasında; bireysel başvurularla ilgilenmesi, kamuoyunu bilgilendirmesi, kamuoyuna tavsiyelerde bulunması ve yeniden şekillendirilmiş İnsan Hakları Mahkemesi'nde "üçüncü taraf" katılımıyla *amicus curiae* rolünü üstlenmesi gibi hususlar yer almıştır.¹¹ Bu bağlamda, anılan önerinin iki temel eksen etrafında şekillendirilmiş olduğu söylenebilir. Bu eksenlerden ilki, Avrupa Konseyi'nin giderek genişlemekte olduğu gerçeğidir. İkincisi ise, Konsey bünyesindeki tüm yargısal rolleri Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun desteği olmaksızın tek başına üstlenecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, karşılaşılabilecek iş yüküyle başa çıkmakta zorlanacağı düşüncesidir.

Finlandiya'nın önerisinde yer alan ve Komiser'in ombudsman tipi bir görev tanımına sahip olmasına dayanan bu yaklaşım, üye devletlerden yeterince destek bulamamış; bunun yerine, *bireysel başvurularla ilgilenmeyerek Mahkeme'den açıkça ayrılacak ve önleyici bir rol üstlenecek olan siyasi bir makam kurma fikri* daha çok kabul görmüştür.¹² 10-11 Ekim 1997 tarihlerinde gerçekleştirilen

⁹ Sivonen, s. 18. Ayrıca bkz. Consultative Assembly, *Proposal for the Institution of a European Ombudsman – Report*, Doc. 3313, 28 May 1973; Consultative Assembly, *Conclusions of the Meeting with the Ombudsmen and Parliamentary Commissioners in Council of Europe Member States – Report*, Doc. 3516, 2 December 1974; Council of Europe Parliamentary Assembly, *Conclusions of the meeting of the Assembly's Legal Affairs Committee with the Ombudsmen and Parliamentary Commissioners in Council of Europe member states*, Rec. 757 (1975), 29 January 1975.

¹⁰ Committee of Ministers, *Recommendation No. R (85) 13 of the Committee of Ministers to Member States on the Institution of the Ombudsman (Adopted by the Committee of Ministers on 23 September 1985 at the 388th meeting of the Ministers' Deputies)*, R (85) 13, 23 September 1985; Committee of Ministers, *Resolution (85) 8 on Co-operation between the Ombudsmen of Member States and between them and the Council of Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 23 September 1985 at the 388th meeting of the Ministers' Deputies)*, Resolution (85) 8, 23 September 1985. Ayrıca bkz. Theo van Boven, "The Future of Human Rights in Europe", 1989, 7 (1), 1989, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 6-10, s. 9-10.

¹¹ Committee of Ministers, *Proposal to Create a Council of Europe Commissioner for Human Rights – Some preliminary observations on the role and functions of such an institution and on the timetable for examination of this proposal*, CM(97)12, 7 January 1997.

¹² Sivonen, s. 18; Reif, s. 357. Süreç hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Jeroen Schokkenbroek, "The preventive role of the Commissioner for Human Rights of the

İkinci Hükümet ve Devlet Başkanları Zirvesi'nde bir "Avrupa İnsan Hakları Makamı"nın kurulması fikri kabul edilmiş ve Eylem Planı'na eklenmiştir.¹³ Sonraki iki yıl boyunca insan hakları komiserliği hakkındaki çalışmalar, Bakanlar Komitesi himayesinde sürdürülmüştür. Parlamenterler Meclisi'ndeki tartışmalardan sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 7 Mayıs 1999 tarih ve 99 (50) sayılı Kararı'yla "İnsan Hakları Komiseri" nihayet kurulmuş¹⁴ ve "Avrupa Konseyi'nin insan hakları belgelerinde yer aldığı şekliyle insan hakları konusunda eğitimi, farkındalığı ve insan haklarına saygıyı teşvik edecek yargı dışı kurum" olarak tanımlanmıştır.¹⁵

İlk Komiser, aynı yılın Eylül ayında, Bakanlar Komitesi tarafından hazırlanan ve üç adaydan oluşan bir liste içinden, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından seçilmiştir. 99 (50) sayılı Karar uyarınca¹⁶, Parlamenterler Meclisi'nde kullanılan oyların çoğunluğu ile altı yıllığına seçilen ve görev süresi yenilenemeyen İnsan Hakları Komiserliği için, bugüne kadar dört seçim yapılmış olup, dördüncü Komiser hâlen görevine devam etmektedir.¹⁷

B. Statüsü

Bilindiği üzere, uluslararası kurumlar çok farklı şekillerde kurulmakta olup, farklı işlevler üstlenmekte ve farklı nitelikteki yetkiler çerçevesinde faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla, İnsan Hakları Komiseri'nin salt bir uluslararası kurum olduğuna işaret edilmesi, Komiser'in tanımlanması açısından yetersiz bir çaba olacaktır. Bu bağlamda, Komiser'in statüsünün daha isabetli bir şekilde belirlenmesi için, kuruluş şekli ve işlevlerinin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.

Council of Europe", in Linos-Alexander Sicilianos, (ed), **The Prevention of Human Rights Violations: Contribution on the Occasion of the Twentieth Anniversary of the Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR)**, Ant. N. Sakkoulas Publishers&Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 201-213, s. 201-206.

¹³ Second Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, *Final Declaration and Action Plan*, Strasbourg, CM(97)169, 10–11 October 1997.

¹⁴ Bkz. Committee of Ministers, *Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights (adopted by the Committee of Ministers on 7 May 1999 at its 104th Session)*, Res (99)50, 7 May 1999.

¹⁵ 99 (50) sayılı Karar, m. 1.

¹⁶ 99 (50) sayılı Karar, m. 9-10-11.

¹⁷ Bugüne kadar görev yapan Komiserler ve görev dönemleri şu şekildedir: *Álvaro Gil-Robles* (İspanya, 1999-2006), *Thomas Hammarberg* (İsveç, 2006-2012) ve *Nils Muižnieks* (Letonya, 2012-2018). Halen görevine devam etmekte olan dördüncü Komiser *Dunja Mijatović* ise 2018'de göreve başlamıştır.

Bu bağlamda öncelikle belirtilmelidir ki Komiser, Avrupa Konseyi teşkilatı içinde konumlandırılmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, Komiser'in teşkilat içerisindeki niteliği hakkında iki farklı görüş mevcuttur. Bu görüşlerden ilki Komiser'in bir "uzmanlık kurumu" olduğunu, ikincisiyse "ikincil (yan) bir organ" olduğunu belirtmektedir.

İlk yaklaşıma göre Komiser, yıllar içerisinde Konsey bünyesinde belirli konularda faaliyet göstermek ve Konsey'in bu alanlardaki çalışmalarını geliştirmek üzere kurulan çeşitli "uzmanlık kurumları"ndan biri olarak nitelendirilmektedir.¹⁸ Bilindiği üzere, Konsey tarafından kurulan bu uzmanlık kurumlarından *Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu*¹⁹ gibi bazıları tüm Konsey üyelerini ilgilendirirken; kendine özgü, kısmî ve genişletilmiş bir anlaşmayla kurulan *Yolsuzlukla Mücadele Devletler Grubu (GRECO)*²⁰ gibi diğer bir kısım uzmanlık kurumlarıysa, Konsey öncülüğünde hazırlanan sözleşmelere dayanmakta ve Konsey üyesi olsun veya olmasın, ilgili sözleşmeye taraf olan tüm devletler bakımından önem taşımaktadır. Bu kapsamda bir de, Bakanlar Komitesi tarafından kurulan *Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)*²¹ gibi, doğrudan Konsey organları tarafından kurulan uzmanlık kurumlarından söz etmek mümkündür. İşte, bu yaklaşıma göre İnsan Hakları Komiseri de, insan hakları alanında faaliyet göstermek üzere, doğrudan bir Konsey organı tarafından kurulan ve tüm üye devletleri ilgilendiren bir uzmanlık kurumu olarak tanımlanmaktadır.

İkinci görüşe göreyse Komiserlik; "Konsey'in ikincil (yan) organları"ndan biridir.²² Bu yaklaşıma göre Komiser'in bir "Konsey Organı"

¹⁸ Forence Benoît-Rohmer/Heinrich Klebes, **Council of Europe Law: Towards a pan-European legal area**, Council of Europe Publishing, 2005, s. 74.

¹⁹ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (*European Commission against Racism and Intolerance, ECRI*) 1993 yılında gerçekleşen Birinci Hükümet ve Devlet Başkanları Zirvesi'nde kurulmuştur. Komisyon ırkçılık, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlük ve anti-semitizm gibi çalışma alanlarında faaliyet göstermektedir. Bkz. Council of Europe, First Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, *Vienna Declaration, Decl(09/10/93)*, 09 October 1993.

²⁰ Committee of Ministers, *Resolution (98)7 Authorising the Partial and Enlarged Agreement Establishing the "Group Of States against Corruption - GRECO"* (adopted by the Committee of Ministers on 5 May 1998 at its 102nd Session), GMC98(21), 6 May 1998.

²¹ Committee of Ministers, *Resolution (90)6 On a Partial Agreement Establishing the European Commission for Democracy through Law (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 1990 at its 86th Session)*, 10 May 1990.

²² Oliver Dörr, "Commissioner for Human Rights", in Stefanie Schmahl/ Marten Breuer (eds.), **The Council of Europe: Its Law and Policies**, Oxford University Press, 2017, 296-

olarak değerlendirilmesinin iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki; Komiser'in Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün²³ 1. maddesinin (b) fıkrasıyla Konsey'in amaçlarından biri olarak belirlenmiş olan “*insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi*” amacına hizmet etmek üzere kurulmuş olmasıdır. İkinci nedense; Komiser'in, Bakanlar Komitesi'nin Konsey'in iç teşkilatı ve düzenlemeleri hakkında bağlayıcı karar alma ve gerekli idari düzenlemeleri yapma yetkisine dayanarak kurulmuş olmasıdır.²⁴ Nitekim, Avrupa Konseyi'nin internet sitesinde yer alan teşkilata ilişkin açıklamalarda da Komiser, bir “Konsey organı” olarak nitelendirilmektedir.²⁵

Her iki görüş birlikte değerlendirildiğinde, Komiser'in bir “Konsey organı” olarak nitelendirilmesinin daha isabetli olacağı ileri sürülebilir. Gerçekten de Komiser, Konsey'in temel değerlerinden olan “insan hakları”na hizmet etmek üzere kurulmuş olup, “*Avrupa Konseyi'nin insan hakları belgelerinde yer aldığı şekliyle insan hakları konusunda*” faaliyet göstermektedir. Ayrıca Komiser, bir sözleşmeye dayalı olarak değil, doğrudan Tüzük'ten kaynaklanan bir yetkiye dayanılarak kurulmuştur.²⁶ Dolayısıyla, kuruluş şekli ve faaliyetlerinin niteliği dikkate alındığında, Komiser'in *Konsey'in bir ikincil organı* olarak kabulünün daha isabetli olacağı görülmektedir.

Konsey'in bir organı olan Komiser'in, görevleri ve işlevleri dikkate alındığındaysa, bir “insan hakları izleme mekanizması”²⁷ olarak tanımlanması

313, s. 296.

²³ Council of Europe, *Statute of the Council of Europe*, 5.5.1949, ETS No. 1.

²⁴ Bkz. Avrupa Konseyi Tüzüğü, m. 16.

²⁵ Bkz. Avrupa Konseyi İnternet Sitesi: “Structure”, <https://www.coe.int/en/web/about-us/structure>, 11.03.2021.

²⁶ Bkz. Avrupa Konseyi Tüzüğü, m. 16.

²⁷ Bilindiği üzere, yıllar içinde insan haklarının korunmasında yalnızca normatif düzenlemelerin varlığını yeterli gören yaklaşımlar terk edilmiş, devletlerin bu düzenlemeler bağlamındaki uygulamalarının da takip edilmesi bir yöntem olarak benimsenmiştir. Nitekim, hukuk alanında ve özellikle insan hakları hukuku alanındaki kazanımlar da, yalnızca normların ve normatif metinlerin varlığıyla değil, bu normların uygulanmasının etkili bir şekilde izlenmesi yoluyla edinilmiştir. (Council of Europe Directorate General Human Rights and Rule of Law, **Practical impact of the Council of Europe monitoring mechanisms in improving respect for human rights and the rule of law in member states**, Council of Europe, 2014, s. 7. (*Practical Impact*)) Bu yaklaşımın etkisiyle, izleme ve önleme işlevleriyle donatılan, yargısal veya yargısal olmayan ulusal ve uluslararası izleme mekanizmaları oluşturulmuştur. Potansiyel insan hakları ihlalleri bağlamında “izleme”; “insan hakları ihlallerini içeren bir dizi olay ve/veya kimi hallerde ve yerlerde böylesi ihlallere işaret eden uyarı göstergeleri hakkında çeşitli kaynaklardan veri toplamak için sürekli (yani, düzenli aralıklarla tekrarlanan) ve standartlaştırılmış (yani, sistematik) bir çaba” anlamına gelmektedir. (Tanım

uygun olacaktır.²⁸ Nitekim, Avrupa Konseyi belgelerinde, izleme sürecine yapılan bir atıfta, “izleme” faaliyetinin şu şekilde tanımlandığı görülmektedir²⁹:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamalarda üstlenilen mükemmel ‘izleme’ye ek olarak, Avrupa Konseyi’nin önemli bir görevi, her üye devletin değerlere ve Konsey tarafından yıllar içerisinde geliştirilen ve 170 (günümüzde 223) adet sözleşme ve birçok tavsiyeyle şekillenen önemli norm ve standartlar sistemine saygı duyulmasını sağlamaktır. Bu, hem verimli hem de etkili izleme ve kontrol mekanizmalarını ve işbirliği ve teknik yardım programlarının güçlendirilmesini gerektirir.”

Bu çerçevede, Komiser’in Konsey içerisindeki rolü ve insan hakları konusundaki sürekli ve standartlaşmış çabaları birlikte ele alındığında, bir izleme mekanizmasıyla karşı karşıya olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, “insan hakları konusunda eğitimi, farkındalığı ve saygıyı teşvik etmek” biçiminde belirlenen görevlerini icra ederken, ülke ve konu temelli bölgesel bir izlemeler yapan Komiser’in, bir *uluslararası insan hakları izleme mekanizması* olarak tanımlanması uygun olacaktır.

C. Görevleri

İnsan Hakları Komiseri'nin görevleri ve faaliyetleri, esas olarak, 99 (50) sayılı Karar’la belirlenmiştir. Buna göre, Komiser’in temel amacı, Konsey üyesi devletlerdeki insan haklarını “korumak” değil, “teşvik etmek”tir.³⁰ Nitekim bu husus, Karar’ın 1. maddesinde, Komiser’in; *“insan hakları konusunda eğitimi, farkındalığı ve saygıyı teşvik edecek”* bir kurum olarak tanımlanmasından da anlaşılabilir.

için bkz. Alex Peter Schmid/Albert J. Jongman, “Introduction”, in Schmid/Jongman (eds), **Monitoring Human Rights Violations**, Center for the Study of Social Conflicts, Leiden University, 1992, s. 3 aktaran Andrew Drzemczewski, “Core Monitoring Mechanisms and Related Activities”, in Stefanie Schmahl/Marten Breuer (eds), **The Council of Europe: Its Law and Policies**, Oxford University Press, 2017, 617-635, s. 620.) Bu yönüyle izleme süreci, insan hakları ihallerini önleyici veya hafifletici nitelikte erken uyarıya dayanan çeşitli faaliyetleri içermektedir.

²⁸ Gauthier de Beco, “Introduction: The Commissioner for Human Rights”, in Gauthier de Beco (ed), **Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe**, Routledge, 2012, 1-16.

²⁹ Committee of Ministers, *Committee of Wise Persons - Final Report to the Committee of Ministers (adopted by the Committee of Ministers on 3-4 November 1998 at its 103rd Session)*, CM(98)178, 3-4 November 1998.

³⁰ Dörr, s. 297.

Komiser'in görevlerinin ayrıntıları, Karar'ın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Komiser;

- a. Üye Devletlerde insan hakları eğitimini ve farkındalığını teşvik edecek;
- b. Üye Devletlerde insan haklarının etkin bir şekilde gözetilmesine ve tam olarak kullanılmasına katkı yapacak;
- c. İnsan haklarının korunması ve insan hakları ihlallerinin önlenmesi hakkında tavsiyede bulunup bilgi sağlayacaktır. Komiser, halkla ilişkilerinde, mümkün olan her yerde, üye devletlerdeki insan hakları yapılarından yararlanacak ve onlarla iş birliği yapacaktır. Bu tür yapıların bulunmadığı yerlerde, Komiser bunların kurulmasını teşvik edecektir. Bunlara ek olarak Komiser;
- d. Ulusal ombudsman kurumlarının veya insan hakları alanındaki benzer kurumların faaliyetlerini kolaylaştıracak;
- e. Avrupa Konseyi belgelerinde yer alan insan haklarına uyum konusunda üye Devletlerin mevzuat ve uygulamalarındaki olası eksiklikleri tespit edip bu standartların üye Devletler tarafından etkin bir şekilde uygulanmasını teşvik edecek ve böylesi eksikliklerin giderilmesinde, rızaları varsa, üye Devletleri destekleyecektir. İlâveten, Komiser;
- f. Uygun gördüğü durumlarda, belirli bir konuyla ilgili olarak Bakanlar Komitesi'ne veya Parlamenterler Meclisi'ne ve Bakanlar Komitesi'ne bir rapor sunacak;
- g. İnsan hakları standartlarına uyumu sağlama görevleri bağlamında Bakanlar Komitesi veya Parlamenterler Meclisi tarafından yapılan taleplere, uygun gördüğü şekilde, yanıt verecek;
- h. Bakanlar Komitesi veya Parlamenterler Meclisi'ne yıllık rapor sunacak ve
- i. Birbirini tekrarlayan faaliyetlerden kaçınarak, insan haklarının teşvik edilmesi ve korunması için diğer uluslararası kurumlarla iş birliği yapacaktır.

Görüldüğü gibi, Komiser'in görevleri keskin hatlarla belirlenmemiş, farklı yorumlara açık şekilde ve farklı yollarla gerçekleştirilebilir nitelikte ifade

edilmiştir.³¹ Böylece, esnek bir yapı benimsenmiş³² ve Komiser'e, uygulamada geniş bir hareket alanı sağlanmıştır. Buna göre, Komiser, temel ve yapısal insan hakları sorunlarını istediği yerde ve istediği zaman araştırabilecek ve bunlara dikkat çekebilecektir.³³

Ayrıca, Komiser'in görevlerinin genişletilmesi ya da değiştirilmesi de her zaman mümkündür. Komiser'in bir sözleşme ile değil ama bir Bakanlar Komitesi kararıyla kurulmuş olması da bunu kolaylaştırmaktadır. Gerçekten, Komiser'in görev tanımının, başka bir Bakanlar Komitesi kararıyla her zaman değiştirilmesi olasıdır. Dahası, zaman içinde, bir Bakanlar Komitesi kararı olmaksızın dahi Komiser'in görevlerinin arttığı gözlemlenmektedir.

Son on yılda Komiser'in görev alanı, özellikle AİHM'nin yargılama faaliyetleriyle bağlantılı olarak genişletilmiştir. Bu kapsamda önce, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 14 Numaralı Protokolü* ile Sözleşme'nin 36. maddesine 3. ve 4. fıkralar eklenmiş; 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemede Komiser'e doğrudan atıf yapılmış ve kendisine, AİHM önündeki yargılamalara "üçüncü taraf" sıfatıyla yazılı görüş sunabilme ve duruşmalara katılma yetkisi tanınmıştır. Böylece, bir uluslararası sözleşmeyle kurulmamış olan Komiser'in yetkileri, bir uluslararası sözleşmeyle genişletilmiştir.

Komiser'in görev alanındaki bir diğer genişlemeyse 2017 yılında gerçekleşmiştir. Bakanlar Komitesi Kuralları'nın 9. maddesine eklenen yeni 4. fıkrayla Bakanlar Komitesi; AİHM kararların icrasıyla ilgili konularda; Mahkeme önündeki yargısal süreçlere gerek bu yönde tanınmış yetkisini kullanarak, gerekse Mahkeme'nin özel daveti üzerine, dâhil olabilen bir kurum veya kuruluşun gelecek her türlü iletişimi (*communication*) değerlendirme yetkisiyle donatılmıştır.³⁴ Nitekim, Mahkeme'nin vermiş olduğu tüm kararlar bağlamında, kendisine tanınmış bir yetkiye dayanarak Bakanlar Komitesi'yle

³¹ Dörr, s. 298.

³² Sivonen, s. 18.

³³ Thomas Hammarberg, "Council of Europe as an Instrument for Human Rights", 2014, 32 (2), *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 214-219, s. 214.

³⁴ Bu değişiklik 18 Ocak 2017 tarihinde, Bakanlar Komitesi'nin 1275. Toplantısı'nda kabul edilmiştir. Bkz. Committee of Ministers, *4.1 Securing the long-term effectiveness of the system of the European Convention on Human Rights – Implementation of the Brussels Declaration – Amendments to Rule 9 of the Ministers' Deputies' Rules for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, CM/Del/Dec(2017)1275/4.1., 18 January 2017.

iletişim kurma imkanı yalnızca İnsan Hakları Komiseri'ne verilmiş bulunmaktadır. Böylece, doğrudan Komiser'i konu edinmeyen bir Konsey belgesiyle de Komiser'in görevleri genişletilmiştir.

Komiser'in görevlerinde gerçekleşen bu iki genişleme göstermektedir ki, Komiser'in görevleri yalnızca Komiser'i kuran ve görevlerini esas olarak belirleyen 99 (50) sayılı Bakanlar Komitesi Kararı'yla belirlenmemektedir. Günümüzde, AİHS ve Bakanlar Komitesi Kuralları gibi farklı belgelerde de Komiser'in görevlerini belirleyen ve/veya genişleten düzenlemelere yer verilebilmektedir. Bu bağlamda, Komiser'in görevlerinde ortaya çıkabilecek değişikliklerin ve genişlemelerin, gelecekte de çok çeşitli hukuksal metinler kapsamında karşımıza çıkabileceğini öngörmek, hatalı bir değerlendirme olmayacaktır.

D. Faaliyet ve Araçları

Komiser, kendisine verilen görevleri gerçekleştirirken çeşitli faaliyetlerde bulunmakta ve bu kapsamda bir dizi araçtan yararlanmaktadır. Bu kapsamda Komiser, görevlerini yerine getirirken, *üye devletler özelinde* veya insan hakları alanında önemli gördüğü *belirli konular hakkında çalışmalar* yapmakta ve çeşitli *raporlar, tavsiyeler ve görüşler* hazırlayarak bunları yayınlamaktadır. Ayrıca Komiser, AİHM önünde devam eden yargılamalara üçüncü taraf sıfatıyla *yazılı görüşler* sunmaktadır. Yine, genişleyen yetki alanıyla birlikte, Komiser'in hazırladığı *iletişimleri* Bakanlar Komitesi'ne yöneltmesi de mümkün hale getirilmiş bulunmaktadır.

Bu yetkilerine ek olarak, Komiser, ayrıca çeşitli olanaklar ve yetkilerle de donatılmıştır. Bu çerçevede öncelikle, Komiser'in, görevleri kapsamındaki herhangi bir bilgi üzerine harekete geçebileceğini belirtmek gerekmektedir.³⁵ Anılan bilgi; özellikle insan hakları, bireyler ve örgütler alanında hükümetler, ulusal parlamentolar, ulusal ombudsmanlar veya benzer kurumlar tarafından Komiser'e gönderilen hususları içerebilir.³⁶ Dolayısıyla Komiser, faaliyetleri sırasında görevleriyle ilgili herhangi bir bilgiden yararlanabilir. Ayrıca Komiser, kişisel ülke ziyaretleriyle de bizzat bilgiler edinebilmektedir. Üye devletler de, Komiser'in temaslarını ve faaliyetlerini kolaylaştırmak ve Komiser tarafından istenen bilgileri zamanında sağlamakla yükümlüdürler.³⁷ Yine, Komiser'in Konsey üyesi devletlerin hükümetleriyle doğrudan iletişim kurabilmesi de

³⁵ 99 (50) sayılı Karar, m. 5 (1), c. 1.

³⁶ 99 (50) sayılı Karar, m. 5 (1), c. 2.

³⁷ 99 (50) sayılı Karar, m. 6 (1).

mümkündür.³⁸

Komiser, esnek ve geniş bir görev alanına sahip olsa bile, Komiser'in görevlerini yerine getirirken gözetmesi gereken çeşitli sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamalar, 99 (50) sayılı Karar'da düzenlenmektedir. Bu kapsamda öncelikle, Karar'ın 2. maddesine göre Komiser'in, görevini yerine getirirken "bağımsız"dır ve "tarafsız" bir şekilde hareket etmesi gerektiğinin altı çizilmelidir. Komiser'in bağımsızlık ve tarafsızlık nitelikleri; bir yandan Komiser'in görevlerini yerine getirirken uyması gereken birer yükümlülük niteliği taşıırken; diğer yandan da Komiser'e, üye devletler ve Konsey organlarının saygı duymasını gerektiren bir hukuki statü sağlamaktadır.³⁹

Komiser'in, görevini bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirmesine ek olarak, faaliyetlerini gerçekleştirirken uyması gereken başka sınırlamalar da bulunmaktadır. Bu sınırlamalardan biri, Karar'ın 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve Komiser'le diğer insan hakları kurum ve organları arasında ortaya çıkabilecek yetki çatışmaları önlemeyi amaçlayan düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre Komiser;

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne veya Avrupa Konseyi'nin diğer insan hakları belgelerine göre kurulan izleme organlarının yetkisine saygı duyacak ve bunlar tarafından gerçekleştirilenler dışındaki işlevleri yerine getirecektir".

Bu sınırlamanın ne anlama geldiğini daha iyi anlamak için, AİHM kararlarının icrası bağlamında Komiser ile Bakanlar Komitesi arasındaki ilişkiye bakılabilir. Bakanlar Komitesi, AİHS'nin 46. maddesiyle Mahkeme tarafından verilen kararların ilgili taraf devlet tarafından gerektiği şekilde icra edilip edilmediğini izleme konusunda yetkili kılınmıştır. Bu kapsamdaki faaliyetler, Bakanlar Komitesi'ne tavsiyede bulunan ve yardımcı olan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası Dairesi" (*Department for the Execution of Judgements of the European Court of Human Rights*) tarafından sürdürülmektedir. Bu çerçevede Komiser'in, 99 (50) sayılı Bakanlar Komitesi Kararı'yla kendisine verilen yetkilerden hareketle, Bakanlar Komitesi'nin yerine geçerek, ilgili yetkileri üstlenmesi mümkün değildir. Ancak Komiser'in, ortak hedefler çerçevesinde Mahkeme kararlarının üye devletler tarafından yerine getirilmesi faaliyetlerinde destekleyici bir rol üstlenmesi mümkündür.

³⁸ 99 (50) sayılı Karar, m. 7.

³⁹ Dörr, s. 299.

Hatta bu rol, 2017 yılında Bakanlar Komitesi Kuralları'nda gerçekleştirilen değişiklik sayesinde daha da belirginleşmiş ve güçlendirilmiştir. Bu değişiklikle İnsan Hakları Komiseri, Bakanlar Komitesi'nin Mahkeme kararlarının icrasını izleme işlevini üstlenememekle birlikte, bu konuda Bakanlar Komitesi'yle iletişim kurma imkânına sahip olmuştur. Ayrıca Komiser'in, ülkelere ilişkin görüş ve raporlarında üye devletler tarafından gerekleri yerine getirilmeyen AİHM kararlarına işaret edebileceği ve bunları, yapacağı değerlendirmelere esas alabileceği de açıktır. Dolayısıyla Komiser'in faaliyetinin sınırları, insan hakları alanında faaliyet gösteren diğer Avrupa Konseyi izleme organlarının görevleriyle çizilmekte ve Komiser, kendine özgü bir faaliyet alanı içinde hareket etmektedir.

99 (50) sayılı Karar'ın 1. maddesinin 2. fıkrasıyla Komiser'in görevlerine başka bir sınırlama daha getirilmiştir. Buna göre, bir mahkeme gibi bağımsızlık ve tarafsızlık nitelikleriyle donatılan Komiser'in, "yargı dışı bir kurum" olması nedeniyle bireysel başvuruları kabul etme imkânı bulunmamaktadır.⁴⁰ Ancak, bu hükümden hareketle, Komiser'in bireylerin maruz kaldığı insan hakları ihlalleri konusunda tamamen yetkisiz olduğunu söylemek de güçtür. Zira, Komiser'in, bireylerin maruz kaldığı insan hakları ihlallerine ilişkin güvenilir bilgilere dayanarak sonuçlar çıkarması ve üye devletler veya Konsey organları nezdinde çeşitli girişimlerde bulunması mümkündür.⁴¹

Komiser'in görevlerine getirilen son bir sınırlama ise, Karar'ın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre Komiser'in, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi tarafından, devam eden faaliyetleriyle ilgili olarak ifade edilen görüşleri dikkate alması gerekmektedir. Bir başka deyişle Komiser, bu görüşleri yok sayamayacak veya tamamen reddetmeyecek; bunları faaliyetlerini düzenlerken dikkate alacaktır.⁴²

Sonuç olarak, gerek Komiser'in genişleme eğitiminde olan görev alanına, gerekse bunların sınırlarına bakıldığında; İnsan Hakları Komiseri'nin rolünün esasen insan hakları konusunda önleyici ve teşvik edici bir nitelik taşıdığını söylemek mümkündür.⁴³ Bununla birlikte, bu ifadeden hareketle, Komiser'in

⁴⁰ 99 (50) sayılı Karar, m. 1 (2).

⁴¹ Thomas Hammarberg, "Contribution from the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe", 2010, 2, *European Yearbook of Disability Law*, 153-162, s. 153.

⁴² Dörr, s. 299.

⁴³ Benoît-Rohmer/Klebes, s. 76; Dinah Shelton, "The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe", 2003, 13 (1), *Duke Journal of Comparative & International Law*, 95-154, s. 109.

güçsüz şekilde algılanması da yanıltıcı olacaktır. Bu bağlamda, Komiser'in bu önleyici ve teşvik edici rolünün zaman içinde oldukça güçlendiğini özellikle vurgulamak gerekmektedir. Özellikle, AİHM bağlamındaki yeni görevlerin eklenmesiyle birlikte, Komiser'in insan hakları alanındaki gücü ve etkinliği, büyük ölçüde artmış bulunmaktadır.

II. Komiser'in Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Alanındaki Etkisi

Bir Konsey organı ve insan hakları izleme mekanizması olan Komiser'in ceza hukukuyla ilişkili konulardaki etkisinin ne olduğu veya ne olabileceği sorusu, yanıtlanması basit bir soru değildir. Bu anlamda, Komiser'in etkisinin; en genel ifadesiyle, yetki alanında gerçekleştirdiği faaliyetlerle Konsey üyesi devletlerin, diğer Konsey organlarının ve AİHM'nin karar ve işlemleri üzerinde sahip olduğu değiştirici ve yönlendirici gücü olarak tanımlanması mümkündür.

Komiser'in ve genel olarak insan hakları izleme mekanizmalarının ülke hukukları üzerindeki etkisi, bu ülkelerin mevzuat ve uygulamalarında değişiklik yaratma gücü üzerinden ölçülebilir. Bununla birlikte; uluslararası, ulusötesi ve ulusüstü hukuk düzenleriyle çevrili bir yapıda yer alan ulusal hukuk düzenlerinin hangi aktörden ne oranda etkilendiğini tespit etmek, bu etki açıkça belirtilmediği sürece ve/veya bağlayıcılığı olan bir yargı kararının neticesi olmadıkça, çok kolay değildir. Dolayısıyla, böylesi bir etkinin analizi, ancak devletlerin mevzuatlarında ve/veya uygulamada yaptıkları değişikliklerin izlenmesi ve bunları tetikleyen süreçlerin incelenmesiyle mümkün olabilir. Nitekim, bu izleme ve inceleme sonucunda da kesin sonuçlara ulaşmak her zaman mümkün olmayabilir. Zira devletler, mevzuat ve uygulamalarında çok farklı siyasi, hukuki, kültürel ve ekonomik gerekçelerle değişikliklere gitmekte ve bunların arkasındaki nedenleri de her zaman açıkça belirtmemektedirler.

Komiser'in, devletlerin mevzuat ve/veya uygulamaları üzerinde *bütüncül* veya *kısmî* etkileri olabileceği gibi, bu etkinin *doğrudan* veya *dolaylı* şekilde ortaya çıkması da mümkündür. Örneğin, Komiser'in belirli bir ülkeye gerçekleştirdiği ziyaretlerin, yaptığı görüşmelerin ve hazırladığı raporların, kural olarak doğrudan ve bütüncül bir etki doğurması beklenebilir. Aksine, Komiser'in çeşitli konularda hazırladığı tematik raporlar ve görüşlerin ya da gerçekleştirdiği bilinçlendirme faaliyetlerininse, ülkeler üzerinde ancak dolaylı ve kısmî bir etkisinin olacağını varsaymak mümkündür. Bununla birlikte, son yıllarda Komiser'in devletler üzerinde sahip olduğu *dolaylı*

etkilerin arttığı gözlemlenmektedir. Bu artışın başlıca nedeni, Komiser'e bir yandan AİHM önünde süren yargılamalara, diğer yandan da Bakanlar Komitesi'yle kurulan iletişimler yoluyla Mahkeme kararlarının izlenmesi sürecine katılım imkânının sağlanmış olmasıdır. Bu sayede Komiser, devletlerin insan hakları uygulamaları konusunda somut örnekler üzerinden daha aktif bir rol üstlenmektedir.

Benzer değerlendirmelerin, Komiser'in ulusal ceza hukuku düzenleri üzerindeki etkisi bakımından da yapılması mümkündür. Gerçekten, Komiser'in bu alandaki faaliyetlerinin doğrudan ve dolaylı dönüştürücü etkisi hakkında kesin yargılara ulaşmak, konunun mahiyeti itibarıyla, her zaman mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, bu çalışmada genel olarak benimsenen yaklaşıma paralel olarak, Komiser'in ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanındaki etkisi hakkında, bu alanlarda sürdürdüğü faaliyetler ile bunların gözlemlenebilir sonuçları üzerinden belli çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

Bu bağlamda öncelikle çözülmesi gereken yönetsel bir sorun, Komiser'in "ceza ve ceza muhakemesi hukukuyla ilgili" faaliyetlerinin nasıl belirleneceğidir. Gerçekten, genel olarak ceza hukuku ve insan hakları hukuku arasında var olan çelişkili ama yakın ilişki nedeniyle, Komiser'in tüm faaliyetlerinde ceza ve ceza muhakemesi hukukuyla ilişkili bir boyut görülmesi mümkündür. Ancak, Komiser'in çeşitli faaliyetlerinde bir ceza hukuku boyutunun bulunması, bu faaliyetlerin devletler üzerinde mutlaka bir etki doğuracağı şeklinde yorumlanamaz. Nitekim Komiser'in tüm faaliyetleri, aynı oranda etkili olma potansiyeline de sahip değildir. Zira bu faaliyetlerin bir kısmı "kurumsal iş birliği" gibi daha ziyade iletişim ağı kurma odaklı faaliyetlerken, diğer bir kısmıysa "bilinçlendirme" gibi daha uzun dönemli ve etkileri önceden tam olarak kestirilemeyecek türden faaliyetlerdir. Ayrıca, bu faaliyetler sınırlı sayıda da değildir. Aksine, Komiser'in faaliyetleri, esnek nitelikte ve uygulamada Komiser'e geniş bir hareket alanı sağlayacak şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, Komiser'in günümüzde sürdürdüğü ve gelecekte gerçekleştirebileceği her türlü faaliyetin, ceza hukuku üzerinde bir etkisinin olacağını varsaymak gerçekdışı olacaktır. Bu düşüncelerden hareketle, ilerleyen bölümlerde, Komiser'in faaliyetleri arasından, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında doğrudan veya dolaylı etkiler doğurduğu gözlemlenebilir nitelikteki faaliyetleri inceleme konusu yapılacaktır. Sonuç olarak, takip eden sayfalarda, Komiser'in faaliyet alanları⁴⁴

⁴⁴ Komiser'in günümüzdeki temel faaliyet alanlarının, bir yanda 99 (50) sayılı Karar'la düzenlenen, diğer yanda da AİHS ve Bakanlar Komitesi Kuralları'yla eklenen görevler olarak iki başlık

arasından ceza hukuku alanında gözlemlenebilir nitelikte etkiler doğuranlar; “ülke izleme”, “tematik faaliyetler ve danışmanlık” ve “AİHM bağlamındaki faaliyetleri” olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

A. Ülke İzleme

Avrupa Konseyi, yıllar içinde yalnızca normlara ve yazılı metinlere dayanan bir insan hakları koruma sistemi olmaktan uzaklaşmış; bunun yerine, insan haklarının korunmasında “standart oluşturma”, “önleme”, “izleme” ve “uygulamaya” odaklanan organlardan oluşan karmaşık bir ağ kurmuştur. Bu “Konsey ağı”nın parçalarından biri de İnsan Hakları Komiseri'dir.⁴⁵ Komiser, insan haklarının etkili bir şekilde gözlenmesine (99(50) sayılı Karar, m. 3(b)), üye devletlerin mevzuat ve uygulamasındaki eksiklikler bakımından (99(50) sayılı Karar, m. 3(c)) tavsiyeler vererek (99(50) sayılı Karar, m. 3(e)) katkı yapmaktadır.⁴⁶

Komiser, ülke izleme faaliyetleriyle, üye ülkelerde insan hakları standartları hakkında tespit edilen eksikliklerin giderilmesine yardımcı olabilecek görüşlerini paylaşmakta ve tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu sayede Komiser, insan hakları alanında belirlenen standartların uygulanmasının takibini ve standartlarla uyumlu olmayan örneklerin fark edilmesini sağlamakta ve standartlara uyulması için devletlere tavsiyelerde bulunmaktadır.

altında incelenmesi mümkündür. Bu kapsamda, Komiser'in 99 (50) sayılı Karar'la düzenlenen faaliyetleri değerlendirildiğinde; temel faaliyet alanlarının “ülke izleme”, “tematik raporlama ve danışmanlık”, “bilinçlendirme” ve “kurumsal iş birliği” olduğu görülmektedir. 99 (50) sayılı Karar'da sayılan bu faaliyetlere ek ve yukarıdaki ayrıma uygun olarak, bir de Komiser'in “AİHM bağlamındaki faaliyetleri”nin temel bir faaliyet alanı olarak sayılması gerekmektedir. Bu noktada bir de, sayılan bu beş temel faaliyet alanının birbiriyle yakından ilişkili olduğunun vurgulanmasında fayda olacaktır. Kimi zaman Komiser'in belirli faaliyetlerinin birden fazla temel alanda kendisine yer bulduğu da bilinmektedir. Örneğin, Komiser'in önemseydiği belirli konularda gerçekleştirdiği ülke ziyaretleri ve sonrasında yayınladığı raporlar veya görüşler hem *ülke izleme* hem de *tematik faaliyetler* bağlamında ele alınabilir. Dolayısıyla, bu temel faaliyet alanları birbirilerini dışlamamakta; aksine, birbirleriyle belirli oranlarda örtüşmektedir.

⁴⁵ Bakanlar Komitesi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Avrupa İşkenceyle Mücadele Komitesi, Yolsuzlukla Mücadele Devletler Grubu, Karapara Aklama Tedbirlerinin Değerlendirilmesi Uzmanlar Komitesi (MONEYVAL), İnsan Ticaretiyle Mücadele Uzmanlar Grubu ve elbette İnsan Hakları Komiseri Avrupa Konseyi bünyesindeki izleme mekanizmalarından bazılarıdır.

⁴⁶ Thomas Hammarberg/John Dalhuisen, “The Council of Europe Commissioner for Human Rights”, in Gudmundur Alfredsson/Jonas Grimheden/Bertrand G. Ramcharan/Alfred de Zayas (eds), **International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller**, 2nd Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 515-521, s. 516.

Komiser, ülke izleme kapsamında, kimi zaman Konsey üyesi ülkelere ziyaretler gerçekleştirmekte ve bu ziyaretler kapsamında, yetkililerle sürekli ve doğrudan bir diyalog kurmayı ve bir veya birkaç özel konuyu incelemeyi amaçlamaktadır. Gerçekleştirilen ziyaretler sonucunda, Komiser'in görüş ve tavsiyelerini içeren çeşitli belgelerin hazırlanması söz konusu olmaktadır. Bu ziyaretler sonucunda Komiser; çoğunlukla ülkeler hakkında raporlar veya tutum belgeleri yayınlamakta; kimi zamansa ülkelerin yetkililerine hitaben mektuplar kaleme almaktadır.

Komiser, herhangi bir ziyaret gerçekleştirmeksizin de, ülkelere özgü raporlar veya çeşitli belgeler yayımlayabilmektedir. Ülke izleme kapsamında yer alan bu belgeler, üye ülkelerdeki kriz durumları ve çatışma bölgelerindeki insan haklarıyla ilgili olarak hazırlanmakta ve Komiser'in tavsiyelerini içermektedir.

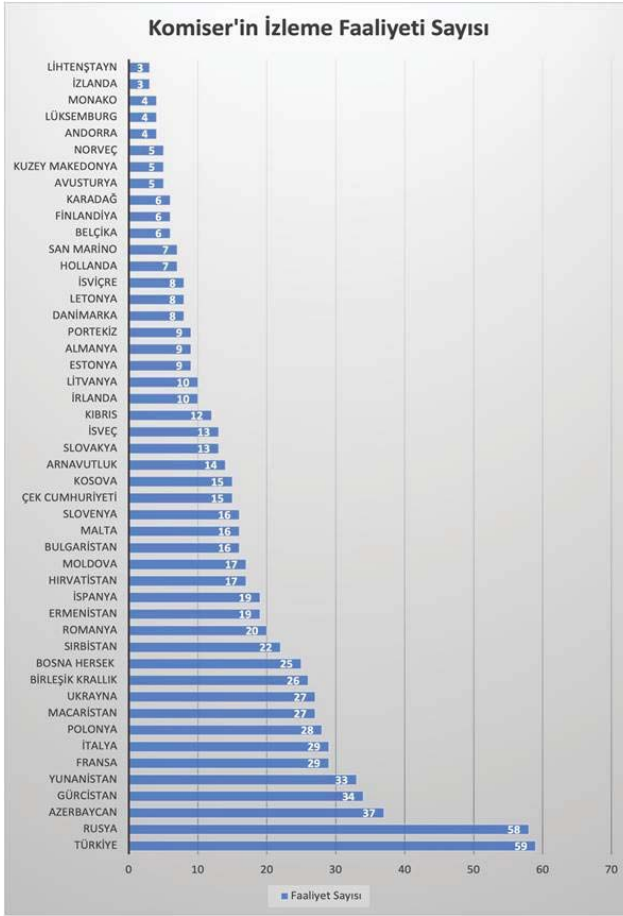
Komiser'in bugüne kadarki ülke izleme faaliyetleri incelendiğinde, izlemenin kimi ülkeler bakımından daha yoğun biçimde gerçekleştirildiği görülmektedir.⁴⁷ İlgili Grafik'ten de görülebileceği gibi, Komiser'in ülke izleme faaliyetlerinin yoğunluğu bakımından Türkiye ve Rusya, başı çekmektedir. Gerçekten, Komiser'in Türkiye hakkındaki 59 faaliyetini, 58 faaliyetle Rusya takip etmektedir. 37 faaliyetle Azerbaycan, 34 faaliyetle Gürcistan ve 33 faaliyetle Yunanistan ise, ilk beş sırada yer alan diğer ülkelerdir.

Aslında, yargısal olmayan bir izleme faaliyeti gerçekleştiren Komiser'in, bazı ülkeler bakımından ortaya çıkan bu izleme faaliyeti yoğunluğunun, yargısal nitelikte izleme yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi istatistikleriyle de uyumlu olduğu görülmektedir. Gerçekten, Mahkeme tarafından davalı devletlere ilişkin verilen karar sayısındaki yığılmalarla, Komiser'in faaliyetlerinin yoğunlaştığı ülkeler büyük oranda benzeşmektedir. Bu kapsamda, 1959-2020 tarihleri arasında AİHM tarafından verilen kararlara bakıldığında, hakkında 3742 karar verilmiş olan Türkiye'yi 2884 karar sayısıyla Rusya'nın takip ettiği görülmektedir.⁴⁸ Yine, Mahkeme'ye yapılan

⁴⁷ Bu çalışmada kullanılan verilere Komiser'in internet sitesinden erişilmiştir. Gerçekleştirilen faaliyet sayıları ve bunların yıllara dağılımını içeren net sayılara Komiser'in veya diğer Avrupa Konseyi organlarının belgelerinden erişilememiştir. Dolayısıyla, bu çalışmadaki sayısal veriler Komiser'in internet sitesinde 23 Mart 2021 tarihi itibarıyla yer verilen bilgiler esas alınarak analiz edilmiştir. Bulgaristan'a ilişkin veride bir adet etkinliğin Bulgarca çevirisi, Rusya'ya ilişkin verideyse iki adet etkinliğin Rusça çevirisi dışarıda bırakılmıştır. Yunanistan'a ilişkin verideyse Komiser'in ziyaretinin ertelendiğine ilişkin bir haber verilere dâhil edilmemiştir.

⁴⁸ European Court of Human Rights, "Violations by Article and by State", <https://www.echr.>

başvuruların sayısı bağlamında da, en azından ilk iki ülke bakımından uyumlu bir görünüm ortaya çıkmaktadır.⁴⁹ Rusya aleyhine yapılan 182.533 başvuruyu, 119.492 başvuru sayısı ile Türkiye takip etmektedir. İncelenen sayısal verilerde özellikle öne çıkan bu iki Ülke'ye ek olarak; istatistiklerde ilk on sırada yer alan diğer ülkelerin de büyük oranda aynı oldukları görülmektedir. Bu kapsamda, Türkiye, Rusya, İtalya, Fransa, Ukrayna, Polonya ve Yunanistan örneklerinde Komiser'in ve Mahkeme'nin faaliyet yoğunluğu benzerken Romanya, Gürcistan ve Azerbaycan bakımındansa yalnızca sıralamalarda bazı farklılıklar olduğu göze çarpmaktadır.



coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf, 23.03.2021.

⁴⁹ European Court of Human Rights, **Overview 1959-2020 ECHR**, Strasbourg, February 2021.

Komiser'in belirli ülkeler bakımından yoğunlaşan bu faaliyetlerinin, medeni, siyasi, sosyal ve kültürel haklar alanlarına yayılan çok geniş bir tematik çerçeveye ilişkili olduğu görülmektedir. Cezaevi koşulları, göçmen ve mültecilerin tâbi tutuldukları muameleler, çocuk hakları ve çocukların ceza hukuku sorumluluğu, terörle mücadele tedbirleri ve insan hakları savunucularının konumu, bu bağlamda öne çıkan temalar olarak göze çarpmaktadır.

Komiser'in ülke izlemelerinde dikkat çeken bir başka husus ise, bu izlemelerde yalnızca AİHS ve Ek Protokoller veya ilgili diğer uluslararası sözleşmeler gibi Konsey belgelerinin dikkate alınmamasıdır. Gerçekten, Ülke izleme değerlendirmelerinde; Konsey organlarının tavsiyeleri, Birleşmiş Milletler sözleşmeleri veya belgeleri ile Avrupa Birliği direktifleri gibi çok farklı belgelerde yer alan standartların da değerlendirme ölçütü olarak kabul edildiği görülmektedir. Atıf yapılan Konsey organları belgeleri ise; genellikle Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi'nin kabul ettiği belgeler olmaktadır.⁵⁰ Komiser'in atıf yaptığı Birleşmiş Milletler belgelerine; Komiser'in Birleşik Krallık yetkililerine hitaben yazdığı ve çingenelerle gezginleri konu alan Mektup'ta atıf yapılan “*Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*”⁵¹ ile İtalya hakkındaki bir ziyaret raporunda atıf yapılan “*Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*” ve “*Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Komitesi'nin 14 sayılı Genel Yorumu*”⁵² örnek olarak verilebilir. Ayrıca Komiser, Almanya hakkındaki bir izleme raporunda olduğu gibi, Avrupa Birliği direktiflerine de göndermede bulunmaktadır. Anılan raporda, ırksal ayrımcılık yapmama, kişisel verilerin korunması ve temel sağlık hizmetlerinin sunumu gibi çok farklı konulardaki direktiflere işaret edildiği görülmektedir.⁵³ Burada çeşitli örneklerine değinilen

⁵⁰ Örneğin 2009 tarihli Türkiye Raporu'nda Avrupa Konseyi Bakan Yardımcıları Komitesi'nin “Türkiye’de İfade Özgürlüğü: Sağlanan İlerleme – çözüm bekleyen konular” (CM/Inf/DH(2008)26, 23 Mayıs 2008) belgesine atıf yapılmıştır. Bkz. İnsan Hakları Komiseri, *Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg'in 28 Haziran-3 Temmuz 2009 Tarihleri Arasında Türkiye'yi Ziyaretini Müteakiben Hazırladığı Rapor, İncelenen Konu: Azınlıkların İnsan Hakları*, CommDH (2009)30, 1 Ekim 2009, s. 12.

⁵¹ Commissioner for Human Rights, *Letter to the Rt Hon Eric Pickles, Secretary of State for Communities and Local Government*, CommDH(2012)14, 13 February 2012, s. 2.

⁵² Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Italy on 13-15 January 2009*, CommDH(2009)16, 16 April 2009, s. 19.

⁵³ Commissioner for Human Rights, *Report by the Commissioner for Human Rights Mr Thomas Hammarberg on his visit to Germany on 9-11 and 15-20 October 2006*, CommDH(2007)14,

ve oldukça sık karşılaşılan bu uygulamanın, Komiser'in 99 (50) sayılı Karar'ın 1. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen görev kapsamını genişlettiğini ve esnettiği söylemek mümkündür.⁵⁴

Komiser'in ülke izleme süreçlerinde yayınlamış olduğu rapor, tutum belgesi ve mektup gibi belgelerin ceza hukukuyla ilişkili konularda da çeşitli gözlem ve tavsiyeler içerdiği görülmektedir. Komiser, bu tespit ve tavsiyelerini hem *maddi ceza hukuku* hem de *ceza muhakemesi hukuku* normlarına ve uygulamasına yönelik olarak gündeme getirmektedir. Bu çerçevede, takip eden bölümlerde, Komiser'in ülke izleme sırasındaki faaliyetleri, ceza hukukuyla bağlantılı olarak iki alt başlıkta ele alınacaktır. Bu başlıklardan ilki, Komiser'in ülke ziyaretlerini takiben yayınladığı metinleri incelemeye özgülenmiştir. İkincisi ise, Komiser'in üye devletlerdeki kriz durumları ve çatışma hallerine ilişkin yayınladığı metinleri konu almaktadır.

1. Ülke Ziyaretleri

Komiser, sahip olduğu yetkilere uygun olarak, Konsey üyesi tüm devletlerde insan hakları koruma standartlarının yükseltilmesine yardımcı olmak amacıyla ziyaretler gerçekleştirmektedir. Komiser, ülke ziyaretleri sayesinde, ilgilendiği konular hakkında, ulusal makamlardan ve sivil toplum temsilcilerinden kişisel ve ilk elden bilgiler elde etmeyi amaçlamaktadır.

İzleme işlevini yerine getirebilmek için, Komiser'in ve ofisinin *bilgiye ve erişime* ihtiyaç duyduğu kuşkusuzdur. Bu kapsamda, ulusal yetkililerle yapıcı ve sürekli bir diyalog kurulması, Komiserlik kurumunun temel özelliğidir.⁵⁵ (99) 50 sayılı Karar'a göre Komiser, ilgili gördüğü herhangi bir bilgiye göre hareket edebilir (m. 5/1), üye devletlerin hükümetleriyle doğrudan iletişim kurabilir (m. 7) ve ayrıca üye devletler, Komiser'in işlevlerinin bağımsız ve etkili bir şekilde yerine getirilmesini kolaylaştırmakla yükümlüdürler (m. 6/1). Komiser'in bilgi toplama sürecine ilişkin tek kısıtlama, Karar'ın 5. maddesinin 2. fıkrası gereğince, bilgi toplama faaliyetinin *genel bir raporlama sistemi hâline dönüşmemesini* gereğidir. Bu bağlamda, Komiser'in izleme rolünün, "resmi olmayan, esnek ve çözüm odaklı" olması hedeflenmiştir.⁵⁶

Komiser'in izleme kapsamında gerçekleştirdiği ülke ziyaretleri, zamansal

11 July 2007, s. 17, 29, 40.

⁵⁴ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Dörr, s. 306.

⁵⁵ Hammarberg/ Dalhuisen, s. 517.

⁵⁶ Hammarberg/ Dalhuisen, s. 518.

ve amaçsal olarak farklı niteliklere sahiptir. Komiser, bu farklı tip ziyaretler sayesinde üye devletlerle daha sık diyalog kurabilmektedir.⁵⁷ Bu çerçevede, Komiser'in göreve başladığı ilk dönemlerdeki izleme, üye devletlerde insan haklarının konumu hakkında kapsamlı bir değerlendirme yapılabilmesi için ülke ziyaretleri gerçekleştirilmesi şeklinde yapılmıştır. Bu *değerlendirme ziyaretlerinin* tüm ülkeler bakımından tamamlanması dokuz yıl sürmüş ve 2008'de tamamlanmıştır.⁵⁸ Bu ziyaretler kapsamında; parlamento üyeleri, hükümet temsilcileri, yargı mensupları, insan hakları kurumları ve sivil toplum temsilcileriyle toplantılar gerçekleştirilmiştir. Bu ziyaretler sırasında hapishaneler, polis karakolları, sığınma evleri, psikiyatri ve eğitim kurumları gibi insan haklarıyla ilgili kimi kurumlar da incelenmiştir.⁵⁹ Üye devletlerde gerçekleştirilen bu ziyaretler sonucunda, ülkelerdeki genel insan hakları durumunu analiz eden ve olası iyileştirme yolları hakkında tavsiyeler içeren ülke raporlarının taslakları hazırlanmış ve ilgili üye devletin yetkililerinden, taslaklar hakkında görüş alınmıştır. Sonuçlandırılan raporlarsa, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi'ne sunulmuş, kamuoyuyla paylaşılmış ve her bir rapor Bakanlar Komitesi'nde tartışılmıştır.

Bu değerlendirme ziyaretlerinin tamamlanmasıyla birlikte, Komiser'in üye devletlerin yetkilileriyle ve sivil toplumla daha devamlı bir diyalog arayışı başlamıştır. Komiser, sürekli bir diyalogu güçlendirmek için daha kısa süreli *iletişim ziyaretleri* gerçekleştirmektedir. Bu ziyaretler, genelde bir raporun yayınlanmasıyla değil, Komiser'in endişelerini açıklayan ve ulusal yetkililere hitaben yazılan mektuplarla sonuçlanmaktadır.⁶⁰

İlk dönemdeki değerlendirme ziyaretleri sonrasında Komiser, daha belirli sorunlara odaklanan ülke ziyaretleri ve belirli insan hakları meselelerini gündeme alan ziyaretler gerçekleştirmeye başlamıştır. Bu ziyaretler sonucundaysa, tespit edilen insan hakları konularında analizler ve daha somut tavsiyeler içeren raporlar yayınlanmaktadır.⁶¹ Komiser'in hedef odaklı

⁵⁷ Sivonen, s. 24.

⁵⁸ Sivonen, s. 23-24.

⁵⁹ Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2008, by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2009)12, 29 April 2009, s. 13.

⁶⁰ Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2009, by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2010)8, 14 April 2010, s. 6.

⁶¹ Thomas Hammarberg/Isil Gachet, "Human Rights Diplomacy and The Council of Europe

ziyaretlerinde öne çıkan bazı konular; engelli hakları, cinsel yönelime dayalı ayrımcılık, göçmen hakları ve terörle mücadelede insan haklarıdır.⁶² Komiser, bu tür ziyaretleri sırasında da cezaevleri, yabancıları tutma merkezleri, ev içi şiddet mağdurları için belirlenen merkezler ile psikiyatri kurumları gibi çeşitli mekanları ziyaret etmektedir.⁶³

Komiser, gerçekleştirdiği ziyaretler haricinde, önceki raporlarında ve faaliyetlerinde belirttiği tavsiyelerin üye devletler tarafından uygulanmasında kaydedilen ilerlemeler hakkında da “durum tespiti misyonları” yürütmektedir. Bu misyon raporları, ilgili ülke yetkililerinin rapora verdikleri tepkilerle birlikte, Komiser'in internet sitesinde yayınlanmaktadır.

Komiser'in üye devletlerdeki insan haklarının durumunu izleme süreçlerinde gerçekleştirdiği çeşitli ziyaretler, “değerlendirme” veya “misyon raporu” gibi farklı nitelikteki raporların veya belgelerin yayınlanmasıyla veya çeşitli mektupların yazılmasıyla sonuçlanmaktadır. Hukuken bağlayıcılığı olmayan bu metinlerin, sıklıkla ceza hukukuyla ilişkili konularda, çeşitli gözlem ve tavsiyeler içerdiği görülmektedir. Nitekim Komiserlik, kuruluşundan itibaren faaliyetlerinin somut ve sonuç odaklı olmasını hedeflemiştir⁶⁴; bu bağlamda, ceza hukuku alanında da somut tavsiyelerde bulunma yolunu benimsemiştir. Komiser'in maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku normlarına ve uygulamasına yönelik bu tavsiyelerinin de, yeni normların oluşturulmasına veya ulusal mevzuatta yer alan normların veya bunların uygulanmasının değiştirilmesine yönelik olduğu görülmektedir.

Commissioner for Human Rights”, in Michael O’Flaherty/Zdzisław Kędzia/Amrei Müller/George Ulrich (eds), **Human Rights Diplomacy: Contemporary Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 101-128, s. 105.

⁶² Rick A. Lawson, “How to Maintain and Improve Mutual Trust amongst EU Member States in Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters? Lessons from the Functioning of Monitoring Mechanisms in the Council of Europe”, in Malén Dane/Andre Klip (eds), **An additional evaluation mechanism in the field of EU judicial cooperation in criminal matters to strengthen mutual trust**, Celsus juridische uitgeverij, 2009, 249-315, s. 272.

⁶³ Komiser; 1999'daki ikinci Çeçen çatışmasının arttığı zaman diliminde Çeçenistan'da bulunan *Chernokosovo*'da, 2002'de Kosova'da yer alan Amerika Birleşik Devletleri ordu üssü olan *Camp Bondsteel*'de ve 2004'te Birleşik Krallık'ta 2001 Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu'na göre tutukluların süresiz olarak tutulduğu *Belmarsh*'ta olduğu gibi çeşitli gözaltı ve tutma merkezlerini ziyaret etmektedir. Bkz. Hammarberg/Dalhuisen, s. 517.

⁶⁴ Hammarberg/Gachet, s. 113.

a. Ceza Hukuku

Komiser'in ceza hukukuyla ilişkili tavsiyelerinin bir kısmı, *suçları ve cezaları düzenleyen normlara veya bunların uygulanmasına* yöneliktir. Ancak, bu çalışmanın konusu açısından asıl dikkat çekici olan husus; Komiser'in bu yöndeki tavsiyelerinin, üye devletlerin ceza hukuku sistemlerinde yapılan kimi değişikliklere etki eden faktörler arasında olduğu yönündeki gözlemlerdir. Bu türden gelişmelere örnek olarak, Komiser'in belli bazı eylemlerin suç haline getirilmesini tavsiye ve teşvik ettiği durumların verilmesi mümkündür. Gerçekten, özellikle ayrımcılık ve nefret suçları ile çocuklara yönelik fiziksel ceza uygulanmasının kaldırılması konularında, Komiser'in etkinliğinin hissedilir biçimde öne çıktığı söylenebilir.

Bu kapsamda örneğin, Komiser'in Macaristan Başbakanı'na hitaben yazdığı ve ifade özgürlüğünün, başkalarının haklarını ve saygınlığını koruma görevi ve yükümlülüğünün de içerdiğini ve belirli sınırları olduğunu vurguladığı 22 Ekim 2009 tarihli mektuptan söz etmek mümkündür. Bu mektubun da etkisiyle, 2010 yılının Şubat ayında Macaristan'da "Holokost'un inkarını" suç haline getiren bir kanun çıkarılmıştır.⁶⁵ Yine, Komiser'in 2013 yılının Nisan ayında Yunanistan hakkında yayınlamış olduğu raporda, ırkçılığa dayanan eylemleri ve diğer tür nefret suçlarını işleyen bireylere ve neo-Nazi "Altın Şafak" (*Golden Dawn*) Partisi gibi siyasi örgütlere etkili cezai yaptırımları uygulanması gerektiğini vurguladığı görülmektedir. Aynı yılın Eylül ayında ise, anılan siyasi Parti'nin lideri ve birkaç yöneticisi hakkında suç örgütü kurmaktan dolayı soruşturma açılmıştır. Dahası, 2013 yılının Kasım ayına gelindiğinde ise, Yunanistan'da bu tarz soruşturmalara muhatap olan siyasi partilere devlet yardımının kesilmesi hakkında bir kanun çıkarıldığı görülmektedir.⁶⁶

Komiser'in üye devletlerin suç ve ceza içeren normları hakkındaki etkisinin gözlemlenebildiği ikinci konuya, çocuklara yönelik fiziksel ceza uygulanmasının kaldırılmasıdır.⁶⁷ Bu konu hem Birleşmiş Milletler hem de Avrupa Konseyi bünyesinde sözleşmelere dayalı olarak kurulan birçok izleme mekanizmasının temel gündem konuları arasında yer almaktadır. Nitekim Komiser de 2006 yılında "Çocuklar ve Fiziksel Ceza: Vurulmama

⁶⁵ Practical Impact, s. 50.

⁶⁶ Practical Impact, s. 50.

⁶⁷ Bu konudaki gelişmelerde, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin de etkili olduğunu belirtmek gerekir.

hakkı aynı zamanda bir çocuk hakkıdır” başlıklı bir “tematik makale” (*issue paper*) hazırlamış⁶⁸, 2010 yılındaysa aynı konuda bir “tutum makalesi” (*position paper*) yayınlamıştır.⁶⁹ Ayrıca Komiser, bu konuda çeşitli üye ülke izlemeleri gerçekleştirmiştir. Bütün bu çabaların sonucunda, Komiser’le diğer kurumların etkilerinin birleşerek çeşitli devletlerin ceza hukuku düzenlerinde belirgin sonuçlar doğurduğu gözlemlenmektedir. Gerçekten, 2006 yılından bugüne birçok Konsey üyesi devlet, çocuklara karşı fiziksel cezanın, ev içi şiddet de dâhil olmak üzere, tamamen yasaklanması konusunda düzenlemeler yapmıştır. Yunanistan (2006), İspanya, Hollanda, Portekiz (2007), Lihtenştayn, Lüksemburg, Moldova (2008), Arnavutluk, Polonya (2010), Kuzey Makedonya (2013), Litvanya (2017), Karadağ (2016) ve Gürcistan (2019), her türlü fiziksel cezayı yasaklayan Konsey üyeleridir.

Komiser’in bu konudaki çabalarının etkisini analiz edebilmek için, konuyla ilgili faaliyetlerinin yoğunlaştığı iki ülkede yaşanan gelişmelere daha yakından bakmakta fayda olacaktır. Bu kapsamda ele alınması gereken ilk ülke, Birleşik Krallık’tır. Komiser, Birleşik Krallık’a 2008 yılında gerçekleştirdiği iki ziyaret sonrasında, çocuklara yönelik fiziksel ceza uygulanması hakkında bir “tutum belgesi” yayınlamıştır.⁷⁰ Birleşik Krallık hükümeti ise; İngiliz, Galler ve Kuzey İrlanda hukukunda yer alan “makul ceza” veya İskoç hukukunda yer alan “haklı saldırı” savunmalarının, çocuklara yönelik makul bir fiziksel cezayı da içerdiğini ve bunun şiddet olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁷¹ Buna karşın, bu konuda devam eden çeşitli girişimler ve tartışmalar sonucunda, 2019 yılında İskoçya’da⁷², 2020 yılındaysa Galler’de⁷³

⁶⁸ Commissioner for Human Rights, *Children and Corporal Punishment: “The Right not to be Hit, Also a Children’s Right”*, CommDH/IssuePaper(2006)1, Updated version, January 2008.

⁶⁹ Commissioner for Human Rights, *Positions on Children’s Rights*, CommDH/PositionPaper(2010)1, 3 May 2010.

⁷⁰ Commissioner for Human Rights, *Memorandum by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visits to the United Kingdom, 5-8 February and 31 March-2 April 2008, Issues reviewed: Corporal punishment*, CommDh(2008)28, 9 October 2008.

⁷¹ Commissioner for Human Rights, *Comments by the Government of the United Kingdom, Appendix to the Commissioner’s Memorandum on Corporal Punishment*, CommDh(2008)28.

⁷² Ekim 2019’da kabul edilen *Children (Equal Protection from Assault) (Scotland) Act 2019* ile *Criminal Justice (Scotland) Act 2003*’ün 51. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Yasaklama 7 Kasım 2020’de yürürlüğe girmiştir.

⁷³ Ocak 2020’de kabul edilen *Children (Abolition of Defence of Reasonable Punishment) (Wales) Act 2020* ile çocuklara karşı gerçekleştirilen fiziksel cezaların Galler hukukunda

çocuklara ev içinde fiziksel ceza uygulanması yasaklanmış; çocuklar da saldırılara karşı yetişkinlerle eşit oranda korunur hâle gelmiştir. Buna karşılık, İngiltere ve Kuzey İrlanda'da ise ev içi fiziksel cezalarda “makul ceza” savunmasının hukuki geçerliliğini korumakta olduğu görülmektedir.

Komiser'in çocuklara yönelik fiziksel cezanın yasaklanması konusundaki etkisini görebilmek için bakılması gereken ikinci ülke ise Lihtenştayn'dır. Anılan Ülke'deki süreç, Komiser'in, Lihtenştayn Başbakanı'na 2007 yılında yazdığı bir mektupla, Ülke'de çocuklara yönelik fiziksel ceza uygulanması hakkındaki endişelerini paylaşmasıyla başlamıştır. Bu mektuba yanıt olarak, Aralık 2008'de Lihtenştayn Başbakanı, çocuklara yönelik fiziksel ceza uygulanmasını, psikolojik zararı ve diğer aşağılayıcı muameleyi yasaklayan bir kanun kabul ettiklerini açıklamıştır.⁷⁴ Benzer bir hukuksal değişim, Litvanya bakımından da gerçekleşmiştir. Komiser, 2016'nın Aralık ayında Litvanya'ya bir ülke ziyareti gerçekleştirmiş ve çocuklara fiziksel ceza uygulanabileceğine ilişkin hükümlerin kaldırılmasını ve bu eylemlerin tamamen yasaklanmasını tavsiye etmiştir.⁷⁵ 14 Şubat 2017'de Litvanya Parlamentosu'nda görüşülen kanun tasarısıyla, ülkede çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü şiddet eylemi yasaklanmıştır. Komiser, 16 Şubat 2017'de Litvanya Parlamento Sözcüsü'ne hitaben bir mektup yazmış ve bu gelişmeleri desteklemiştir.⁷⁶ Söz konusu kanun değişikliği, 21 Şubat 2017'de yürürlüğe girmiştir.

Komiser'in ceza hukukuyla ilişkili olarak değerlendirilebilecek diğer tespit ve tavsiyeleri, *üye devletlerin kimi uluslararası sözleşmelere taraf olmalarına veya taraf oldukları uluslararası sözleşmeleri ulusal hukuk düzenlerinde olması gerektiği şekilde uygulayıp uygulamadıklarına* ilişkindir. Örneğin Finlandiya, Komiser'in 2006 tarihli takip raporundaki teşvikiyle, aynı yılın Ağustos ayında *Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem*

medeni veya cezai yargılamalarda makul ceza savunmasıyla hukuka uygun sayılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Böylece *Children Act 2004*'ün 58. maddesi değiştirilmiştir ve hükümdede düzenlenen makul ceza savunması yalnızca İngiltere'de uygulanabilecektir. Değişiklik 2022 yılında yürürlüğe girecektir.

⁷⁴ Practical Impact, s. 50.

⁷⁵ Commissioner for Human Rights, *Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Lithuania from 5 to 9 December 2016*, CommDH(2017)7, 19 April 2017, s. 12.

⁷⁶ Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2017 by Nils Muižnieks Council of Europe Commissioner for Human Rights*, CommDH(2018)1, 19 January 2018, s. 20.

Sözleşmesi'ni⁷⁷ imzalamıştır.⁷⁸ Benzer şekilde, Komiser'in 2012 yılının Şubat ayında Andorra'ya yapmış olduğu ziyaret sonrasındaki tavsiyeleri üzerine, Haziran ayında Andorra, *Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi*'ne⁷⁹ taraf olmuştur.⁸⁰ Yine, Komiser'in Çek Cumhuriyeti'ne, bilişim sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen ırkçı ve yabancı düşmanlığı niteliğindeki eylemlerin suç haline getirilmesi hakkındaki *Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin Ek Protokolü*'nü⁸¹ onaylaması yönünde yaptığı tavsiyenin de, ilgili ülke tarafından takip edildiği görülmektedir.⁸²

b. Ceza Muhakemesi Hukuku

Komiser'in tavsiyelerin diğer bir kısmıysa, *ceza muhakemesi süreçlerine ve işlemlerine* ilişkindir. Komiser'in bu alandaki etkisinin en çok görünür hâle geldiği konular, kolluğa yönelik kötü muamele iddiaları, tutukluluk ve yargılama sürelerinin uzunluğudur.

Komiser'in üye devletlerde kolluğun kötü muamele yaptığına yönelik iddialarının soruşturulması ve bu nitelikteki eylemlerin cezasız kalmaması amacıyla paylaştığı görüşler ve tavsiyelerin, çeşitli örneklerde somut sonuçlar verdiği görülmektedir. Örneğin Komiser, Moldova Cumhuriyeti'nde 2009 yılında meydana gelen ve kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen kötü muamele fiilleri ve işlendiği iddia edilen ciddi suçlara ilişkin cezasızlık durumu hakkındaki endişelerini paylaşmıştır.⁸³ Bu kapsamda Komiser, kolluk kuvvetleri hakkında kötü muamele iddialarıyla başlatılan ceza kovuşturmaların zamanaşımına uğramaması ve kural olarak bu suçlar hakkında genel veya özel af çıkarılamaması gerektiğini vurgulamıştır. 2012 yılında Moldova Parlamentosu, Ceza Kanunu'nda işkence suçunun zamanaşımı kapsamında olmasına ilişkin hükümlerini kaldıran ve işkenceden mahkûm

⁷⁷ Council of Europe, *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 16.05.2005, CETS No. 197.

⁷⁸ Practical Impact, s. 49.

⁷⁹ Council of Europe, *Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, 25.10.2007, CETS No. 201.

⁸⁰ Practical Impact, s. 48.

⁸¹ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, 28.01.2003, ETS No. 189.

⁸² Practical Impact, s. 49.

⁸³ Commissioner for Human Rights, *Letter to Mr. Vladimir Filat Prime Minister of the Republic of Moldova*, CommDH(2012)3, 21 December 2011, s. 2-4.

olanlara af uygulanmasını yasaklayan değişiklikler gerçekleştirmiştir. Kötü muamelenin etkili soruşturulması ve kovuşturulması için gerçekleştirilen bu değişikliklere ek olarak, işkence için öngörülen cezaların da miktarları artırılmış ve verilen cezaların ertelenmesinin mümkün olmayacağı hususu, ayrıca hükme bağlanmıştır.⁸⁴

Bu konuda bir diğer örnek olan Gürcistan'daysa, cezaevlerinde gerçekleşen işkence ve kötü muameleleri konu alan ve Eylül 2012'de ortaya çıkan skandalın ardından Komiser, Başbakan'a bir mektup göndererek kötü muamele ve cezasızlık konusunun Gürcistan bakımından uzun süredir devam eden bir endişe olduğunu vurgulamış ve kötü muamele iddialarının etkili bir şekilde soruşturulması çağrısında bulunmuştur.⁸⁵ Başbakan ise, mektuba vermiş olduğu yanıtta, hapishane sistemi için planlanan reformlar hakkında Komiser'i bilgilendirmiştir. Gürcistan Hükümeti ayrıca, yukarıda belirtilen cezaevi istismarı skandalıyla ilgili sorunları gündeme getiren Kasım 2012 Gürcistan ziyaretini takiben ve Temmuz 2013'te yayınlanan CPT raporunun raporuna cevaben, söz konusu davalarda 2013 yılının Haziran ayında Tiflis ve Kutaisi mahkemeleri tarafından bir dizi mahkûmiyet kararı verildiğini belirtmiştir.⁸⁶

Komiser'in ceza muhakemesi sürecine ilişkin yoğun faaliyette bulunduğu ve etkili olduğu konulardan bir diğeri de tutukluluk tedbirinin uygulanmasıdır. Bu konudaki örneklerden ilki Birleşik Krallık'ta, terörle mücadele bağlamında yaşanan süreçtir. Komiser, Birleşik Krallık hakkında yayınladığı görüş ve raporlarda, tutuklama tedbiri, cezaevi koşulları ve çocukların yargılanması gibi konulardaki endişelerini birçok kez paylaşmıştır. Komiser, özellikle, konuya özgü görüşünde⁸⁷ ve 2004 yılındaki ziyareti sonrasında yayınladığı raporda, Birleşik Krallık'ta yürürlükte olan terörle mücadele mevzuatını kapsamlı bir eleştiriye tâbi tutmuştur.⁸⁸ Bu eleştirilerin odak noktası; Birleşik

⁸⁴ Practical Impact, s. 51.

⁸⁵ Commissioner for Human Rights, *Letter to Mr. Bidzina Ivanishvili Prime Minister of the Republic of Georgia*, CommHR/IG/sf 111-2012, 31 October 2012, s. 2.

⁸⁶ Practical Impact, s. 49-50.

⁸⁷ Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Alvaro Gil-Robles, on Certain Aspects of the United Kingdom 2001 Derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights*, CommDH(2002)7, 28 August 2002.

⁸⁸ Commissioner for Human Rights, *Report by Mr. Alvaro Gil-Roble, Commissioner for Human Rights, on his visit to the United Kingdom, 4th-12th November 2004*, CommDH(2005)6, 8 June 2005.

Krallık'ın terörle mücadele amacıyla uyguladığı tedbirlerdir. Komiser'in eleştirdiği konuların başında, terörist faaliyete karıştığından şüphelenilen ve fakat sınır dışı da edilemeyen yabancıların belirli bir süre sınırlı olmaksızın tutuklanabilmesi hakkındaki *Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu 2001*'de yer alan düzenleme gelmektedir. Komiser, bu tarz tedbirlerin ancak çok sınırlı şartlarda meşru sayılabileceği hakkında görüş bildirmiştir. İlgili mevzuatın uygulandığı bir yargılamada, Lordlar Kamarası tarafından Komiser'in bu görüşüne atıf yapılmış; söz konusu düzenleme "ayrımcı" ve "orantısız" olarak nitelendirilmiştir. Lordlar Kamarası, ilgili düzenlemeyi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'ne aykırı olarak değerlendirmiştir.⁸⁹ Bunun üzerine, Birleşik Krallık'ta *Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu 2005* ile yeni kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek Portekiz'dir. Komiser, Portekiz'deki uzun süreli tutukluluk sorunu ve usuli güvence eksiklikleri hakkında 2004 yılında bir görüş hazırlamış ve Portekiz Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ilgili hükümleri analiz etmiştir.⁹⁰ Sonuçta, anılan Ülke'de 2007 yılında yeni bir Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabulüyle sonuçlanan değişikliklerde, Komiser'in ve diğer izleme mekanizmalarının bu türden faaliyetlerinin kayda değer etkisinin olduğu kabul edilmektedir.⁹¹

2. Üye Devletlerdeki Kriz Durumları ve Çatışma Bölgeleri

Komiser, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi'nin teşvik ve yönlendirmesiyle⁹², üye devletlerdeki kriz durumları ve çatışma bölgelerindeki insan haklarıyla ilgili olarak yeni roller üstlenmektedir. Bu roller çerçevesinde sürdürülen işlev, Komiser'in esneklik, bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerinin

⁸⁹ *A (FC) and Others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004); A and Others (Appellants) (FC) and Others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals)*, [2005] UKHL 71, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 8 December 2005.

⁹⁰ Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Mr. Alvaro Gil-Robles, on the procedural safeguards surrounding the authorisation of pre-trial detention in Portugal*, CommDH(2004)8, 15 March 2004.

⁹¹ European Criminal Bar Association, *Portugal – "An analysis of minimum standards in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the EU"*, JLS/D3/2007/01, <https://www.ecba.org/extdocserv/projects/JusticeForum/Portugal180309.pdf>, 31.03.2021.

⁹² Committee of Ministers, *Declaration on the protection of human rights During armed Conflict, Internal Disturbances and tensions*, 21 January 2004.

özellikle öne çıktığı bir alandır.⁹³ Komiser, üye devletlerdeki insan haklarını etkileme tehdidi oluşturan kriz ve çatışma durumlarında, uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne ilişkin yetkisini genişletmiş⁹⁴ ve böylece kurumun işlevlerine, “insan hakları diplomasisi”ni⁹⁵ de eklemiştir.

Komiser’in üye ülkelerdeki kriz durumları ve çatışma bölgelerindeki faaliyetleri, ülke ziyaretlerine dayanan ülke izleme faaliyetiyle karşılaştırıldığında, daha diplomatik bir nitelik arz etmektedir. Bu bağlamda, anılan faaliyetlerin ceza hukuku üzerindeki etkisini, *ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku* bakımından ayrı ayrı analiz etmek, şu aşamada mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, Komiser’in üye ülkelerdeki kriz durumları ve çatışma bölgelerindeki faaliyetlerinin ceza hukukuna etkisini, ceza hukuku dalları arasında bir ayırım yapmaksızın incelemek, daha makul bir yaklaşım olacaktır.

Komiser’in bu rolü, aynı zamanda ilk ülke ziyareti de olan ve 1999 yılında gerçekleştirilen Çeçenistan ziyaretinde ve burada yaşanan uyuşmazlık bağlamında ortaya çıkmıştır.⁹⁶ Daha sonra 2008’de Gürcistan ile Rusya arasında Abhazya ve Güney Osetya konusunda yaşanan uyuşmazlıkta da, Komiser bölgeyi ziyaret etmiş, acil insan hakları ve insani koruma için raporlar yayınlamış ve çeşitli ilkeler ortaya koymuştur.⁹⁷ Yine, Ermenistan ve Moldova’daki seçimler sonucunda düzenlenen ve çok şiddetli bir biçimde bastırılan gösteriler gibi diğer kriz durumlarında da, Komiser kayda değer bir rol üstlenmiş ve sahadaki insan hakları durumunu sürekli olarak izlemeye yardımcı olmuştur.⁹⁸

Komiser, üye devletlerdeki insan haklarını etkileme tehdidi oluşturan kriz ve çatışma durumlarında sürdürdüğü diplomatik girişimlerine ek olarak,

⁹³ Sivonen, s. 25.

⁹⁴ Dörr, s. 307.

⁹⁵ Hammarberg/Gachet, s. 120.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hammarberg/Gachet, s. 113-115.

⁹⁷ CommDH(2010)8, s. 8-9; Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2010 by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2011)4, 13 April 2011, s. 7-9.

⁹⁸ Commissioner for Human Rights, *Special Mission to Armenia by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Yerevan, 12-15 March 2008*, CommDH(2008)11, 20 March 2008; Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Moldova 25-28 April 2009*, CommDH(2009)27, 13 July 2009.

çeşitli raporlar da hazırlamakta veya bu konularla ilgili tutum belgeleri yayınlamaktadır. Komiser'in diplomatik girişimlerinin, raporlarının ya da tutum belgelerinin, diğer hususlara ek olarak, ceza hukukuyla ilgili olarak da çeşitli tavsiyeler içerdiği veya çeşitli sonuçlar doğurduğu gözlemlenmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak incelenebilecek örnek, Komiser'in, 2008 yılında Gürcistan ve Rusya arasında Abhazya ve Güney Osetya konusunda yaşanan uyuşmazlık kapsamında aldığı tutumdur. Çatışmalardan etkilenen bölgelere ziyaretler gerçekleştiren Komiser, insan hakları konusundaki en acil endişelerden birinin, çatışmanın taraflarınca esir tutulan kişilerin karşı tarafa iadesi olduğunu gözlemlemiştir. Bu kapsamda Komiser, tutuklu kişilerin değişimi konusunda Güney Osetya ve Gürcistan yetkilileriyle yapmış olduğu görüşmeler sonucunda tarafları ikna etmiş ve 17 tutuklu kişinin değişimi gerçekleşmiştir.⁹⁹

Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek; Komiser'in 2009 yılında Moldova'da yapılan seçim sonrasında başlayan gösterilerde yaşandığı iddia edilen insan hakları ihlallerine müdahalesidir. Komiser, 6 ve 7 Nisan 2009 tarihlerinde yaşanan olaylar hakkında inceleme yapmak üzere 25 ve 28 Nisan 2009 tarihleri arasında bir ülke ziyareti gerçekleştirmiştir. Komiser'in ziyaretinin konusuysa, gösterilerde tutuklanan kişilere karşı polis tarafından gerçekleştirilen işkence ve diğer kötü muamele eylemleridir. Komiser'in Moldova yetkilileriyle yaptığı görüşmeler sonucunda, yetkililer, polisin yetkilerini kötüye kullandığını belirtmiş ve kötü muamele sorunuyla mücadele etmekte kararlı olduklarını belirtmişlerdir.¹⁰⁰ Ziyareti üzerine hazırlanmış olduğu raporda Komiser, bu olaylara ilişkin olarak ayrıntılı ve kapsamlı bir soruşturma yürütülmesini önermiştir.¹⁰¹ Sonuçta, Komiser'in de etkisiyle, olaylarla ilgili soruşturmalar hakkında geçici bir "Parlamento Soruşturma Komisyonu" kurulmuş ve Komiser de bu Komisyon'a destek olmuştur.¹⁰² Bu gelişmelere ek olarak, Moldova Başbakanı da, açıkça Komiser'in genel tavsiyelerini incelediklerini ve bu tavsiyeleri İnsan Hakları Eylem Planı'nda ve diğer kanun çalışmalarında dikkate alacaklarını ifade etmiştir.¹⁰³

⁹⁹ Commissioner for Human Rights, *Georgia: 17 detainees exchanged through the good offices of Commissioner Hammarberg*, 25.08.2008.

¹⁰⁰ CommDH(2009)27, s. 3.

¹⁰¹ CommDH(2009)27, s. 3, 10.

¹⁰² CommDH(2012)3, s. 2.

¹⁰³ Vladimir Filat Prime Minister of the Republic of Moldova, *Reply to Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, 9 January 2012, s. 1.

B. Tematik Faaliyetler ve Farkındalık Artırma Faaliyetleri

Komiser; üye devletleri izlemesine ek olarak, insan haklarıyla ilişkili belirli konuları ve sorunları odağına alan tematik nitelikli faaliyetler de yapmaktadır. Komiser, belli konularda yaptığı yayınlarla üye devletlere çeşitli tavsiyelerde bulunmakta ve gerçekleştirdiği faaliyetlerle insan hakları konusunda farkındalık artırmaya çalışmaktadır¹⁰⁴. Yirmi yıldan uzun bir süredir faaliyet gösteren Komiser'in, bu süreçte birçok farklı tematik yayın yaptığı görülmektedir. Bu yayınlar; “bakış açıları” (*viewpoints*), “insan hakları yorumları” (*human rights comments*), “beyanlar” (*statements*), “tematik makaleler” (*issue papers*), “tutum makaleleri” (*position papers*), “raporlar” (*reports*), “görüşler” (*opinions*) ve “tavsiyeler” (*recommendations*) şeklinde biçim almaktadır.

Komiser'in tematik faaliyetleri, insan haklarıyla ilgili çeşitli konular özelindeki “tematik raporlar”la başlamıştır. Sonraki dönemlerdeyse, göreve gelen Komiserler, tematik faaliyetleri kendi tercihlerine uygun olarak çeşitlendirmişlerdir. Bu kapsamda, göreve gelen ilk Komiser olan Alvero Gil-Robles, ülkelerin mevzuatlarındaki eksikliklerin “görüşler” ve genel “tavsiyeler” yoluyla, raporlardan daha ayrıntılı bir şekilde belirlenebileceğini düşünmüştür.¹⁰⁵ Bu amaçla Alvero Gil-Robles ve kendisini takip eden Komiserler, belirli insan hakları konularında tüm üye devletlere veya belirli üye devletlere yönelik tavsiyeler ve görüşler yayınlamışlardır. Bu çerçevede, bugüne kadar 14 adet görüş ve 7 adet tavsiye paylaşılmıştır. Bunlar dışında, Komiser bir mesele hakkında esaslı bir analiz yapacaksa “görüş” yayınlamayacağı; benimsenmesi gereken tedbirleri odağına alan bir metin paylaşacaksa “tavsiye” yayınlamayacağı tercih etmektedir.¹⁰⁶ Bu görüş ve tavsiyeler; ulusal mevzuat ve

¹⁰⁴ Üye devletlerde insan hakları konusundaki farkındalığı artırma amacıyla Komiser, üye devletlerde çeşitli konuşmalar yapmakta ve dersler vermekte, çeşitli seminerler konferanslar veya başka türlü organizasyonlar düzenlemektedir.

¹⁰⁵ Commissioner for Human Rights, *Final Report of Mr Alvaro Gil-Robles, Council of Europe Commissioner for Human Rights (October 1999-March 2006)*, CommDH(2006)17REV, 29 March 2006, s. 10.

¹⁰⁶ Hammarberg/Dalhuisen, s. 519.

uygulamalara¹⁰⁷, ulusal düzeydeki belirli eylemsizliklere¹⁰⁸, ulusal kanunlara yönelik tavsiyelere¹⁰⁹, üye devletlerin AİHS gibi uluslararası sözleşmeler bağlamındaki tutumlarına¹¹⁰ veya uluslararası sözleşme taslaklarına¹¹¹ ilişkin olabilmektedir.

Önceki Komiserlerden Thomas Hammarberg, tematik faaliyetlere, “tematik makaleler”i¹¹², “bakış açıları”nı¹¹³, “beyanları”¹¹⁴ ve “insan hakları yorumları”nı¹¹⁵ eklemiştir. Tematik makaleler, güncel insan hakları endişelerini vurgulayan ve bu tür sorunlarla başa çıkmanın yollarını tavsiye eden metinlerdir. Bugüne kadar 23 adet tematik makale yayınlanmıştır. İnsan hakları bakış açılarıysa, Komiser'in internet sitesinde iki haftada bir yayınlanan ve güncel insan hakları meseleleri hakkında Komiser'in bakış açısını sunan yayınlar olmuştur. Bu kapsamdaki ilk insan hakları bakış açısı, 2006 yılında “Hukuki araçlarla terörle mücadele” başlığıyla yayınlanmış¹¹⁶ ve

¹⁰⁷ Örneğin bkz. Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning Independent and Effective Determination of Complaints against the Police*, CommDH(2009)4, 12 March 2009; Commissioner for Human Rights, *Opinion 2/2002 of the Commissioner for Human Rights, Mr. Alvaro Gil-Robles on certain aspects of the review of Powers of the Northern Ireland Human Rights Commission*, CommDH(2002)16, 13 November 2002.

¹⁰⁸ Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Mr. Alvaro Gil-Robles, on the Creation of a National Body for Counteracting Discrimination in Poland*, CommDH(2004)7, 11 February 2004.

¹⁰⁹ Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Hungary's Media Legislation in light of Council of Europe Standards on Freedom of the Media*, CommDH(2011)10, 25 February 2011; Commissioner for Human Rights, *Opinion on Certain Aspects of the Proposal by the Government of Finland for a New Aliens Act*, CommDH(2003)13, 17 October 2003.

¹¹⁰ CommDH(2002)7.

¹¹¹ Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Alvaro Gil-Robles on the Draft Convention on the Prevention of Terrorism*, CommDH(2005)1, 2 February 2005.

¹¹² Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2006 by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2007)3, 11 April 2007, s. 31.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2008 by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2009)12, 29 April 2009, s. 16.

¹¹⁵ CommDH(2011)4, s. 34.

¹¹⁶ Commissioner for Human Rights, *Human Rights Comment on Fight Terrorism by Legal Means*, 03.04.2006.

bu yayınlar 2010 yılının Mart ayına kadar devam etmiştir. 2010 yılının Nisan ayıyla birlikteyse, insan hakları yorumları yayınlanmaya başlanmıştır.¹¹⁷ Bugüne kadar 150 adet insan hakları yorumu yayınlanmıştır.

Komiser'in gün geçtikçe çeşitlenen ve sayısı artan bu tematik faaliyetlerinin kapsamına bakıldığında; çocuk haklarından yapay zekaya kadar değişen ve birbirinden çok farklı nitelik taşıyan toplam yirmi dört temel konuda faaliyet gösterildiği görülmektedir. Aslında, Komiser'in tematik ilgisi, çocuk hakları, engelli hakları, terörle mücadele ve ifade özgürlüğü gibi konularda sabit kalmaktadır. Ancak, kimi konular bakımından bu ilgi, dünyadaki ve Avrupa'daki sosyal ve siyasal gelişmelere bağlı olarak değişiklik gösterebilmektedir. Son yıllarda göçmenlerin, sığınmacıların ve mültecilerin hakları, her türlü ayrımcılık, insan hakları savunucularının hakları, gazetecilerin korunması, kadın hakları, yargının bağımsızlığının erozyona uğraması ve yolsuzluk konuları da, bu kapsamda Komiser'in öncelikli ilgi alanları arasına girmiştir.¹¹⁸

Komiser'in tematik faaliyetleri, farklı ülkelerdeki benzer sorunlara dikkat çekilmesi veya bu sorunlara getirilen çözümlerin ve deneyimlerin paylaşılması bakımından da önem taşımaktadır. Komiser'in bu tematik faaliyetleri, aynı zamanda, üye devletlerin ceza hukuku sistemlerine ilişkin tespit ve tavsiyeler de içerebilmekte ve bunların ülke uygulamalarında etki doğurması söz konusu olabilmektedir.

Elbette, Komiser'in faaliyet gösterdiği konularda, diğer insan hakları mekanizmalarının da katkısı olduğu ve bu katkıların birikerek somut sonuçlar ortaya çıkardığı kuşkusuzdur. Bu bakımdan, Komiser'in tematik faaliyetlerinin etkisini doğrudan ve kesin bir neden-sonuç ilişkisi içinde ölçmek zor olsa da; bu etkilerin kimi örneklerde görünür hâle geldiği izlenebilmektedir. Bu kapsamda değinilmesi gereken örneklerden ilki, Komiser'in 2009 yılında "kolluk şikâyet mekanizmaları" kurulması hakkında paylaştığı ve tüm üye devletleri muhatap alan görüşür.¹¹⁹ Komiser, bu görüşünde AIHM'nin

¹¹⁷ CommDH(2011)4, s. 39.

¹¹⁸ Commissioner for Human Rights, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Dunja Mijatović, Annual Activity Report 2018*, CommDH(2019)11, 1 April 2019, s. 3; Commissioner for Human Rights, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Dunja Mijatović, Annual Activity Report 2019*, CommDH(2020)7, 21 April 2020, s. 3

¹¹⁹ Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning Independent and Effective Determination of Complaints against the Police*,

kollukla ilgili şikayetlerin etkili soruşturulması için oluşturduğu beş ilkeye atıf yapmış ve şikâyetlere ilişkin kurulacak bağımsız mekanizmaların varlığının önemine işaret etmiştir.¹²⁰ Bu görüş, kolluk hakkındaki şikayetler bakımından temel bir politika belgesi hâline gelmiş¹²¹ ve 2009'dan sonra uluslararası alandaki baskının etkisiyle, Avrupa'da bağımsız şikayet mekanizmaları oluşturulmuştur. 2011'de Fransa mevcut şikâyet sistemini değiştirmiş ve bağımsız bir yapı kurmuş¹²², 2010'da kabul edilen ve 2012'de yürürlüğe giren bir kanunla Danimarka¹²³ ve 2013'te İskoçya¹²⁴ bağımsız kurumlar oluşturma eğilimine eklenen diğer ülkeler olmuştur.

Yukarıdaki örneklere ek olarak, Komiser'in belirli bir ülke özelindeki tavsiyelerinin, ilgili ülke tarafından dikkate alındığı örnekler de bulunmaktadır. Örneğin, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının, Birleşik Krallık tarafından *Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Yasası 2001*'in belirli hükümleri bakımından askıya alınması üzerine, İngiliz Parlamentosu "İnsan Hakları Ortak Komitesi", Komiser'den konu hakkında görüş talep etmiştir. Bunun üzerine, Komiser bir görüş açıklamış ve ilgili Kanun'da yer alan tedbirlerin ancak çok sınırlı şartlar altında meşru görülebileceğini belirtmiştir.¹²⁵ Komiser'in görüşü, İngiliz Hükümeti tarafından benimsenmemişse de, ülke hukukunda etki doğurmuş ve Lordlar Kamarası tarafından benimsenmiştir. Gerçekten, Lordlar Kamarası, Komiser'in görüşüne atıf yaparak, anılan tedbirlerin gerekli olmadığına, mantıksız olduğuna ve orantısız olduğuna karar vermiş ve ilgili mevzuatın Sözleşme'ye aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹²⁶

CommDH(2009)4, 12 March 2009.

¹²⁰ Görüşte vurgulanan beş temel ilke ve görüşün önemi hakkında bkz. Graham Smith, "Every complaint matters: Human Rights Commissioner's opinion concerning independent and effective determination of complaints against the police", 2010, 38, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 59-74.

¹²¹ Graham Smith, "The Interface between Human Rights and Police Complaints in Europe", in Tim Prenzler/Garth den Heyer (eds), **Civilian Oversight of Police: Advancing Accountability in Law Enforcement**, CRC Press, 2016, 159-177, s. 170.

¹²² Anja Johansen, "The Rise and Rise of Independent Police Complaint Bodies", in Jennifer M. Brown (ed), **The Future of Policing**, Routledge, 2014, 446-462, s. 449.

¹²³ Jonny Byrne/William Priestley, **Police Oversight Mechanism in the Council of Europe Member States**, (Updated February 2017), Council of Europe Publishing, 2017, s. 23-24.

¹²⁴ Byrne/Priestley, s. 62-63.

¹²⁵ CommDH(2002)7.

¹²⁶ CommDH(2006)17REV, s. 11; [2005] UKHL 71.

C. Komiser'in Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'yle İlişkili Roller

Komiser'in üye devletlerin ulusal hukuk düzenleri üzerindeki etkisi, yalnızca *kendi faaliyetleriyle sınırlı* ve *doğrudan* biçimde ortaya çıkmamaktadır. Aksine ve daha önce de belirtildiği üzere, Komiser'in üye devletler üzerinde dolaylı etkileri de bulunmakta ve hatta bu etkiler, son yıllarda gittikçe öne çıkmaktadır. Bu dolaylı etkiler, Komiser'in AİHM önündeki davalara "üçüncü taraf" sıfatıyla katılması ve AİHM kararlarının icrasını takip sürecinde Bakanlar Komitesiyle iletişim kurması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Komiser'e yakın zamanda tanınan bu yetkiler, esasen yargısal bir gücü bulunmayan Komiser'in görüşlerinin, yargı yetkisine sahip olan Mahkeme'nin kararlarında yer bulmaya başlamasına vesile olmuştur. Bu sayede Komiser, görüşlerinin etkisini artırma konusunda, Mahkeme'nin üye devletler üzerinde sahip olduğu bağlayıcı güçten yararlanır hâle gelmiştir.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamalarına Üçüncü Taraf Sıfatıyla Katılma

Komiser'in AİHM bağlamında üstlendiği rollerden ilki, Mahkeme'de görülmekte olan davalara üçüncü taraf sıfatıyla katılmasıdır. Günümüzde Komiser, AİHM yargılamalarına katılma konusunda en geniş yetkiyle donatılmış uluslararası kurumdur. Bununla birlikte, Mahkeme sürecine katılım, Komiser'in kuruluşundan çok daha önceye, 1970'li yılların sonuna kadar uzanan bir geçmişe sahiptir.

AİHM önündeki yargılamalara katılma süreci, Mahkeme kararlarının geniş toplumsal etkiler doğurma potansiyelini dikkate alan bazı sivil toplum kuruluşları ve devletlerin bu yöndeki girişimleriyle başlamıştır. Bu konudaki ilk girişim, 22 Haziran 1977 tarihinde *Tyrrer/Birleşik Krallık* yargılamasında söz konusu olmuştur.¹²⁷ Söz konusu davada, olay tarihinde on beş yaşında olan Başvurucu *Anthony Tyrrer* aleyhine, ilgili çocuk mahkemesi tarafından "üç kez sopayla vurulma" cezasına hükmedilmiştir. AİHM önünde devam eden davada, bir savunma grubu olan *National Council for Civil Liberties (Liberty)* Mahkeme'ye gözlemlerini sunmak istemiştir. Ancak, bu talep, Mahkeme tarafından herhangi bir tartışma yapılmaksızın reddedilmiştir.¹²⁸

¹²⁷ *Tyrrer v the United Kingdom*, no. 5856/72, Judgment (Chamber), 25 April 1978.

¹²⁸ Nicole Bürli, **Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights: Amicus Curiae, Member-State and Third-Party Interventions**, Intersentia, 2017, s. 4.

Bu konudaki ikinci girişimse, bu karardan bir yıl kadar sonra, 24 Ekim 1979'da *Winterwerp/Hollanda* yargılaması kapsamında gerçekleşmiştir.¹²⁹ Anılan başvuru, 1968 yılında bir psikiyatri hastanesine yerleştirilen başvuru Winterwerp'ün salıverilme yönündeki taleplerini, mahkeme önünde şahsen veya bir avukat yardımıyla dile getirememesi üzerine yapılmıştır. Aynı dönemde Mahkeme önünde derdest olan bir başka başvuru ise, Birleşik Krallık aleyhine görülmekte olan *X/Birleşik Krallık* davasıdır. O dönem faaliyette olan Komisyon, Mahkeme'ye Winterwerp davasında bir görüş sunmuş ve bu görüşteki yorumların, X davasındaki Birleşik Krallık'ın tutumu ile çatışır nitelikte olduğu görülmüştür. Dolayısıyla, Birleşik Krallık, kendi ulusal politikalarını etkileyebilecek bir içtihadı önlemek istemiş ve Winterwerp davasına Birleşik Krallık adına katılım talebinde bulunulmuştur. Bu talep üzerine Mahkeme, Birleşik Krallık hükümetinin dosyaya yazılı görüş sunabileceğine karar vermiştir. Böylece Birleşik Krallık, Mahkeme önündeki yargılamalara katılan ilk “üçüncü taraf” olmuştur. Bu gelişmenin üzerinden iki yıl geçtikten sonra, 30 Ocak 1981 tarihindeyse, bu sefer *Young, James and Webster/Birleşik Krallık* davasında¹³⁰ Mahkeme, ilk kez *devlet dışı bir örgütün* davaya katılma talebini kabul etmiştir. Gerçekten, anılan davada, “İngiliz Ticaret Birliği Kongresi”nin bir temsilcisinin dinlenme talebinin kabul edildiği görülmektedir.

1970'li yılların sonundan başlayarak zaman zaman gündeme gelen AİHM önündeki yargılamalara üçüncü taraf sıfatıyla katılma kurumu, ilk kez 1998 yılında somut bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu çerçevede, Sözleşme'nin 36. maddesinde *AİHS'ye Ek 11 Numaralı Protokol*'le¹³¹ yapılan bir değişiklik; Mahkeme'ye, görülmekte olan bir davaya taraf olmayan herhangi bir *devleti veya davayla ilgili herhangi bir kişiyi* “yazılı görüş sunmaya” veya “duruşmalara katılmaya” davet etme yetkisi tanınmıştır.¹³² 1998 yılındaki bu

¹²⁹ *Winterwerp v the Netherlands*, no. 6301/71, Judgment (Chamber), 24 October 1979.

¹³⁰ *Young, James and Webster v the United Kingdom*, nos. 7601/76 and 7806/77, 13 August 1981.

¹³¹ Council of Europe, *Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby*, 11.05.1994, ETS No. 155.

¹³² AİHS'nin 36. Maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir:

“1. Kendi vatandaşlarından birinin başvuru konumunda olması halinde, her Yüksek Sözleşme Taraf, Daire ve Büyük Daire önündeki davalarda yazılı görüş sunma ve duruşmalara katılma hakkına sahiptir.

düzenlemeyle birlikte, “üçüncü taraf sıfatıyla katılma”, Mahkeme’nin karar verme sürecinde önemli bir mekanizma haline gelmiştir.¹³³ 2010 yılında ise katılma konusunda önemli bir değişiklik yapılmıştır. Gerçekten, *AİHM’ye Ek 14 Numaralı Protokol*’ün yürürlüğe girmesiyle birlikte, “üçüncü taraf katılımı” yalnızca Mahkeme’nin daveti üzerine işleyen bir mekanizma olmaktan çıkarılmış ve Komiser’e, uygun gördüğü her davaya katılma yetkisi verilmiştir.

Anılan hükme göre Komiser, 1 Haziran 2010 tarihi itibarıyla AİHM önündeki davalara kendi inisiyatifiyle katılabilmektedir. Bu tarihten önce, ancak diğer kurumlar gibi, Mahkeme’nin daveti üzerine yargılama süreçlerine katılabilen Komiser’in bu yeni yetkiyi alabilmesi de, yine kendi girişimleriyle mümkün olmuştur.

Aslında, *14 Numaralı Protokol*’ün hazırlanması sürecinde Komiser, kendisine, bir veya daha fazla üye devlet aleyhine Mahkeme’ye başvurma yetkisi tanınması önerisinde bulunmuştur.¹³⁴ Bu başvuru yetkisi, yalnızca ciddi konularda ve genel insan hakları ihlalleri bakımından talep edilmiştir. Ancak, birçok ülke delegasyonu öneriye ilgi duymuşsa da, Komiser’in ofisinin bir tür “İnsan Hakları Savcılığına” dönüşmesi fikri destek görmemiştir.¹³⁵ Bunun yerine, Fransız delegasyonu tarafından önerilen ve Komiser’e Mahkeme önünde derdest olan davalara katılma yetkisi tanınmasını öngören çözüm, üye devletler tarafından benimsenmiştir. Böylece Komiser, hem

2. Mahkeme başkanı, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, davaya taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf’ı ya da başvuru dışındaki davayla ilgili her kişiyi yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir.”

¹³³ Bülri, s. 2.

¹³⁴ Steering Committee for Human Rights Interim Activity Report, 26 November 2003, para. 22; Jan Lathouwers, “Chapter I: Protocol No. 14: Object, Purpose and Preparatory Work”, in Paul Lemmens/Wouter Vandenhole (eds), **Protocol No. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights**, Intersentia, 2005, 1-22, s. 20.

¹³⁵ Bu öneriye karşı ileri sürülen argümanlardan biri, Komiser’in görevleri ve konumu bakımından bir karmaşa ortaya çıkacağı argümanıdır. Gerçekten de, insan hakları alanında farkındalık yaratmaktan ülke izlemeye kadar birçok görev ve faaliyet üstlenmiş Komiser’in, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla yakın diyalog kurmaya çalıştığı ve iş birliği yaptığı bir üye devlet aleyhine Mahkeme’ye başvuru yapması oldukça zor olabilirdi. Bkz. Nathalie Van Leuven, “Chapter II: Organisation of the European Court”, in Paul Lemmens/Wouter Vandenhole (eds), **Protocol No. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights**, Intersentia, 2005, 23-30, s. 29. Ayrıca, bu dönemdeki tartışmalar ve Komiser hakkında önerilen diğer olası roller için için bkz. Kerem Altıparmak, “Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Bürokrasi Krizi: Tamam ya da Devam”, 2009, *Çağımızda Toplum ve Hukuk*, 31-44, s. 39-40.

“kendi inisiyatifiyle”, hem de “Mahkeme'nin daveti üzerine”, devam eden yargılamalara üçüncü taraf sıfatıyla katılma yetkisine sahip olan bir kurum haline getirilmiştir.

Bu çalışmanın kaleme alındığı 2021 yılı başlarına kadar Komiser, Mahkeme önündeki toplam 175 başvuruya 30 farklı görüş sunmuştur. Bunlar arasından 16 başvurudaki 3 farklı görüş, Mahkeme'nin talebiyle sunulmuş olup, 1 Haziran 2010'dan önceki döneme aittir.¹³⁶ İstatistiklere bakıldığında, *aleyhindeki başvurulara en fazla görüş sunulan* ülke, 58 başvuruyla Türkiye'dir. Türkiye'yi 51 başvuru ile Rusya ve 15'er başvuruyla Polonya, Romanya ve Yunanistan takip etmektedir. *Aleyhindeki başvurulara en fazla sayıda farklı görüş sunulan* devletse Azerbaycan'dır. Komiser, 8 başvuruda 8 farklı görüş sunmuştur. Azerbaycan'ı, 5 farklı görüşle Türkiye ve 3'er farklı görüşle Rusya, Polonya ve Romanya takip etmektedir.

Komiser'in Mahkeme önündeki başvurulardaki rolü, üye ülkelerde insan haklarının korunmasına ilişkin genel durumun ve gözlemlerin ortaya konulmasından ibarettir. Komiser'in Mahkeme'ye sunduğu gözlemler, aleyhine başvuru yapılmış olan devlette, dava dosyasında konu edilen insan haklarına ilişkin ülke izleme ve tematik faaliyetlere dayanmaktadır. Dolayısıyla, Komiser'in gözlemleri ve görüşleri, somut uyuşmazlık konusunun esasına ilişkin yorumlar içermemektedir.

Komiser'in katılımı, ilgili devletteki olası insan hakkı ihlallerinin altında yatan durumlar, yapılar, uygulamalar veya kurallar hakkındaki yapısal sorunlara Mahkeme'nin dikkatini çekmeyi ve bu sayede Mahkeme'ye yardımcı olmayı sağlamaktadır.¹³⁷ Nitekim *14 Numaralı Protokol*'ün Açıklayıcı Raporu'nda da, ilgili ülkelerdeki “yapısal ve sistematik zayıflıkların neden olduğu davalarda”, “Komiser'in deneyiminin belirli konularda Mahkeme'yi aydınlatabileceği” belirtilmektedir.¹³⁸ Bu bağlamda, anılan katılma yetkisi sayesinde, Komiser'in sahadan topladığı bilgilerle yargısal tartışmanın zenginleştirilmesi mümkün hâle gelmiştir.

¹³⁶ *Mamasakhli v Georgia and Russia*, No. 29999/04, CommDH(2007)18, 16 August 2007; Hollanda ve Yunanistan'a karşı yapılan on dört ayrı başvurudaki örnek için bkz. *Ahmed Ali v Netherlands and Greece*, no. 26494/09, CommDH(2010)9, 10 March 2010; *MSS v Belgium and Greece*, no. 30696/09, CommDH(2010)22, 31 May 2010.

¹³⁷ Hammarberg/Dalhuisen, s. 520-521.

¹³⁸ *Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention, CETS No. 194, Explanatory Report as Adopted by the Committee of Ministers at its 114th Session on 12 May 2004*, para. 87.

Komiser'in bugüne kadar sunduğu görüşlere ve katıldığı davalara bakıldığında, çeşitli konuların öne çıktığı görülmektedir: Bu kapsamda özellikle göze çarpan konular arasında; mülteci ve göçmen hakları, engelli hakları, insan hakları savunucularının karşılaştıkları zorluklar, aile birleşmesinin reddi, vatandaşlıktan yoksun bırakma ve aynı cinsten kişilerin düzenli ilişkilerinin tanınmasına yönelik hukuki düzenlemelerin yokluğu gibi hususların sayılması mümkündür.

Bu konulara ek olarak, ceza ve ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren çeşitli başvurularda da, Komiser'in AİHM önünde süren davalara katıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, Komiser'in, ifade özgürlüğünün kullanılmasında engelleyici nitelikte ceza soruşturmalarının başlatılması, parlamenterlerin ve gazetecilerin özgürlük ve güvenlik hakkı, tutuklama ve gözaltı uygulamaları ile terörle mücadele sırasındaki tedbirleri konu alan davalardaki katılımı dikkat çekicidir. Daha da dikkat çekici olan bir hususta; Komiser'in bu konulardaki katılımlarının, Türkiye aleyhine yapılan başvurularda yoğunluk göstermekte oluşudur.

Komiser'in, davaya katılarak görüş sunduğu yargılamalar neticesinde verilen kararlarda, Komiser'in görüşlerinin Mahkeme tarafından dikkate alındığı görülmektedir. Aslında, Mahkeme Komiser'in bir katılımı olmasa bile, Komiser'in görüşlerine ve raporlarına kararlarında atıf yapabilmektedir.¹³⁹ Ancak, Komiser'in katıldığı davalarda, Komiser'in görüşlerinin Mahkeme'nin karar sürecinde rol oynadığı kuşkusuzken, katılmadığı davalarda Mahkeme'nin takdirinde olan bir uygulamadır.

Mahkeme'nin, verdiği kararların “olgular” veya “ilgili hukuk ve uygulama” ve “hukuk” bölümlerinde Komiser'in tespit ve görüşlerine yer verdiği görülmektedir. Mahkeme, genel olarak “olgular” veya “ilgili hukuk ve uygulama” bölümlerinde atıf yaptığı Komiser'in faaliyetlerini, “hukuk” bölümünde kendi tespit ve görüşlerini desteklemek için kullanmaktadır. Kimi zamansa Mahkeme, ilgili uyumsuzluk hakkındaki tespit veya görüşlerinin, Komiser'in görüşleriyle “uyumlu” olduğunu belirtmekte¹⁴⁰ ve Komiser'in tespitleriyle kendi görüşünü desteklemektedir. Diğer zamanlardaysa Mahkeme, Komiser'in faaliyet ve görüşlerine olgular bölümünde atıf yapmakla birlikte,

¹³⁹ Mahkeme'nin Konsey'in farklı kurum ve organlarının belgelerine yaptığı atıflar hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Lize R. Glas, “The European Court of Human Rights' Use of Non-Binding and Standard-Setting Council of Europe Documents”, 2017, 17 (1), *Human Rights Law Review*, 97-126.

¹⁴⁰ *Biao v Denmark*, no. 38590/10, Merits and Just Satisfaction, 25 March 2014, para. 102.

Komiser'in yaklaşımından farklı bir tutumu da benimseyebilmektedir. Örneğin, Fransa aleyhine, yüzü kapatan örtülerin yasaklanması hakkında yapılan başvuruda Mahkeme, Komiser'in, yasağı orantısız bulan bakış açısı belgesine atıf yapmış ama aynı görüşü paylaşmayarak, Fransız uygulamasının bir temel hak ihlâline sebep olmadığına hükmetmiştir.¹⁴¹

Sonuç olarak, Mahkeme'nin Komiser'in faaliyetlerine atıf yaptığı davaların, çoğunlukla, ilgili ülkelerdeki yapısal ve sistematik zayıflıkların neden olduğu davalar olduğunu söylemek mümkündür. Zira Mahkeme, çoğu durumda, Komiser'in faaliyetlerinden, ilgili devletteki olası insan hakkı ihlalinin altında yatan yapısal sorunları ortaya koymak ve bu konudaki tespitlerini desteklemek amacıyla yararlanmaktadır. Ancak, her durumda söylenmesi gereken husus; Komiser'in faaliyetlerine yapılan bu atıfların, Komiser'in tespit ve görüşlerinin bağlayıcı nitelik taşıyan Mahkeme kararlarında yer almasıyla sonuçlandırılmıştır.

2. Kararların İcrasını İzleme Sürecine Destek Olma

Komiser'in Mahkeme'ye ilişkili rollerinin ikincisi, Mahkeme kararlarının devletler tarafından icrasını izleme sürecine olan katkısıdır. Bu katkı, kararların icrasını izlemede esas yetkili organ olan Bakanlar Komitesi'ne iletişimde bulunma şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Komiser'in görev alanındaki bu genişleme, 2017 yılında ve Bakanlar Komitesi Kuralları'nın 9. maddesine eklenen yeni 4. fıkrayla gerçekleştirilmiştir.¹⁴² Bu hükme göre;

“Bakanlar Komitesi, aynı şekilde, ister bu konudaki yetkisine dayanarak veya ister Mahkeme'nin özel daveti üzerine, Mahkeme önündeki prosedüre katılmasına izin verilen bir kurum veya kuruluştan, Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrası kapsamındaki icra ile ilgili olarak ya tüm davalardaki (Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ile ilgili olarak) ya da Mahkeme'nin yetki verdiği davalardaki (herhangi bir başka kurum veya kuruluşla ilgili olarak) kararlar hakkındaki her türlü iletişimi değerlendirme hakkına sahip olacaktır.”

¹⁴¹ *S.A.S. v France*, no. 43835/11, Merits and Just Satisfaction, 1 July 2014, paras. 37, 147.

¹⁴² Bu değişiklik 18 Ocak 2017 tarihinde, Bakanlar Komitesi'nin 1275. Toplantısı'nda kabul edilmiştir. Bkz. Committee of Ministers, *4.1 Securing the long-term effectiveness of the system of the European Convention on Human Rights – Implementation of the Brussels Declaration – Amendments to Rule 9 of the Ministers' Deputies' Rules for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, CM/Del/Dec(2017)1275/4.1., 18 January 2017.

Görüldüğü üzere Komiser, tıpkı “katılma” konusunda olduğu gibi, Mahkeme kararlarının icrasını izleme bakımından da ayrıcalıklı bir konumda bulunmaktadır. Zira Bakanlar Komitesi, Mahkeme önünde süren davalara kendi inisiyatifıyla dâhil olabilen Komiser’in bütün kararlar hakkındaki iletişimlerini, ilgili kararların ve dostane çözüm hükümlerinin icrası bakımından değerlendirme yükümlülüğü altındadır.

Komiser, Bakanlar Komitesi’ne bugüne kadar 7 karar hakkında toplam 5 iletişim yönlendirmiştir. Bu kararlardan üçü Polonya hakkındayken¹⁴³, diğerleri Türkiye, Romanya, Bulgaristan ve Çek Cumhuriyeti¹⁴⁴ hakkındadır. Bu kararların konu bakımından dağılımına bakıldığında; hukuka aykırı olmayan kürtaj; tutuklama; işkence ve diğer zalimane gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza yasağı; Romanların yerlerinden edilmesi ve Roman çocuklarının eğitim hakkı meselelerine ilişkin kararlar bağlamında iletişim yönlendirildiği görülmektedir.

Komiser tarafından paylaşılan bu iletişimlerde, Komiser’in ilgili kararda ihlale neden olduğu belirtilen ülkelerdeki yapısal ve sistematik sorunlara işaret ettiği ve kararların yerine getirilmesi amacıyla genel nitelikli tedbirler alınmasını vurguladığı gözlemlenmektedir. Komiser’in bu belgelerde yer alan

¹⁴³ Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the cases of Tysiác v. Poland (application no. 5410/03, judgment of 20 March 2007); R. R. v. Poland (application no. 27617/04, judgment of 26 May 2011); P. and S. v. Poland (application no. 57375/08, judgment of 30 October 2012)*, CommDH(2020)3, 27 January 2020.

¹⁴⁴ Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Kavala v. Turkey (application no. 28749/18, judgment of 10 December 2019)*, CommDH(2020)14, 18 June 2020; Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Bălşan v. Romania (application no. 49645/09, judgment of 23 May 2017)*, CommDH(2020)15, 20 July 2020; Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Yordanova and Others v. Bulgaria (application no. 25446/06, judgment of 24 April 2012)*, CommDH(2020)23, 16 October 2020; Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of D.H. and Others v. Czech Republic (application no. 57325/00), judgment of 13 November 2007*, CommDH(2020)24, 22 October 2020.

görüşlerinin dayanağı ise, ilgili ülke hakkındaki izleme faaliyetleridir. Dahası, Komiser'in bu genel nitelikli tespitlerine ek olarak, somut olaya özgü açıklama ve yorumlarda da bulunduğu görülmektedir. Son olarak, bu iletişimlerde, ilgili ihlal kararının icrasında taraf devletin olaya özgü veya genel nitelikte ne gibi tedbirler alabileceği konusunda çeşitli tavsiyelere de yer verilmektedir.

Bu bağlamda, Bakanlar Komitesi'ne yönlendirilen iletişimler, AİHM önündeki yargılamalara katılımdan ve sunulan görüşlerden daha farklı bir nitelik göstermektedir. İletişimlerde, hem somut karara özgü tespitler ve yorumlar yapılmakta, hem de olaya özel veya genel nitelikte somut tavsiyelerde bulunulmaktadır. Bu iletişimler ve içerdikleri tavsiyeler, Bakanlar Komitesi'nin ilgili karara ilişkin "İcra Durumu" raporlarında kendilerine yer bulmakta ve Bakanlar Komitesi tarafından değerlendirilmektedir. Bakanlar Komitesi, uzun süreli, yapısal ve sistematik sorunlara ilişkin kararların icrası bağlamında, Komiser'in olağan ülke izleme faaliyetlerine dayanan, yol gösterici ve yararlı nitelikteki tavsiyelerinin "kıymetli" olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁵ Ancak, Komiser'in tavsiyelerinin üye devlet tarafından yerine getirilip getirilmediğinin, Bakanlar Komitesi tarafından, ilgili kararının gereği gibi icra edilip edilmediğine ilişkin yapılacak değerlendirmelerde ne oranda etkili olacağına dair bir örnek, henüz mevcut değildir. Buna karşın, önümüzdeki dönemlerde, bu konuda da daha sağlıklı değerlendirmeler yapmamızı mümkün kılacak örneklerin ortaya çıkacağı kuşkusuzdur.

III. Türkiye Açısından Görünüm

Komiser'in görev alanının genişlemesi ve gücünü artıran bir kurum olması, Türkiye bakımından da ayrıca önem taşımaktadır. Gerek ülke izleme faaliyetleri gerekse AİHM bakımından kazandığı yeni roller bağlamında, Komiser'in hakkında en çok faaliyet gerçekleştirdiği ülke Türkiye'dir. Gerçekten, yapılan ülke ziyaretleri, kriz durumları ve çatışma bölgelerindeki faaliyetler, hazırlanan raporlar, paylaşılan beyanlar ve tutum belgeleri ile AİHM önündeki davalara üçüncü taraf sıfatıyla katılımlar da dâhil olmak üzere, Komiser, bugüne kadar Türkiye hakkında 59 ayrı faaliyette bulunmuştur.

Ülke ziyaretlerine dayanan ülke izleme faaliyetlerine bakıldığında, Komiser'in ilk ziyaretinin 2001 yılında, bugüne kadarki son ziyaretininse 2019 yılında gerçekleştirildiği görülmektedir. Komiser, bugüne kadar toplam

¹⁴⁵ Committee of Ministers, **Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2020, 14th Annual Report of the Committee of Ministers - 2020**, Council of Europe, 2021, s. 27.

10 ziyaret gerçekleştirmiş; bu ziyaretler sonrasında 8 rapor, 3 ziyaret tutum belgesi ve 5 mektup paylaşmıştır.

Türkiye hakkındaki raporlara bakıldığında ise; hem insan hakları meselelerine ilişkin mevzuat ve uygulamanın değerlendirildiği, hem de Komiser'in önceki tavsiyelerinin takibinin yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, Türkiye hakkındaki ilk raporlarda, 2000'li yılların başındaki "uyum paketleri"nin ve mevzuat değişikliklerin olumlu karşılandığı ve teşvik edildiği gözlemlenirken¹⁴⁶; son yıllarda hazırlanan raporlarda, ceza adalet sistemine ilişkin konuların ciddi bir bölüm teşkil ettiği ve temel hak ve özgürlükler konusundaki endişelerin yoğunlaştığı görülmektedir.¹⁴⁷ Hatta Komiser, Türkiye hakkındaki son raporunda, insan hakları konusunda hâlihazırda var olan problemlerin, olağanüstü hâl sonrasında "ciddi anlamda kötüye gittiğini" belirtmiş ve "ceza mevzuatının bütünüyle gözden geçirilmesini" tavsiye etmiştir.¹⁴⁸

Yirmi yıllık bir süreye yayılan bu raporlama faaliyetlerinde, Komiser'in, bazı konuları tekrar tekrar ele almakta olduğu ve bunları "süregelen problemler" olarak değerlendirdiği görülmektedir.¹⁴⁹ "Adalet sistemi" ve "yargı bağımsızlığı", bu hususların başında gelmektedir.¹⁵⁰ Komiser'in son değerlendirmelerinde, AİHM'nin Türkiye hakkındaki ihlal kararlarının temel nedenlerinden birinin; adalet sisteminin işleyişi ve yargıda iyi işlemeyen hususlar olduğu belirtilmektedir. Yargı sisteminde, 2005 yılında Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) reformları ile 2012 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabulü gibi derinlemesine dönüşümler yaşansa bile, Komiser, bu reformların insan hakları ihlallerini önlemede "yetersiz kaldığını" belirtmektedir. Komiser'e göre bu yetersizliğin temel nedeni; tüm bu mevzuat değişikliklerine rağmen, savcılar ve hâkimlerin yerleşik yargısal pratikleri ve eski alışkanlıkları devam

¹⁴⁶ CommDH(2003)15.

¹⁴⁷ Commissioner for Human Rights, *Commissioner's Press Release published on 14.04.2016*; CommDH(2017)5, s. 2; Commissioner for Human Rights, *Report by Dunja Mijatović Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following her visit to Turkey 1 to 5 July 2019*, CommDH(2020)1, 19 February 2020, s. 4, 28.

¹⁴⁸ CommDH(2020)1, s. 4.

¹⁴⁹ CommDH(2020)1, s. 4.

¹⁵⁰ Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Turkey from 10 to 14 October 2011*, CommDH (2012)2, 10 January 2012; CommDH(2020)1, s. 4.

ettirmeleridir.¹⁵¹ Komiser'e göre, yargının bu yaklaşımı; "...devletin ve güvenliğin korunmasını, insan haklarının üstüne koyma -sözde- eğiliminden güç almaktadır".¹⁵²

Komiser'in bu tespit ve kaygıları, ceza adaleti sisteminin işleyişi hakkındaki tavsiyelerinde de gözlemlenmektedir. Zira Komiser'in ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin tespit ve tavsiyeleri de belirli konular üzerinde odaklanmaktadır. Bu konular arasından öne çıkanlar; terör propagandası ve terör örgütü üyeliği gibi terör suçu olarak nitelenen eylemlerin çok geniş yorumlanması¹⁵³, gerekçesiz ve uzun süreli tutukluluk¹⁵⁴, tutukluluğun devamına ilişkin başvurulardaki sorunlar¹⁵⁵, işkence ve kötü muamele iddiaları ve bunların etkili soruşturulması¹⁵⁶, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği bakımından ortaya çıkan adil yargılanma hakkı sorunları¹⁵⁷ ile gazetecilerin cezai takibata tâbi tutulmalarının ifade ve basın özgürlüğü bakımından ortaya çıkardığı sorunlar¹⁵⁸ olarak sıralanabilir.

"Süregelen problemler" olarak nitelendirilebilecek bu konular ve diğer bazı hususlar hakkında Komiser, güncel mevzuatı ve uygulamayı analiz etmekte ve ayrıntılı tavsiyelerde bulunmaktadır. Komiser'in tavsiyeleri; bazı suçların tanımlarının değiştirilmesini¹⁵⁹ veya bu suçlara ilişkin yargısal

¹⁵¹ CommDH(2020)1, s. 4-6.

¹⁵² CommDH(2020)1, s. 6-7.

¹⁵³ CommDH(2020)1, s. 12-14.

¹⁵⁴ Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Turkey from 27 to 29 April 2011, Freedom of expression and media freedom in Turkey*, CommDH (2011)25, 12 July 2011, s. 2, 11, 12, 19; CommDH(2012)2, s. 29; CommDH(2020)1, s. 16-17.

¹⁵⁵ CommDH(2020)1, s. 16-17, 19-20.

¹⁵⁶ Commissioner for Human Rights, *Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Turkey from 1 to 5 July 2013*, CommDH (2013)24, 26 November 2013, s. 5-29.

¹⁵⁷ CommDH(2011)25, s. 19; CommDH(2020)1, s. 17-20.

¹⁵⁸ CommDH (2011)25, s. 6-9; CommDH (2012)2, s. 10.

¹⁵⁹ Örneğin; Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinde (Eski TCK m. 159'da) düzenlenen Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçunun barışçı düşüncenin cezalandırılmaması için değiştirilmesi veya kaldırılması ile bu hükümde yer alan "hakaret" ve "aşağılama" kavramlarının nasıl yorumlandığı ve uygulandığının çok önemli olduğu konusundaki tavsiyesi. Bkz. CommDH(2003)15, s. 8. Diğer bir örnek için; Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. ve 7. maddelerinin gözden geçirilmesi ve basın aleyhine karşı açıkça orantısız bir şekilde kullanılmaması yönündeki tavsiyesi. Bkz. CommDH(2011)25, s. 18.

uygulamanın değiştirilmesini¹⁶⁰ içerebilmektedir. Dahası, Komiser, kimi eylemlerin suç haline getirilmesi¹⁶¹ veya kimi eylemlerin de suç olmaktan çıkarılması¹⁶² yönünde tavsiyelerde de bulunabilmektedir.

Komiser'in tavsiyelerinin diğer bir boyutunu da ceza muhakemesi süreçleri ve uygulamaları oluşturmaktadır. Bu bakımdan; işkence ve kötü muamele iddialarının etkili soruşturulması, tutukluluk tedbirinin uygulanması ve usuli güvencelerin artırılmasına yönelik tavsiyeler dikkat çekicidir. Bu bağlamda, raporlarda yer alan tespit ve tavsiyelerin; toplumsal olaylarda kolluğun tutumu ve güç kullanması¹⁶³, kolluğun yakalama sırasındaki kötü muamelelerinin önlenmesi,¹⁶⁴ kolluğun cezasızlığının önlenmesi için etkin ve bağımsız bir şikâyet mekanizmasının oluşturulması¹⁶⁵, terör şüphelilerinin ilk yirmi dört saat boyunca kimseyle görüşmemelerinin ve avukatla görüşme haklarına getirilen kısıtlamaların işkence ve kötü muameleyle mücadeleyi tersine çevirebileceği¹⁶⁶ gibi hususları kapsadığı görülmektedir.

Mevzuat ve uygulamaya yönelik bu tavsiyelerine ek olarak Komiser, Türkiye'yi kimi uluslararası sözleşmelere taraf olmaya da teşvik etmektedir. Bu konudaki örnekler arasında *AİHS'ye Ek 12 Numaralı Protokol*¹⁶⁷, *Uluslararası Ceza Mahkemesini Kuran Roma Statüsü*¹⁶⁸ ve *Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı*

¹⁶⁰ Örneğin; Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde bulunan terörizm kavramının çok geniş bir tanım içerdiği ve yorumunun mahkemeler tarafından yapılacağı hakkındaki belirlemeleri. Bkz. CommDH(2003)15, s. 9; CommDH(2006)24, s. 1. Yine, TCK'nin 216. maddesinde (Eski TCK m. 312/2-3) düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama suçunun tanımında yer alan "kamu düzeni" kavramının yorumlanmasının ve uygulanmasının önemli olduğu ve bu hükmün etkin bir şekilde uygulanmadığı konusundaki tavsiyesi. Bkz. CommDH(2003)15, s. 8; CommDH(2009)30, s. 14.

¹⁶¹ Örneğin; Komiser, eski Türk Ceza Kanunu'nda kadına karşı evlilik içinde işlenen cinsel saldırı eylemlerinin cezalandırılmadığını belirtmiş ve yeni Türk Ceza Kanunu'nda bu eylemlerin suç haline getirilmesi beklentisini ifade etmiştir. Bkz. CommDH(2003)15, s. 39.

¹⁶² Örneğin; TCK m. 125'te düzenlenen hakareti suç olarak düzenleyen hüküm gazetecilere karşı kullanıldığı ve suç olmaktan çıkarılması gerektiği konusundaki tavsiyesi. Bkz. CommDH(2011)25, s. 7, 18.

¹⁶³ CommDH(2013)24, s. 5-12.

¹⁶⁴ CommDH(2013)24, s. 12-14.

¹⁶⁵ CommDH(2013)24, s. 19-20.

¹⁶⁶ CommDH(2006)24, s. 1.

¹⁶⁷ Commissioner for Human Rights, *Letter to Mr. Abdullah Gül Deputy Prime Minister and Minister of Foreign Affairs*, CommDH(2006)24, 18 December 2006, s. 2.

¹⁶⁸ *Ibid.*

*Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol*¹⁶⁹ sayılabilir. Türkiye hakkında uluslararası sözleşmeler bakımından ortaya çıkan ve istisnai bir nitelik taşıyan farklı bir örnekse, Türkiye'nin 20 Mart 2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanı kararıyla¹⁷⁰ “İstanbul Sözleşmesi” olarak da bilinen *Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*'nden¹⁷¹ çekilme iradesini duyurması üzerine yaşanmıştır. Komiser, konu hakkında bir beyan yayınlamış ve Sözleşme'den çekilme kararını “kötü verilmiş bir karar” ve kadınlara karşı gerçekleştirilen her tür şiddetle mücadelede bir “geri adım” olarak nitelendirmiştir.¹⁷²

Komiser'in rapor ve görüşlerinin, Türk hukukunda meydana gelen mevzuat ve uygulama değişikliklerinde de dikkate alındığı gözlemlenmektedir. Gerçekten, Komiser'in faaliyetleri üzerine Türk yetkililer tarafından yapılan yazılı yorumlarda ve Komiser'e hitaben yazılan mektuplarda, Komiser'in görüşlerinin ve tavsiyelerinin “dikkatlice incelendiği”¹⁷³, bu görüşlere yönelik çeşitli açıklamalar yapıldığı ve kimi zaman yapılan tavsiyelerle uyumlu görüşler paylaşıldığı¹⁷⁴ görülmektedir. Ayrıca, Komiser'in çeşitli mevzuat değişikliklerinde de etki doğurduğu söylenebilir. Örneğin Komiser'in “ifade özgürlüğü” ve “adaletin idaresi” hakkındaki 2011 ve 2012 yıllarındaki raporları üzerine, dönemin Adalet Bakanı hükümetin raporlarda vurgulanan eksiklikleri giderme konusundaki kararlılığını belirtmiş, daha sonra Komiser'in tavsiyeleri somut bir eylem planına yansıtılmış ve iki kanuni reform paketinin

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Cumhurbaşkanı Kararı, Karar Sayısı: 3718, Karar Tarihi: 19.03.2021, RG: 31429, 20.03.2021.

¹⁷¹ Council of Europe, *Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, 11.05.2011, CETS No. 210.

¹⁷² Commissioner for Human Rights, *Statement on Turkey's announced withdrawal from the Istanbul Convention endangers women's rights*, 22.03.2021.

¹⁷³ Permanent Representation of Turkey to the Council of Europe Ambassador, *Letter to Mr. Nils Muižnieks*, 2013/33766324/1156831, 21 November 2013, s. 1.

¹⁷⁴ Örneğin işkence iddialarının etkili bir şekilde soruşturulacağı konusundaki açıklamalar için bkz. Ministry of Justice of the Republic of Turkey, *Observations of the Ministry of Justice of the Republic of Turkey concerning the Memorandum of 7 October 2016 by the Council of Europe's Commissioner for Human Rights*, 31 October 2016. Yine, sığınmacılar ve yerinden edilen kimselerin durumlarının iyileştirilmesi için siyasi bir iradenin varlığını teyit eden bir açıklama için bkz. Ministry of Interior Affairs of the Republic of Turkey, *Letter to Mr. Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights*, 6 July 2010.

hazırlanmasında dikkate alınmıştır.¹⁷⁵

Komiser'in ülke izleme faaliyetinin ikinci ayağını oluşturan "kriz durumları ve çatışma bölgelerindeki insan hakları meseleleri hakkındaki rolü" de, Türkiye bakımından uygulama alanı bulmuştur. Bu faaliyet türüne verilebilecek örnekler; Komiser'in, Güneydoğu Anadolu Bölgesi ile olağanüstü hâl döneminde tüm Türkiye'de yürütülen terörle mücadele operasyonları hakkındaki girişim ve faaliyetleridir. Bu kapsamda Komiser, 2016 yılında Türkiye'de olağanüstü hâlin ilanından sonra gerçekleştiği iddia edilen insan hakları ihlallerine ilişkin olarak bir tutum belgesi yayınlamıştır.¹⁷⁶ Bu tutum belgesinde, polis tarafından işkence ve kötü muamele yapıldığına ilişkin iddiaların varlığı belirtildikten sonra, gözaltı süresinin otuz güne çıkarılmasına, tıbbi rapor alma usulündeki değişikliklere, avukata erişime getirilen kısıtlamalara ve avukat-müvekkil ilişkisinin mahremiyetine ilişkin kısıtlamalara dikkat çekilmiş; olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameyle oluşturulan usullerin "*ceza hukukunun olağan usul güvencelerinden önemli derecede sapma gösterdiği*" tespit edilmiştir.¹⁷⁷ Yine, Güneydoğu Anadolu Bölgesi'ndeki terörle mücadele operasyonları sırasında gerçekleştiği iddia edilen insan hakları ihlallerine ilişkin olarak da Komiser, AİHS ve AİHM standartlarına işaret ederek, operasyonlar sırasında işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili etkili ceza soruşturması yapılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁸

Komiser'in, AİHM önündeki davalarda, aleyhinde yapılan başvurulara en fazla görüş sunduğu ülke, izleme faaliyetlerinde olduğu gibi, 58 başvurudaki 5 farklı görüşle yine Türkiye'dir. Dahası, Türkiye'ye karşı yapılan başvurular sonucunda başlatılan ve Komiser'in katıldığı tüm davalar, ya ceza veya ceza muhakemesi hukukuyla ya da tedbir niteliğindeki Sulh Ceza Hakimliği kararlarıyla ilgilidir. Bu bağlamda, Komiser'in bugüne kadar katıldığı ve

¹⁷⁵ Bkz. Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, Kanun No: 6352, RG: 28344, 5.7.2012. Ayrıca bkz. Commissioner for Human Rights, *Comments on the Bill on judicial reform of January 2012*, CommDH(2012)39, 20 February 2012.

¹⁷⁶ Commissioner for Human Rights, *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey*, CommDH(2016)35, 7 October 2016.

¹⁷⁷ CommDH(2016)35, s. 2.

¹⁷⁸ Commissioner for Human Rights, *Memorandum on the Human Rights Implications of Anti-Terrorism Operations in South-Eastern Turkey*, CommDH(2016)39, 2 December 2016.

görüş sunduğu davalar şunlardır:

- 25 Nisan 2017 tarihinde, Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde gerçekleştirilen terörle mücadele operasyonlarına ilişkin 34 başvuru¹⁷⁹;
- 10 Ekim 2017 tarihinde, gazetecilerin tutukluluğuna ilişkin 10 başvuru¹⁸⁰;
- 2 Kasım 2017 tarihinde, milletvekillerinin tutukluluğuna ilişkin 12 başvuru¹⁸¹;
- 20 Aralık 2018 tarihinde, *Mehmet Osman Kavala* başvurusu¹⁸²;
- 18 Kasım 2019 tarihinde, *Wikimedia Foundation* başvurusu¹⁸³.

Türkiye'ye karşı yapılan başvurular sonucunda başlayan ve Komiser'in katıldığı davalara bakıldığında; ifade özgürlüğü, tutuklama tedbiri ve terörle

¹⁷⁹ *Abdullah Kaplan v. Turkey* (no. 4159/16), *Adem Tunc v. Turkey* (no. 4552/16), *Ahmet and Zeynep Tunc v. Turkey* (no. 4133/16), *Ahmet Tunc v. Turkey* (no. 39419/16), *Alpaydinci and Others v. Turkey* (no. 10088/16), *Altun v. Turkey* (no. 4353/16), *Balcal and Others v. Turkey* (no. 8699/16), *Bedri and Halime Duzgun v. Turkey* (no. 901/16), *Caglak v. Turkey* (no. 2200/16), *Cengiz Abis and Others v. Turkey* (no. 10079/16), *Dagli and Others v. Turkey* (no. 6990/16), *Dolan v. Turkey* (no. 9414/16), *Erkaplan v. Turkey* (no. 10085/16), *Eroglu v. Turkey* (no. 478/16), *Gecim v. Turkey* (no. 5332/16), *Gorgoz v. Turkey* (no. 480/16), *Inan v. Turkey* (no. 2105/16), *Irmak v. Turkey* (no. 5628/16), *Karaduman and Cicek v. Turkey* (no. 6758/16), *Karaman v. Turkey* (no. 5237/16), *Kaya v. Turkey* (no. 9712/16), *Koc and Others v. Turkey* (no. 8536/16), *Omer Elci v. Turkey* (no. 63129/15), *Oncu v. Turkey* (no. 4817/16), *Oran v. Turkey* (no. 1905/16), *Paksoy v. Turkey* (no. 3758/16), *Sariyildiz v. Turkey* (no. 4684/16), *Seniha Surer and Others v. Turkey* (no. 10073/16), *Sevikteç v. Turkey* (no. 2005/16), *Sultan and Suleyman Duzgun v. Turkey* (no. 891/16), *Tunc and Yerbasan v. Turkey* (no. 31542/16), *Uysal v. Turkey* (no. 63133/15), *Vesek v. Turkey* (no. 63138/15), *Yavuzel and Others v. Turkey* (no. 5317/16).

¹⁸⁰ *Ahmet Hüseyin Altan v. Turkey* (no. 13252/17), *Alpay v. Turkey* (no. 16538/17), *Atilla Taş v. Turkey* (no. 72/17), *Bulaç v. Turkey* (no. 25939/17), *Ilıcak v. Turkey* (no. 1210/17), *Mehmet Hasan Altan v. Turkey* (no. 13237/17), *Murat Aksoy v. Turkey* (no. 80/17), *Sabuncu and Others v. Turkey* (no. 23199/17), *Şık v. Turkey* (no. 36493/17), *Yücel v. Turkey* (no. 27684/17).

¹⁸¹ *Abdullah Zeydan v. Turkey* (no. 25453/17), *Ayhan Bilgen v. Turkey* (no. 41087/17), *Besime Konca v. Turkey* (no. 25445/17), *Çağlar Demirel v. Turkey* (no. 39732/17), *Ferhat Encü v. Turkey* (no. 25464/17), *Figen Yüksekdağ Şenoğlu v. Turkey* (no. 14332/17), *Gülser Yıldırım v. Turkey* (no. 31033/17), *İdris Baluken v. Turkey* (no. 24585/17), *Nihat Akdoğan v. Turkey* (no. 25462/17), *Nursel Aydoğan v. Turkey* (no. 36268/17), *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (no. 14305/17), *Selam Irmak v. Turkey* (no. 25463/17).

¹⁸² *Mehmet Osman Kavala v. Turkey* (no. 28749/18).

¹⁸³ *Wikimedia Foundation, INC. v. Turkey* (no. 25479/19).

mücadele operasyonlarını içeren davaların öne çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda Komiser'in, ülke izleme kapsamında Türkiye'de insan hakları bakımından yapısal ve sistematik sorunlar bulunduğunu tespit ettiği konular hakkındaki başvurulara katıldığı söylenebilir.¹⁸⁴

Son olarak, Komiser, Türkiye hakkındaki tek bir kararda, söz konusu kararın icrasının izlenmesi bağlamında Bakanlar Komitesi'ne bir iletişim yönlendirmiş bulunmaktadır. *Kavala/Türkiye* kararı hakkında Komite'ye 8 Haziran 2020 tarihinde yönlendirilen bu iletişim metnindeki¹⁸⁵ açıklamalar, Komiser'in 2019 yılında gerçekleştirdiği son Türkiye ziyaretine ve bu ziyaret üzerine hazırladığı rapora dayandırılmıştır. İletişimde, Komiser'in bu ziyareti sırasında başvuruyla da görüştüğü ve bu davayı, insan hakları savunucularının Türkiye'deki konumu hakkında "sembolik bir dava" olarak yakından takip ettiği belirtilmiştir. Komiser, iletişim metninde, davanın arka planını özetlemiş, bu davada konu edilen Osman Kavala'nın yargılanmasının ve tutuklanmasının, Türk adalet sistemindeki genel aksaklıklardan kaynaklandığını belirtmiştir. Komiser, genel aksaklıkların giderilebilmesi için, kararın icrasında daha temel ve uzun vadeli tedbirlerin alınması gerektiğini vurgulamış ve ceza mevzuatının tümüyle gözden geçirilmesi ve tutuklama uygulaması hakkında güçlü tedbirler alınması gibi çeşitli tavsiyelerde bulunmuştur.

Sonuç

Arkasında elli yıllık bir düşünsel geçmiş ve uygulamada yirmi yıllık deneyim bulunan İnsan Hakları Komiseri'nin günümüzde insan hakları alanında ulaştığı etkinlik seviyesi, başlı başına dikkat çekici bir seviyeye ulaşmış bulunmaktadır. Ancak, bu çalışmanın konusu açısından daha da dikkat çekici olan husus; Komiser'in ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında yoğunlaşan faaliyetleri ile bunların Avrupa Konseyi'ne Üye Devletler'in ulusal hukuk düzenleri üzerinde doğurduğu doğrudan ve dolaylı etkilerdir.

¹⁸⁴ Aynı yönde bkz. Egemen Esen, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve Türkiye'ye İlişkin Yazılı Görüşleri Hakkında Birkaç Not", 2018, 100, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 473-488, s. 481.

¹⁸⁵ Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Kavala v. Turkey (application no. 28749/18, judgment of 10 December 2019)*, CommDH(2020)14, 18 June 2020.

Gerçekten de Komiser, geride kalan sayfalar boyunca tartışılan kimi somut örnekler üzerinden de açıklanmaya çalışıldığı üzere, özellikle “ülke izleme”, “tematik faaliyetler ve farkındalık artırma faaliyetleri” ile “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bağlamındaki rolleri” çerçevesinde; doğrudan ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanlarını ilgilendiren bazı konularda raporlar, görüşler, beyanlar, tutum makaleleri ve insan hakları yorumları kaleme almakta, çeşitli ziyaretler gerçekleştirmekte, ilgili devletlere tavsiyelerde bulunmakta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde süren davalara “üçüncü taraf” sıfatıyla katılmakta ve yine Mahkeme kararlarının icrasında çeşitli roller üstlenmektedir.

Komiser'in yukarıda sayılan bu faaliyetlerinin, hukuki süreç ve araçlara ek olarak, kimi zaman diplomatik araç ve yollarla da sürdürüldüğü bilinmektedir. Bu durumun, kimi hallerde, bu faaliyetlerin etkileri konusunda somut gözlemler yapmayı zorlaştırdığını da ifade etmek gerekmektedir. Buna karşın, açık kaynaklar üzerinden yapılabilen gözlemler dahi, Komiser'in faaliyetleri ile ulusal mevzuat ve uygulamalarda yaşanan kimi değişiklikler arasında bilimsel olarak incelenmeye değer bağlantılar bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu gelişmelerin önemli bir bölümü ise, yine yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanlarını ilgilendirmektedir.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken son bir husus da; Avrupa Konseyi insan hakları kurumları arasında kendisine özgü bir konuma sahip olan Komiser'in üstlendiği rollerin, yıllar içinde gittikçe *hukukileşmekte* oluşudur. Gerçekten, esasen siyasi bir organ olarak kurulmuş olan Komiser'in faaliyetleri, kendisine tanınan ve yargısal süreçlerle yakından ilişkili olan yeni rollerin sonucu olarak, giderek artan oranda bir hukukî karakter kazanmaktadır. Bu gelişmenin etkisiyle, hukukî düzlemde ortaya çıkan ve başlıca örneklerine yukarıda değinilen *etkileşimlerin* de önümüzdeki yıllarda artarak devam edeceğini varsaymak mümkündür.

Geride kalan sayfalar boyunca açıklanmaya çalışılan ve günümüzde de ivme kazanarak devam ettiği gözlemlenen bu sürecin, Komiser'in ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanındaki etkisinin de artmasına neden olacağı kuşkusuzdur. Bu bağlamda, hukukî alandaki gücünü ve etkinliğini gittikçe artıran Komiser'in Türkiye hakkındaki faaliyetlerinin yoğunluğu dikkate alındığında ise, Türk Ceza Hukuku açısından her geçen gün daha da önem kazanmakta olan bir kurumla karşı karşıya olduğumuzu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

a) Kitaplar ve Makaleler

Altıparmak K, “Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Bürokrasi Krizi: Tamam ya da Devam”, 2009, *Çağımızda Toplum ve Hukuk*, 31-44.

Benoît-Rohmer F /Heinrich Klebes, **Council of Europe Law: Towards a pan-European legal area**, Council of Europe Publishing, 2005.

Bürli N, **Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights: Amicus Curiae, Member-State and Third-Party Interventions**, Intersentia, 2017.

Byrne J /William Priestley, **Police Oversight Mechanism in the Council of Europe Member States**, (Updated February 2017), Council of Europe Publishing, 2017.

Caroli P, “The Interaction between the International Criminal Court and the European Court of Human Rights – The Right to the Truth for Victims of the Serious Violations of Human Rights: The Importation of a New Right?” in Paolo Lobba/Triestino Mariniello (eds), **Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals**, Brill, 2017, 263-281.

Committee of Ministers, **Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2020, 14th Annual Report of the Committee of Ministers - 2020**, Council of Europe, 2021.

Council of Europe Directorate General Human Rights and Rule of Law, **Practical impact of the Council of Europe monitoring mechanisms in improving respect for human rights and the rule of law in member states**, Council of Europe, 2014. (*Practical Impact*)

de Beco G, “Introduction: The Commissioner for Human Rights”, Gauthier de Beco (ed), **Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe**, Routledge, 2012.

Delmas-Marty M, “Le paradoxe pénal” in Mireille Delmas-Marty/C. Lucas de Leyssac (eds), **Libertés et droits fondamentaux**, Seuil, 1996, 368-392.

Dörr O, Commissioner for Human Rights, in Stefanie Schmahl/ Marten Breuer (eds), **The Council of Europe: Its Law and Policies**, Oxford University

Press, 2017, 296-313.

Esen E, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve Türkiye'ye İlişkin Yazılı Görüşleri Hakkında Birkaç Not", 2018, 100, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 473-488.

European Court of Human Rights, **Overview 1959-2020 ECHR**, Strasbourg, February 2021.

Glas L. R, "The European Court of Human Rights' Use of Non-Binding and Standard-Setting Council of Europe Documents", 2017, 17 (1), *Human Rights Law Review*, 97-126.

Hammarberg T /Isil Gachet, "Human Rights Diplomacy and The Council of Europe Commissioner for Human Rights", in Michael O'Flaherty/ Zdzisław Kędzia/Amrei Müller/ George Ulrich (eds), **Human Rights Diplomacy: Contemporary Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 101-128.

Hammarberg T /John Dalhuisen, "The Council of Europe Commissioner for Human Rights", in Gudmundur Alfredsson/Jonas Grimheden/Bertrand G. Ramcharan/Alfred de Zayas (eds), **International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller**, 2nd Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 515-521.

Hammarberg T, "Council of Europe as an Instrument for Human Rights", 2014, 32 (2), *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 214-219.

Hammarberg T, "Contribution from the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe", 2010, 2, *European Yearbook of Disability Law*, 153-162.

Johansen A, "The Rise and Rise of Independent Police Complaint Bodies", in Jennifer M. Brown (ed), **The Future of Policing**, Routledge, 2014, 446-462.

Lathouwers J, "Chapter I: Protocol No. 14: Object, Purpose and Preparatory Work", in Paul Lemmens/Wouter Vandenhoele (eds), **Protocol No. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights**, Intersentia, 2005, 1-22.

Lawson R. A, "How to Maintain and Improve Mutual Trust amongst EU Member States in Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters?"

Lessons from the Functioning of Monitoring Mechanisms in the Council of Europe”, in Malén Dane/Andre Klip (eds), **An additional evaluation mechanism in the field of EU judicial cooperation in criminal matters to strengthen mutual trust**, Celsus juridische uitgeverij, 2009, 249-315.

Reif L. C, The Ombudsman, **Good Governance and the International Human Rights System**, Springer, 2004.

Schmid A. P /Albert J. Jongman, “Introduction”, in Schmid/Jongman (eds), **Monitoring Human Rights Violations**, Center for the Study of Social Conflicts, Leiden University, 1992, s. 3 *aktaran* Andrew Drzemczewski, “Core Monitoring Mechanisms and Related Activities”, in Stefanie Schmahl/Marten Breuer (eds), **The Council of Europe: Its Law and Policies**, Oxford University Press, 2017, 617-635.

Schokkenbroek J, “The preventive role of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe”, in Linos-Alexander Sicilianos (ed), **The Prevention of Human Rights Violations: Contribution on the Occasion of the Twentieth Anniversary of the Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR)**, Ant. N. Sakkoulas Publishers&Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 201-213.

Shelton D, “The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe”, 2003, 13 (1), *Duke Journal of Comparative & International Law*, 95-154.

Sivonen L, “The Commissioner for Human Rights”, in Gauthier de Beco (ed), **Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe**, Routledge, 2012, 17-42.

Smith G, “Every complaint matters: Human Rights Commissioner’s opinion concerning independent and effective determination of complaints against the police”, 2010, 38, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 59-74.

Smith G, “The Interface between Human Rights and Police Complaints in Europe”, in Tim Prenzler/Garth den Heyer (eds), **Civilian Oversight of Police: Advancing Accountability in Law Enforcement**, CRC Press, 2016, 159-177.

Trechsel S, **Human Rights in Criminal Proceedings**, Oxford University Press, 2005.

Tulkens F, “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human

Rights”, 2011, 9 (3), *Journal of International Criminal Justice*, 577-595.

Van Boven T, “The Future of Human Rights in Europe”, 1989, 7 (1), *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 6-10.

Van Leuven N, “Chapter II: Organisation of the European Court”, in Paul Lemmens/Wouter Vandenhole (eds), **Protocol No. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights**, Intersentia, 2005, 23-30.

b) Başvuru ve Kararlar

A (FC) and Others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004) A and Others (Appellants) (FC) and Others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals), [2005] UKHL 71, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 8 December 2005.

Abdullah Kaplan v. Turkey (no. 4159/16).

Abdullah Zeydan v. Turkey (no. 25453/17).

Adem Tunc v. Turkey (no. 4552/16).

Ahmed Ali v Netherlands and Greece (no. 26494/09).

Ahmet and Zeynep Tunc v. Turkey (no. 4133/16).

Ahmet Hüsrev Altan v. Turkey (no. 13252/17).

Ahmet Tunc v. Turkey (no. 39419/16).

Alpay v. Turkey (no. 16538/17).

Alpaydinci and Others v. Turkey (no. 10088/16).

Altun v. Turkey (no. 4353/16).

Atilla Taş v. Turkey (no. 72/17).

Ayhan Bilgen v. Turkey (no. 41087/17).

Balcal and Others v. Turkey (no. 8699/16).

Bedri and Halime Duzgun v. Turkey (no. 901/16).

Besime Konca v. Turkey (no. 25445/17).

Biao v Denmark, no. 38590/10, Merits and Just Satisfaction, 25 March 2014.

- Bulaç v. Turkey* (no. 25939/17).
Cağlak v. Turkey (no. 2200/16).
Cengiz Abis and Others v. Turkey (no. 10079/16).
Çağlar Demirel v. Turkey (no. 39732/17).
Dagli and Others v. Turkey (no. 6990/16).
Dolan v. Turkey (no. 9414/16).
Erkaplan v. Turkey (no. 10085/16).
Eroglu v. Turkey (no. 478/16).
Ferhat Encü v. Turkey (no. 25464/17).
Figen Yüksekdağ Şenoğlu v. Turkey (no. 14332/17).
Gecim v. Turkey (no. 5332/16).
Gorgoz v. Turkey (no. 480/16).
Gülser Yıldırım v. Turkey (no. 31033/17).
Ilıcak v. Turkey (no. 1210/17).
Inan v. Turkey (no. 2105/16).
Irmak v. Turkey (no. 5628/16).
İdris Baluken v. Turkey (no. 24585/17).
Karaduman and Cicek v. Turkey (no. 6758/16).
Karaman v. Turkey (no. 5237/16).
Kaya v. Turkey (no. 9712/16).
Koc and Others v. Turkey (no. 8536/16).
Mamasakhlisi v Georgia and Russia (no. 29999/04).
Mehmet Hasan Altan v. Turkey (no. 13237/17).
Mehmet Osman Kavala v. Turkey (no. 28749/18).
MSS v Belgium and Greece (no. 30696/09).

Murat Aksoy v. Turkey (no. 80/17).

Nihat Akdoğan v. Turkey (no. 25462/17).

Nursel Aydoğan v. Turkey (no. 36268/17).

Omer Elci v. Turkey (no. 63129/15).

Oncu v. Turkey (no. 4817/16).

Oran v. Turkey (no. 1905/16).

Paksoy v. Turkey (no. 3758/16).

S.A.S. v France, no. 43835/11, Merits and Just Satisfaction, 1 July 2014.

Sabuncu and Others v. Turkey (no. 23199/17).

Sariyildiz v. Turkey (no. 4684/16).

Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 14305/17).

Selam Irmak v. Turkey (no. 25463/17).

Seniha Surer and Others v. Turkey (no. 10073/16).

Seviktek v. Turkey (no. 2005/16).

Sultan and Suleyman Duzgun v. Turkey (no. 891/16).

Şık v. Turkey (no. 36493/17).

Tunc and Yerbasan v. Turkey (no. 31542/16).

Tyrer v the United Kingdom, no. 5856/72, Judgment (Chamber), 25 April 1978.

Uysal v. Turkey (no. 63133/15).

Vesek v. Turkey (no. 63138/15).

Wikimedia Foundation, INC. v. Turkey (no. 25479/19).

Winterwerp v the Netherlands, no. 6301/71, Judgment (Chamber), 24 October 1979.

Yavuzel and Others v. Turkey (no. 5317/16).

Young, James and Webster v the United Kingdom, nos. 7601/76 and 7806/77,

13 August 1981.

Yücel v. Turkey (no. 27684/17).

c) Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Belgeleri

Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2006* by Thomas Hammarberg, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2007)3, 11 April 2007.

Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2008* by Thomas Hammarberg, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2009)12, 29 April 2009.

Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2008*, by Thomas Hammarberg, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2009)12, 29 April 2009.

Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2009*, by Thomas Hammarberg, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2010)8, 14 April 2010.

Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2010* by Thomas Hammarberg, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, CommDH(2011)4, 13 April 2011.

Commissioner for Human Rights, *Annual Activity Report 2017* by Nils Muižnieks *Council of Europe Commissioner for Human Rights*, CommDH(2018)1, 19 January 2018.

Commissioner for Human Rights, *Children and Corporal Punishment: "The Right not to be Hit, Also a Children's Right"*, CommDH/IssuePaper(2006)1, Updated version, January 2008.

Commissioner for Human Rights, *Comments by the Government of the United Kingdom, Appendix to the Commissioner's Memorandum on Corporal Punishment*, CommDh(2008)28.

Commissioner for Human Rights, *Comments on the Bill on judicial reform of January 2012*, CommDH(2012)39, 20 February 2012.

Commissioner for Human Rights, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Dunja Mijatović, Annual Activity Report 2018*, CommDH(2019)11, 1 April 2019.

- Commissioner for Human Rights, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Dunja Mijatović, Annual Activity Report 2019*, CommDH(2020)7, 21 April 2020.
- Commissioner for Human Rights, *Commissioner's Press Release published on 14.04.2016*; CommDH(2017)5, s. 2; Commissioner for Human Rights, *Report by Dunja Mijatović Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following her visit to Turkey 1 to 5 July 2019*, CommDH(2020)1, 19 February 2020, s. 4, 28.
- Commissioner for Human Rights, *Final Report of Mr Alvaro Gil-Robles, Council of Europe Commissioner for Human Rights (October 1999-March 2006)*, CommDH(2006)17REV, 29 March 2006.
- Commissioner for Human Rights, *Georgia: 17 detainees exchanged through the good offices of Commissioner Hammarberg*, 25.08.2008.
- Commissioner for Human Rights, *Human Rights Comment on Fight Terrorism by Legal Means*, 03.04.2006.
- Commissioner for Human Rights, *Letter to Mr. Abdullah Gül Deputy Prime Minister and Minister of Foreign Affairs*, CommDH(2006)24, 18 December 2006.
- Commissioner for Human Rights, *Letter to Mr. Bidzina Ivanishvili Prime Minister of the Republic of Georgia*, CommHR/IG/sf 111-2012, 31 October 2012.
- Commissioner for Human Rights, *Letter to Mr. Vladimir Filat Prime Minister of the Republic of Moldova*, CommDH(2012)3, 21 December 2011.
- Commissioner for Human Rights, *Letter to the Rt Hon Eric Pickles, Secretary of State for Communities and Local Government*, CommDH(2012)14, 13 February 2012.
- Commissioner for Human Rights, *Memorandum by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visits to the United Kingdom, 5-8 February and 31 March–2 April 2008, Issues reviewed: Corporal punishment*, CommDh(2008)28, 9 October 2008.
- Commissioner for Human Rights, *Memorandum on the Human Rights Implications of Anti-Terrorism Operations in South-Eastern Turkey*,

CommDH(2016)39, 2 December 2016.

Commissioner for Human Rights, *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey*, CommDH(2016)35, 7 October 2016.

Commissioner for Human Rights, *Opinion 2/2002 of the Commissioner for Human Rights, Mr. Alvaro Gil-Robles on certain aspects of the review of Powers of the Northern Ireland Human Rights Commission*, CommDH(2002)16, 13 November 2002.

Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Mr. Alvaro Gil-Robles, on the procedural safeguards surrounding the authorisation of pre-trial detention in Portugal*, CommDH(2004)8, 15 March 2004.

Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning Independent and Effective Determination of Complaints against the Police*, CommDH(2009)4, 12 March 2009.

Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Mr. Alvaro Gil-Robles, on the Creation of a National Body for Counteracting Discrimination in Poland*, CommDH(2004)7, 11 February 2004.

Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Hungary's Media Legislation in light of Council of Europe Standards on Freedom of the Media*, CommDH(2011)10, 25 February 2011.

Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights, Alvaro Gil-Robles on the Draft Convention on the Prevention of Terrorism*, CommDH(2005)1, 2 February 2005.

Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning Independent and Effective Determination of Complaints against the Police*, CommDH(2009)4, 12 March 2009.

Commissioner for Human Rights, *Opinion of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Alvaro Gil-Robles, on Certain Aspects of the United Kingdom 2001 Derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights*, CommDH(2002)7, 28 August 2002.

- Commissioner for Human Rights, *Opinion on Certain Aspects of the Proposal by the Government of Finland for a New Aliens Act*, CommDH(2003)13, 17 October 2003.
- Commissioner for Human Rights, *Positions on Children's Rights*, CommDH/PositionPaper(2010)1, 3 May 2010.
- Commissioner for Human Rights, *Report by Mr. Alvaro Gil-Roble, Commissioner for Human Rights, on his visit to the United Kingdom, 4th-12th November 2004*, CommDH(2005)6, 8 June 2005.
- Commissioner for Human Rights, *Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Lithuania from 5 to 9 December 2016*, CommDH(2017)7, 19 April 2017.
- Commissioner for Human Rights, *Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Turkey from 1 to 5 July 2013*, CommDH (2013)24, 26 November 2013.
- Commissioner for Human Rights, *Report by the Commissioner for Human Rights Mr Thomas Hammarberg on his visit to Germany on 9-11 and 15-20 October 2006*, CommDH(2007)14, 11 July 2007.
- Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Italy on 13-15 January 2009*, CommDH(2009)16, 16 April 2009.
- Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Moldova 25-28 April 2009*, CommDH(2009)27, 13 July 2009.
- Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Turkey from 10 to 14 October 2011*, CommDH (2012)2, 10 January 2012.
- Commissioner for Human Rights, *Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Following his visit to Turkey from 27 to 29 April 2011, Freedom of expression and media freedom in Turkey*, CommDH (2011)25, 12 July 2011.
- Commissioner for Human Rights, *Special Mission to Armenia by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*,

Yerevan, 12-15 March 2008, CommDH(2008)11, 20 March 2008.

Commissioner for Human Rights, *Statement on Turkey's announced withdrawal from the Istanbul Convention endangers women's rights*, 22.03.2021.

Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the cases of Tysic v. Poland (application no. 5410/03, judgment of 20 March 2007); R. R. v. Poland (application no. 27617/04, judgment of 26 May 2011); P. and S. v. Poland (application no. 57375/08, judgment of 30 October 2012)*, CommDH(2020)3, 27 January 2020.

Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Kavala v. Turkey (application no. 28749/18, judgment of 10 December 2019)*, CommDH(2020)14, 18 June 2020;

Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Blan v. Romania (application no. 49645/09, judgment of 23 May 2017)*, CommDH(2020)15, 20 July 2020;

Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Yordanova and Others v. Bulgaria (application no. 25446/06, judgment of 24 April 2012)*, CommDH(2020)23, 16 October 2020;

Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of D.H. and Others v. Czech Republic (application no. 57325/00), judgment of 13 November*

2007, CommDH(2020)24, 22 October 2020.

Commissioner for Human Rights, *Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Kavala v. Turkey (application no. 28749/18, judgment of 10 December 2019)*, CommDH(2020)14, 18 June 2020.

İnsan Hakları Komiseri, *Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg'in 28 Haziran-3 Temmuz 2009 Tarihleri Arasında Türkiye'yi Ziyaretini Müteakiben Hazırladığı Rapor, İncelenen Konu: Azınlıkların İnsan Hakları*, CommDH (2009)30, 1 Ekim 2009.

d) Diğer Uluslararası Belgeler

Committee of Ministers, *4.1 Securing the long-term effectiveness of the system of the European Convention on Human Rights – Implementation of the Brussels Declaration – Amendments to Rule 9 of the Ministers' Deputies' Rules for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, CM/Del/Dec(2017)1275/4.1., 18 January 2017.

Committee of Ministers, *4.1 Securing the long-term effectiveness of the system of the European Convention on Human Rights – Implementation of the Brussels Declaration – Amendments to Rule 9 of the Ministers' Deputies' Rules for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, CM/Del/Dec(2017)1275/4.1., 18 January 2017.

Committee of Ministers, *Committee of Wise Persons - Final Report to the Committee of Ministers (adopted by the Committee of Ministers on 3-4 November 1998 at its 103rd Session)*, CM(98)178, 3-4 November 1998.

Committee of Ministers, *Declaration on the protection of human rights During armed Conflict, Internal Disturbances and tensions*, 21 January 2004.

Committee of Ministers, *Proposal to Create a Council of Europe Commissioner for Human Rights – Some preliminary observations on the role and functions of such an institution and on the timetable for examination of this proposal*, CM(97)12, 7 January 1997.

Committee of Ministers, *Recommendation No. R (85) 13 of the Committee of Ministers to Member States on the Institution of the Ombudsman (Adopted by the Committee of Ministers on 23 September 1985 at the*

- 388th meeting of the Ministers' Deputies*), R (85) 13, 23 September 1985.
- Committee of Ministers, *Resolution (85) 8 on Co-operation between the Ombudsmen of Member States and between them and the Council of Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 23 September 1985 at the 388th meeting of the Ministers' Deputies)*, Resolution (85) 8, 23 September 1985.
- Committee of Ministers, *Resolution (90)6 On a Partial Agreement Establishing the European Commission for Democracy through Law (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 1990 at its 86th Session)*, 10 May 1990.
- Committee of Ministers, *Resolution (98)7 Authorising the Partial and Enlarged Agreement Establishing the "Group Of States against Corruption - GRECO" (adopted by the Committee of Ministers on 5 May 1998 at its 102nd Session)*, GMC98(21), 6 May 1998.
- Committee of Ministers, *Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights (adopted by the Committee of Ministers on 7 May 1999 at its 104th Session)*, Res (99)50, 7 May 1999.
- Consultative Assembly, *Conclusions of the Meeting with the Ombudsmen and Parliamentary Commissioners in Council of Europe Member States – Report*, Doc. 3516, 2 December 1974.
- Consultative Assembly, *Motion for Recommendation on the need for a Commissioner of Human Rights or equivalent solution at European level*, Doc. 3091, 24 January 1972.
- Consultative Assembly, *Proposal for the Institution of a European Ombudsman – Report*, Doc. 3313, 28 May 1973.
- Council of Europe Parliamentary Assembly, *Conclusions of the meeting of the Assembly's Legal Affairs Committee with the Ombudsmen and Parliamentary Commissioners in Council of Europe member states*, Rec. 757 (1975), 29 January 1975.
- Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, 28.01.2003, ETS No. 189.
- Council of Europe, *Council of Europe Convention on Action against*

Trafficking in Human Beings, 16.05.2005, CETS No. 197.

Council of Europe, *Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, 11.05.2011, CETS No. 210.

Council of Europe, *Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, 25.10.2007, CETS No. 201.

Council of Europe, First Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, *Vienna Declaration*, Decl(09/10/93), 09 October 1993.

Council of Europe, *Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby*, 11.05.1994, ETS No. 155.

Council of Europe, *Statute of the Council of Europe*, 5.5.1949, ETS No. 1.

Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention, CETS No. 194, *Explanatory Report as Adopted by the Committee of Ministers at its 114th Session on 12 May 2004*.

Second Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, *Final Declaration and Action Plan*, Strasbourg, CM(97)169, 10–11 October 1997.

Steering Committee for Human Rights Interim Activity Report, 26 November 2003.

e) Çeşitli Kaynaklar

Avrupa Konseyi İnternet Sitesi: “Structure”, <https://www.coe.int/en/web/about-us/structure>, 11.03.2021.

Cumhurbaşkanı Kararı, Karar Sayısı: 3718, Karar Tarihi: 19.03.2021, RG: 31429, 20.03.2021.

European Court of Human Rights, “Violations by Article and by State”, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf, 23.03.2021.

European Criminal Bar Association, *Portugal – “An analysis of minimum*

standards in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the EU”, JLS/D3/2007/01, <https://www.ecba.org/extdocserv/projects/JusticeForum/Portugal180309.pdf>, 31.03.2021.

Ministry of Interior Affairs of the Republic of Turkey, *Letter to Mr. Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights*, 6 July 2010.

Ministry of Justice of the Republic of Turkey, *Observations of the Ministry of Justice of the Republic of Turkey concerning the Memorandum of 7 October 2016 by the Council of Europe's Commissioner for Human Rights*, 31 October 2016.

Permanent Representation of Turkey to the Council of Europe Ambassador, *Letter to Mr. Nils Muižnieks*, 2013/33766324/1156831, 21 November 2013.

Vladimir Filat Prime Minister of the Republic of Moldova, *Reply to Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, 9 January 2012.

Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, Kanun No: 6352, RG: 28344, 5.7.2012.

İDARİ USULDE RESEN ARAŞTIRMA İLKESİ VE SUÇSUZLUK KARİNESİ: TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMUNUN AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİ İNCELEMESİNDE İSPAT YÜKÜ ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME

İsmail UÇAR*

Gökhan TÜRE**

ÖZ

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun "İspat yükü" başlıklı 21'inci maddesine göre; "Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali dolayısıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir." Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu idari faaliyet yürüttüğünden, söz konusu hükmün idari usul ilke ve kurallarına göre yorumlanması gerekir. Öncelikle emare, karine, ispat yükü gibi özel hukuka ait kavramların, idari usulde farklı bir kimliğe bürünmesi mümkündür. İdari usulde resen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, ilgililerin ispat yükünden söz edilmez. İdare maddi gerçeğe ulaşmak için gerekli inceleme ve araştırmaları kendiliğinden yapar.

İdari yaptırımlarda suçsuzluk karinesi geçerlidir. İdari suçlar bakımından da ceza hukukunda olduğu gibi, bir kimsenin en azından suçluluğundan emin olunmadan cezalandırılmaması gerekmektedir. Suçsuzluk karinesine birtakım istisnaların getirilmesi mümkün olsa da başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde ispat yükünün tümüyle karşı tarafa geçtiğini ve idarenin resen araştırma yükümlülüğünün sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Zira ispat yükünün paylaşılması ve ayrımcılığın ispatının kolaylaştırılması için suçsuzluk karinesine getirilen bu istisnanın katı bir şekilde uygulanması suçsuzluk karinesini tümüyle

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD/ ANKARA, **e-posta:** ismail.ucar@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0002-4378-0487

** **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD/ ANKARA, **e-posta:** memis.ture@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0002-2441-5636

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933629

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/04/2021

ortadan kaldıracak ve anlamsız hale getirecektir. Bu sebeple başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde ispat yükünün tümüyle karşı tarafa geçtiğinden değil; idarenin ispat yükünün hafiflediğinden bahsetmek gerekir.

Anahtar Kelimeler: *ayrımcılık yasağı, idari usulde ispat yükü, idari usulde resen araştırma ilkesi, suçsuzluk karinesi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu.*

PRESUMPTION OF INNOCENCE AND PRINCIPLE OF EX OFFICIO EXAMINATION IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE: AN ASSESSMENT ON BURDEN OF PROOF IN HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TURKEY'S EXAMINATION OF VIOLATION OF NONDISCRIMINATION

ABSTRACT

Pursuant to "Burden of Proof" titled Article 21 of the Law of Human Rights and Equality Institution of Turkey; "In the applications made to the Institution exclusively due to the violation of the prohibition of discrimination, when the applicant establishes the existence of strong indications and facts that create presumption about the truth of its claim, the other party must prove that it does not violate the prohibition of discrimination and the principle of equal treatment." While Human Rights and Equality Institution of Turkey conducts administrative operations, this provision must be interpret in accordance with principles and rules of administrative procedure. First of all, concepts of civil law such as indication, presumption, and burden of proof can take on different identity in administrative procedure. Since principle of ex officio examination applies to administrative procedure, burden of proof of parties is an example of misuse. The administration conducts necessary examinations and researches by itself.

Presumption of innocence applies to administrative sanctions. In terms of administrative crimes, as in the criminal law, a person should not be punished unless being sure of its guilt. Although it is possible to make some exceptions to the presumption of innocence, it can't be said that in the event that the applicant establishes the existence of strong indications and presumption of the truth of its claim the burden of proof is completely transferred to the other party and ex officio examination is ended. Since strict application of this exception that is enacted to share out burden of proof and to relief proving of discrimination will completely eliminate the presumption of innocence or make it meaningless. For this reason it must be accepted that establishing the existence of strong indications and facts that create presumption about the truth of applicants claim causes relieving of the burden of proof of the administration not the reversal of burden of proof.

Keywords: *prohibition of discrimination, burden of proof in administrative procedure, principle of ex officio examination in administrative procedure, presumption of innocence, Human Rights and Equality Institution of Turkey.*

GİRİŞ

Türk hukukunda, ayrımcılıkla mücadelede bir dönüm noktası teşkil eden 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (TİHEKK), genelde çalışma hayatının bir problemi olarak görülen ayrımcılık yasağı kavramına, ekonomik ve sosyal hayatın neredeyse tamamını kuşatıcı bir anlam kazandırmaktadır¹. Gerçekten de Kanun'un 5'inci maddesinde, 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ayrımcılık temelleri² üzerinden *eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetler, kamuya açık hizmetler* gibi kamu hizmetlerinin yanı sıra *kira sözleşmesi, satış sözleşmesi, üyelik sözleşmesi ve iş sözleşmesi* gibi özel hukuk sözleşmelerinde ayrımcılık yasaklanmaktadır.

Ayrımcılığın ispatı hususu, TİHEKK'in "İspat yükü" başlıklı 21'inci maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre; *"Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali dolayısıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir."* Bu hükümle ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla Kuruma yapılacak başvurularda "ayrımcılık karinesi"³ öngörülmesi amaçlanmıştır.

Ayrımcılığın ispatına ilişkin mevzuattaki diğer hükümler ile kıyaslandığında TİHEKK'in 21'inci maddesinin, ispat faaliyeti bakımından

¹ M. Gökhan Türe, "Sendikaların Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Gözetme Yükümlülükleri", 2019, 5(9), İş ve Hayat, s. 79.

² Söz konusu hükme göre; *"Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır."*

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı tarafından ayrımcılık yasağıyla ilgili Avrupa içtihadı üzerine hazırlanan El Kitabında, ayrımcılığın kendini genellikle açık ve kolayca tespit edilebilen bir şekilde göstermemesi ve doğrudan ayrımcılığın ispat etmenin çoğu zaman zor olması sebebiyle farklı muamelelerin korunan bir hukuki menfaate dayalı olduğunu ispat etmeyi kolaylaştırmak için, Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunda ispat yükünün paylaşılmamasına izin verildiği belirtilmektedir. Buna göre iddia sahibinin gösterdiği olgulardan hareketle, ayrımcılık meydana gelmiş olabileceği varsayılabilir ise aksini ispat etme yükü faile düşer. *"Bir iddiayı ispatlamak için gerekli bilgiler fail olduğu iddia edilen kişinin elinde bulunduğundan, ayrımcılık yasağı hukukunda ispat yükünün fail olduğu iddia edilen kişi ile paylaşılmasına izin verilir. İspat yükünü paylaşma ilkesi AİHS'de ve AB hukukunda iyice yerleşmiştir."* Bu şekilde iddia sahibinin yeterli olguları ortaya koymasıyla "ayrımcılık karinesi" ortaya çıkmaktadır. Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, 2010, s. 123 vd.

alışılmadık bir kural içermediği ve ayrımcılığın ispatı noktasında bir yenilik getirmediği söylenebilir. Zira Türk hukukunda ayrımcılığın ispatına ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, benzer şekilde kaleme alınan hükümler ile karşılaşılmaktadır⁴. Örneğin iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yasağı ihlalinin düzenlendiği 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin son fıkrasında "(i)şverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur." şeklindeki ispat kuralına yer verilmektedir. Yine sendikal nedenle ayrımcılık yasağının ihlalinin düzenlendiği 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin yedinci fıkrasında fesih dışındaki ayrımcılık hallerinin ispatına ilişkin benzer bir hüküm bulunmaktadır: "Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur."

Ayrımcılığın ispatını düzenleyen hükümler arasındaki bu benzerliğe rağmen TİHEKK'in 21'inci maddesinin, diğerlerinden önemli bir farkının bulunduğunu belirtmek gerekir. Diğer hükümler, taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu medeni yargılamaya ilişkinken; bu hüküm, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari usule ilişkin bir düzenlemedir. Daha açık bir ifadeyle, diğer hükümlerle ispat yükünün taraflara ait olduğu medeni yargılamada bu yükün hangi tarafça ve ne ölçüde üstlenileceği düzenlenirken; TİHEKK'in 21'inci maddesi ile ispat faaliyetinin bizzat idare tarafından yerine getirilmesinin gerektiği idari usulde, ispat yükünün taraflara yükletilmesine yol açılmaktadır. Bu haliyle söz konusu hüküm; bir yandan ayrımcılıkla etkin mücadele için bir kamu kurumu ihdas edilmesinin temelindeki amaçla çelişirken, diğer yandan idari usulde de varlığı kabul edilen "suçsuzluk karinesine" aykırılık taşıyan bir görünüme sahip olmaktadır. Gerçekten de hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, ayrımcılığa uğradığı iddiasındaki kimseye, ayrımcılık oluşturan olguları belli bir ölçüye kadar ispatlama yükümlülüğü getirildiği; bu ölçüdeki ispat gerçekleştiğinde ise ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen kimsenin suçsuzluğunu

⁴ İstisnai olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında sendikal nedenle fesihte ispat yükü tersine çevrilmektedir. İlgili hükme göre; "İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür."

ispatlamakla yükümlü tutulduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu nedenle ilgili hükmün idari usulde suçsuzluk karinesi ve resen araştırma ilkesi bağlamında özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (Kurum), 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun⁵ (TİHEKK) 8'inci maddesi ile kurulmuştur. Kurum, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun⁶ II sayılı cetvelinde özel bütçeli idareler arasında yer almaktadır. İdari ve mali özerkliğe sahip, kamu tüzel kişiliğini haiz Kurum, 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi⁷ ile Adalet Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir.

Kurum, idari teşkilat içerisinde, hizmet bakımından yerinden yönetimler arasında yer alan bir kamu kurumudur. Dolayısıyla Kurumun yürüttüğü faaliyet idari faaliyet; uygulayacağı usul de idari usuldür. TİHEKK'e göre Kurum, *“insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere”* kurulmuştur (m. 1). Bu kapsamda Kurumun görevlerinden biri de *“ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek”* tir (m. 9/1-g).

Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişinin Kuruma başvurusu mümkündür⁸. Kurumun, herhangi bir başvuru olmaksızın resen harekete geçme yetkisi de bulunmaktadır⁹. Başvuru

⁵ Resmi Gazete, Tarih: 20.04.2016, Sayı: 29690.

⁶ Resmi Gazete, Tarih: 24.12.2003, Sayı: 25326.

⁷ Resmi Gazete, Tarih: 15.07.2018, Sayı: 30479.

⁸ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI), 7 Numaralı Irkçılık ve Irksal Ayrımcılıkla Mücadelede Ulusal Yasalarla İlgili Genel Tavsiye Kararı'nda mağdurlara, mağdur temsilcilerine, sivil toplum kuruluşlarına, sendikalara ve benzeri kurumlara eşitlik kurumuna başvuru hakkı tanınması tavsiye edildiği halde (m. 24), 6701 sayılı Kanun'da sadece ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan kişilere başvuru hakkı tanınması eleştirilmektedir. Fatih Dügmeçi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 354.

⁹ İdari usulde asıl olan idarenin resen harekete geçmesidir. İdare görev alanıyla ilgili bir kabahatin işlendiği öğrendiğinde resen harekete geçmek zorundadır. İdareye yapılan başvurular, idareyi harekete geçirmeye yönelik usuli işlemler olarak değerlendirilebilir. Çınar Can

üzerine ya da resen harekete geçen Kurum, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen taraftan yazılı görüşünü sunmasını ister. Yazılı görüş için süre, istemin tebliğinden itibaren on beş gündür. Ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen tarafın yazılı görüşü başvuran tarafa tebliğ edilir. Başvuran tarafın, karşı tarafın yazılı görüşüne karşı kendi görüşünü on beş gün içinde Kuruma sunması istenir. Söz konusu süreler talep halinde Kurul Başkanı tarafından bir defaya mahsus olmak üzere on beş gün uzatabilir (m. 18). Kanun'da ayrıca duruşma benzeri bir usul de öngörülmüştür: "*Taraflara talepleri hâlinde Kurul önünde ayrı ayrı sözlü açıklama yapma hakkı tanınabilir.*" (m. 18).

Görüşlerin alınmasıyla birlikte Başkan, incelemenin özelliğine göre, talep üzerine veya resen, tarafları uzlaşmaya davet edebilir. Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında ilgili rapora ilişkin müzekkere yirmi gün içinde Kurula sunulur. Bunun üzerine Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verir (m. 18).

Kuruma mevzuatla verilen inceleme, araştırma, ziyaret ve rapor hazırlama görevleri ile diğer görevler kurum insan hakları ve eşitlik uzmanları, insan hakları ve eşitlik uzman yardımcıları ve Başkan tarafından görevlendirilen diğer Kurum personeli tarafından yerine getirilmektedir (m. 19/1). Kurum personeli, "*Başkanın yetkilendirmesi hâlinde, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden ilgili bilgi ve belgeleri istemeye, incelemeye ve bunların örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerleri ziyaret etmeye, buralarda inceleme yapmaya ve gerekli tutanakları düzenlemeye, kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişi ya da kişilerle görüşmeye*" yetkili kılınmıştır (m. 19/2). Kanun, Kurumun bu yetkilerini kullanabilmesi için kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilere, Kurumun ziyaretlerini kolaylaştırmak ve taleplerini gecikmeksizin yerine getirmek zorunluluğu yüklemektedir (m. 19/2).

Kanun, Kuruma bilirkişi görevlendirme ve tanık dinleme yetkileri de vermektedir. Buna göre inceleme ve araştırma yapılan ve ileri derecede teknik ve mali uzmanlık bilgisi gerektiren konularla ilgili olarak, Başkan ya da Kurul tarafından bilirkişi görevlendirilebilir (m. 20/1). Ayrıca inceleme ve araştırma

Evren, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Savaş Yayinevi, Ankara, 2020, s. 261. Bu sebeple Kuruma başvuran kişi ayrımcılık yasağı ihlalden zarar görmemiş olsa bile iddianın araştırılması gerekiyorsa Kurum resen harekete geçme yetkisini kullanmalıdır.

konusuyla ilgili olarak gerek görülmesi hâlinde Kurul ve inceleme ve araştırma yapmaya yetkili Kurum personeli, tanık veya ilgili kişileri dinleyebilir (m. 20/3). Kurum idari faaliyet yürütüyor olsa da Kurumun inceleme usulü, görev ve yetkileri göz önüne alındığında, yürütülen faaliyet “maddi anlamda” yargılama benzeri bir idari faaliyettir.

İnceleme ve araştırmanın sonucunda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin ortaya konulması halinde Kuruma idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir. TİHEKK’in 25’inci maddesinin birinci fıkrasına göre;

“Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.”

Görüldüğü gibi ayrımcılık yasağının ihlal edildiği tespit edildiğinde Kurum idari yaptırım uygulamak konusunda bağlı yetkiyle bağlanmıştır. Kurumun idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin bir diğer önemli husus, yaptırım uygulanacak kişilerdir. Kurum, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi halinde gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin aleyhine idari yaptırım uygulayabileceği gibi aynı zamanda ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik olarak da idari yaptırım uygulayabilmektedir. Bu durum bir idarenin, (bu denli geniş ölçüde) başka idarelere¹⁰ karşı kamu gücü kullanabildiği, alışılmışın dışında bir örnek teşkil etmektedir¹¹.

İdari para cezasının idare aleyhine uygulanması halinde ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren, kamu

¹⁰ Kurumun denetim kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşları için bkz. Düğmeci, s. 343 vd.

¹¹ Örneğin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda, kabahat olarak öngörülen eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde idari para cezalarının veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacağı öngörülmektedir (m. 18/2). Başka bir deyişle bu eylemler idarede gerçekleşmiş olsa da yaptırım sorumlu kamu görevlisine uygulanacaktır. Ancak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu doğrudan sorumlu idareye para cezasını uygulayabilmekte; hakkında yaptırım uygulanan idare ise sonradan sorumlu kamu görevlisine rücu etmektedir. Zor kullanma tekelini elinde bulunduran devletin, kamu gücünü yine kendisine karşı kullanması aslında katı ve geleneksel kamu gücü anlayışıyla uyumsuzdur. Bu bakımdan devletin kendi kendini sınırlandırması ve idarenin hukukla bağlanması açısından bu durumun olumlu bir adım olduğu söylenebilir.

kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir (m. 25/2).

Kanun'da, Kurum kararlarına karşı açılacak davalarda görevli yargı düzenine ilişkin özel bir hüküm bulunmamakta; hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu¹² hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir (m. 25/6). Bu sebeple Kurum tarafından verilen idari para cezalarına karşı kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir (5326 sayılı Kanun m. 27/1)¹³. Kurumun idari para cezası ile birlikte idari yargının görev alanına giren ayrı bir karar vermesi veya idari para cezası dışında (incelenemezlik kararı, gerekçeli kabul edilmezlik kararı, ret kararı, karar verilmesine yer olmadığına dair karar ve uyarı cezası gibi) bir karar vermesi hallerinde ise genel dava açma süresi içerisinde yetkili idare mahkemesine başvurulması gerekmektedir¹⁴.

¹² Resmî Gazete, Tarih: 31.03.2005, Sayı: 25772.

¹³ Bununla birlikte Kurum, şaşırtıcı şekilde, uzun bir süre verdiği idari para cezası kararlarına karşı başvuru yolu olarak Ankara idare mahkemelerini (kararın tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde) göstermiştir. (Bkz. Kurumun yayımladığı kararlardan; 11.02.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/3404, Karar: 2020/26 numaralı karar; 14.01.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/2428, Karar: 2020/8 numaralı karar; 10.09.2019 tarihli ve Başvuru: 2019/480, Karar: 2019/54 numaralı karar; 19.11.2019 tarihli ve Başvuru: 2019/2118, Karar: 2019/64 numaralı karar; 05.03.2019 tarihli Başvuru: 2018/3663, Karar: 2019/15 numaralı karar; 15.10.2018 tarihli ve Karar: 2018/97 numaralı resen inceleme kararı; 27.06.2018 tarihli ve Başvuru: 2017/2939, Karar: 2018/69 numaralı karar.) Kurum kararlarında yer alan bu husustaki karşı oylardan, Kurul üyeleri arasında fikir ayrılıklarının olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple olsa gerek, kurum daha sonraki birçok kararında bu kez de hiçbir başvuru yolu ve süresi göstermemiştir. (Bkz. 11.08.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/3031, Karar: 2020/176 numaralı karar; 01.07.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/4063, Karar: 2020/150 numaralı karar; 16.06.2020 tarihli ve Başvuru: 2020/378, Karar: 2020/142 numaralı karar; 16.06.2020 tarihli ve Başvuru: 2020/277, Karar: 2020/143 numaralı karar.) Amaçlarından biri de “*insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi*” olan bir kurumun Anayasal bir yükümlülüğü (Anayasa m. 40/2) yerine getirmemesi kabul edilebilir bir durum değildir. Nihayet Kurum son dönemde, idari para cezası uygulanmasına ilişkin kararlarında, bu kez doğru başvuru yolu ve süresini göstermekte; “*karara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde Ankara Sulh Ceza Mahkemelerinde yargı yoluna başvurulabileceği*”ne hükmetmektedir. (Bkz. 25.08.2020 tarihli ve Başvuru: 2020/363, Karar: 2020/182 numaralı karar; 08.09.2020 tarihli ve Başvuru: 2020/397, Karar: 2020/193 numaralı karar; 22.09.2020 tarihli ve Karar: 2020/198 numaralı resen inceleme üzerine alınan karar.)

¹⁴ Kurum da bu yöndeki kararlarında “*karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yoluna başvurulabileceği*”ni belirtmektedir. Örneğin bkz. 14.04.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/2932, Karar: 2020/107 numaralı kabul edilmezlik kararı; 25.08.2020 tarihli ve Başvuru: 2020/945, Karar: 2020/183 numaralı idari

B. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemede İspat Yükü

TİHEKK'in 21'inci maddesine göre; “*Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.*” Lafzından da anlaşılacağı üzere TİHEKK m. 21 hükmü, yalnızca *ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurular* bakımından bir anlam taşımaktadır; dolayısıyla Kurumun ayrımcılık yasağının ihlaline yönelik resen harekete geçtiği durumlar, idari usulün genel rejimine tabi olup, bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır¹⁵.

Madde gerekçesinde, ayrımcılık yasağının ihlali nedeniyle Kuruma yapılan başvurular bakımından ispat yükünün paylaşılması ilkesinin benimsendiği belirtilmektedir. Başka bir deyişle hükmün gerekçesine göre ispat yükü esas olarak iddia sahibine yükletilmekte; ancak iddia sahibinin kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyması durumunda ispat yükü karşı tarafa geçmektedir¹⁶.

Söz konusu düzenleme birçok açıdan incelemeye değerdir. Bir kere idari teşkilat içerisinde yer alan ve idari faaliyet yürüten Kurum, idare hukuku kural ve ilkelerine göre hareket edecektir. İdari usulde, idari yargılama usulünde de geçerli olan resen araştırma ilkesi geçerlidir. İdare, idari işlem tesis etmeden önce gerekli tüm inceleme ve araştırmayı kendisi yapar. Bu sebeple ispat yüküne ilişkin yukarıdaki hükmün resen araştırma ilkesine göre değerlendirmesi gerekmektedir. Ayrıca “kuvvetli emareler ve karine oluşturan olgular” gibi ifadeler idare hukukuna yabancı sayılabilecek niteliktedir. Bu

para cezasının uyarı cezasına dönüştürülmesi yönündeki karar; 25.08.2020 tarihli ve Başvuru: 2020/945, Karar: 2020/183 numaralı idari para cezasının uyarı cezasına dönüştürülmesi yönündeki karar; 14.01.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/40296, Karar: 2020/10 numaralı incelenemezlik kararı; 25.08.2020 tarihli ve Başvuru: 2020/945, Karar: 2020/183 numaralı idari para cezasının uyarı cezasına dönüştürülmesi yönündeki karar; 11.02.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/4173, Karar: 2020/25 numaralı ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği yönündeki karar.

¹⁵ Aynı yönde bkz. Canan Ünal, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 430.

¹⁶ Hükmün gerekçesi şu şekildedir: “*Madde ile, ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla Kuruma yapılacak başvurularda ispat yükünün paylaşılması ilkesi benimsenmekte, iddia sahibinin kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyması durumunda ispat yükünün ayrımcılık yaptığı iddia edilen tarafa geçmesi hükmüne bağlanmaktadır.*”

sebeple daha çok özel hukukta anlam bulan “emare”, “karine” gibi kavramların idare hukuku ilkelerine uygun biçimde ele alınması gerekmektedir. Kurum, yaptığı inceleme ve araştırma neticesinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna vardığında idari yaptırım uygulamaktadır. İdari yaptırımlar her ne kadar idare hukukuna tabi olsa da özünde cezalandırma niteliği barındırdığı için, ceza hukuku ilkelerinin de geçerli olduğu bir alandır. Bu sebeple ispat yüküne ilişkin hüküm suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi bakımından da incelenmeye muhtaçtır. Ancak hükmün idare hukuku kural ve ilkeleri bağlamında incelenmesinden önce ispat faaliyeti bakımından taşıdığı anlam üzerinden durulması gerekmektedir.

1. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda Öngörülen Hükümün İspat Faaliyeti Bakımından Anlamı

İspat doktrinde; *“ taraflarca iddia edilen talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olarak, iddia edildiği gibi gerçekleştiği hususunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyeti”*¹⁷ olarak tanımlanmaktadır. İspat faaliyetinin başarılı sayılması noktasında hâkimde uyandırılması gereken kanaatin derecesi önem taşımaktadır. Hâkimde uyandırılması gereken kanaatin derecesi, ispat ölçüsü esas alınarak belirlenmektedir¹⁸. İspat ölçüsü bakımından kural olarak tam ispat aranmaktaysa da tam ispatın hiçbir durumda doğa bilimlerinde olduğu gibi mutlak kesinlik şeklinde gerçekleşmesi gerekmemekte; insan algıları kapsamında ulaşılabilir olan en yüksek ihtimal derecesi tam ispat için yeterli gelmektedir¹⁹. Ayrıca bazı istisnai durumlarda, ispatın ölçüsü düşürülmekte ve tam ispat gerçekleşmemesine rağmen, somut vakıaların iddia edildiği şekilde gerçekleştiği hususunun kuvvetli bir ihtimal derecesinde ortaya konulması halinde de ispat faaliyetinin yerine getirildiği kabul edilmektedir²⁰.

İspat ölçüsünün düşürülmesi hususu, yaklaşık ispat kurumu çerçevesinde gerçekleşebilmektedir. Yaklaşık ispat, genellikle hâkimin acele karar vermesi gereken hâller ile delil ikamesinin önemli ölçüde zor olduğu hallerde dikkate

¹⁷ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 322.

¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 349.

¹⁹ Alexandra Jungo, “Art. 8 ZGB”, in *Zürcher Kommentar*, 3. Auflage, Zürich, 2018, N. 142-143.

²⁰ Jungo, N. 144.

alınan bir ispat ölçüsü olup²¹, bu yöntem niteliği bakımından dava olmayan, birtakım usuli taleplerin kabul edilmesi noktasında mahkemece incelenmesi gereken maddi şartların ispatında kullanılmaktadır²². Örneğin ihtiyati tedbire ilişkin ispatın düzenlediği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun²³ 390'ncü maddesinin üçüncü fıkrasında, yaklaşık ispat kurumuna yer verildiği görülmektedir. Söz konusu hükme göre; “*Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.*”

Yaklaşık ispat kurumunun niteliği dikkate alındığında TİHEKK'in 21'inci maddesinde düzenlenen hususun, yaklaşık ispat kurumu çerçevesinde açıklanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira TİHEKK'in 21'inci maddesinde düzenlenen ispat faaliyetinin konusunu, uyumsuzluğun esası oluşturmaktadır.

İspat ölçüsünün düşürülmesi ikinci olarak ispat kolaylıkları kavramı kapsamında karşımıza çıkmaktadır. İspat kolaylıkları kavramı; ispat yükünün tersine çevrilmesi, delil gösterme hususunda kolaylık sağlanması, ispat yükünün paylaşılması gibi çeşitli hususları içeren bir üst kavramdır²⁴. İspat güçlüklerinin bulunduğu durumlarda tanınan ispat kolaylıklarının geri planında çeşitli gerekçeler bulunmaktadır²⁵. Bu anlamda ispat imkânsızlıklarının ya da güçlüklerinin aşılması, delillerin karartılması ihtimalinin bulunması veya taraf davranışlarının ispat vasıtası olması yahut taraflardan birisinin delile ulaşmasının daha kolay olması gibi özel durumlarda ispat kolaylıklarının tanındığı görülmektedir²⁶.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin ispatının hemen her olayda, güçlük teşkil ettiği açıktır; bilhassa doğrudan ayrımcılık²⁷ günümüzde oldukça örtülü bir biçimde gerçekleşmekte,

²¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 351.

²² Hakan Albayrak/ Ertuğrul Yuvalı, “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, 2012, 9(34), Legal İSGHD, s. 78.

²³ Resmi Gazete, Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

²⁴ Manfred Lepa, “Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht”, 1992, NZV, s. 129.

²⁵ Jungo, N. 145.

²⁶ Lepa, s. 129.

²⁷ TİHEKK'te düzenlendiği üzere günümüzde pek çok ayrımcılık türünden bahsedilebilmekteyse de bunların temelde iki ayrımcılık türünün özel görünümüleri olduğu söylenebilmektedir: doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık. TİHEKK'in 2'nci maddesinin birinci fıkrasının “d” bendine göre doğrudan ayrımcılık, “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış*

ayrımcılık yasağını ihlal eden kimsenin bu ayrımcı saiki nadiren dış dünyaya aksetmektedir²⁸. Nitekim Kuruma göre de “*Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin kanıtlanması, ayrımcılık kendini açık ve kolayca tespit edilebilen bir şekilde göstermediğinden; çoğu durumda ayrımcılığa uğradığı iddiasında bulunan kişinin, söz konusu iddiasını kanıtlayacak imkân ve araçlara sahip olması mümkün olmadığından oldukça güçtür.*”²⁹ Bu nedenle kanaatimizce TİHEKK’in 21’inci maddesinde, ispat kolaylığının sağlanması amaçlanmaktadır³⁰.

Buna göre TİHEKK’in 21’inci maddesi, ispat hukuku bakımından ispat faaliyetinin güçlük arz ettiği durumlarda “*ispat yükünün ters çevrilmesine kadar ispat kolaylığının sağlanması (Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr)*” formülünün³¹ özel bir görünüm biçimini teşkil etmektedir. Böylelikle ayrımcılığın ispatı hususunda yaşanan ispat zorluklarının aşılması için tam ispattan vazgeçilerek ispat ölçüsü düşürülmektedir³². Başka bir deyişle ayrımcılık yasağının ihlalinin salt bir ihtimal olmaktan çıkarak önemli bir ağırlığa ulaştığı olaylarda³³, bu “kuvvetli

hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi”; “e” bendine göre ise dolaylı ayrımcılık, “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını*” ifade etmektedir.

²⁸ Evelyn Ellis/Philippa Watson, EU Anti-Discrimination Law, 2. Edition, United Kingdom, 2012, s. 144; Andreas Stein, “Die Beweislast in Diskriminierungsprozessen – ein unbekanntes Wesen?”, 2016, NZA, s. 849.

²⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 11.08.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/3031, Karar: 202/176 numaralı karar, para. 44.

³⁰ Ayrımcılığın ispatına ilişkin benzer nitelikteki hükümleri aynı şekilde nitelendiren bir görüş için bkz. Albayrak/Yuvalı, s. 90. Alman hukukundaki benzer nitelikteki hükmü (AGG § 22) aynı şekilde nitelendiren bir görüş için bkz. Stein, s. 849.

³¹ Formül hakkında detaylı bilgi için bkz. Hans-W. Laumen, “Die ‘Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr’- Ein beweiserrechtliches Phaenomen”, 2002, NJW, s. 3739 vd.; Lepa, s. 129 vd.

³² Albayrak/Yuvalı, s. 79. Alman hukukunda benzer hükme (AGG § 22) ilişkin aynı yönde görüş için bkz. Peter A. Windel, “Der Beweis diskriminierender Benachteiligungen”, 2007, RdA, s. 2.; Monika Schlachter, AGG § 22, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg. Rudi, Müller-Glöge/Ulrich, Preis, Ingrid, Schmidt), 21. Auflage, Beck, Münih 2021, Rn. 1. Doktrinde aksi yönde bir görüş, ispat ölçüsünün düşürülmediğini, yine de tam ispatın arandığını; burada düzenlenenin dolaylı ispat olduğunu belirtmektedir. ÜnaL, s. 417.

³³ Erfk/Schlachter, AGG § 22, Rn. 3; Gregor Thüsing, AGG § 22, in Münchener Kommentar

ihtimalin” gerçekleştiği ispatlandığı ölçüde ispat faaliyetinin yerine getirildiği kabul edilmektedir. Artık bu andan itibaren karşı tarafın ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispatlaması gerekmekte, aksi takdirde bu kimsenin ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine hükmedilmektedir. Karşı tarafın ispat faaliyeti, “*aksini ispat*” faaliyeti olup, üç şekilde ispat olanağı bulunmaktadır. Karşı taraf; i) ayrımcılık yapmadığını, ii) ayrımcılık yapmakla beraber bunun haklı kılınması için gerekli bir hukuki sebebin bulunduğunu ya da iii) yapılan ayrımcılığın TİHEKK’in 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ayrımcılık temelleri ile ilgisinin bulunmadığını ortaya koyarak, ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispatlayabilir³⁴. Ayrıca karşı taraf için aranan ispatın ölçüsü, ayrımcılık mağduru olduğunu iddia eden kişiden farklı olarak tam ispattır. Başka bir deyişle karşı tarafa herhangi bir ispat kolaylığı sağlanmamaktadır³⁵.

İçeriği bakımından TİHEKK’in 21’inci maddesi kapsamındaki ispat faaliyeti, dolaylı ispat niteliği taşımaktadır³⁶. Zira bu madde uyarınca ispat faaliyeti, “*kuvvetli emareler ile karine oluşturan olgular*” vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Emare ile kastedilen, kanıtlanması gereken esas vakıa hakkında dolaylı çıkarım yapılmasına olanak tanıyan vakıalardır (*komşu vakıalar*)³⁷. Fiili karineler³⁸ ise hâkimin genel yaşam deneyimlerinden yola çıkarak, varlığı bilinen bir olgudan, varlığı bilinmeyen olgular hakkında çıkardığı sonuçlardır³⁹. Bu bağlamda ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden taraf, emare niteliği taşıyan komşu vakıaların varlığını ispatlayarak veya hayatın olağan akışına dayalı olarak ispat faaliyetini gerçekleştirebilmektedir⁴⁰. Başka bir deyişle ayrımcılığa uğradığını iddia eden kimse, emare ve fiili karineler yardımıyla somut olayın arz ettiği genel görünümü ve bu genel görünümün hayatın olağan akışında bulunan tipikliğe uygunluğunu

zum BGB, Band 1 (Hrsg. Franz Jürgen Saecker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg), 8. Auflage, C. H. Beck, Münih 2018, Rn. 2; Windel, s. 3; Lepa, s. 133.

³⁴ Windel, s. 6, 8; Mükobgb/Thüsing, AGG § 22, Rn. 3.

³⁵ Mükobgb/Thüsing, AGG § 22, Rn. 24.

³⁶ Erfk/Schlachter, AGG § 22, Rn. 2.

³⁷ Windel, s. 4.

³⁸ Karineler, fiili karineler ve kanuni karineler olarak ikiye ayrılıyorsa da, TİHEKK’in 21’inci maddesinde “karine oluşturan olgular” ifadesi kullanıldığından hükümde yalnızca fiili karinelere atıf yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

³⁹ Jungo, N. 269; Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, 2013, 62(3), AÜHFHD, s. 744.

⁴⁰ Albayrak/Yuvalı, s. 81; Stein, s. 851.

ispatlamaktadır⁴¹. Böylelikle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini gösteren emarelerin ispatlanması veya karinelerin açıklanması suretiyle genel yaşam deneyimlerine göre ayrımcılığın kuvvetli ihtimalle vuku bulduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴².

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere emareler ile fiili karinelerin ispat faaliyeti bakımından birbirlerinden farklı nitelikte oldukları söylenebilmektedir; zira emarelerin ispatlanması gerekirken, fiili karinelerin yalnızca açıklanması yeterlidir⁴³. Bu bakımdan TİHEKK'in 21'inci maddesinin hem emare ispatına hem de ilk görünüş ispatına⁴⁴ ilişkin özellikleri bünyesinde barındırdığı söylenebilmektedir.

Gerek emareler gerekse fiili karineler, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi kavramı kapsamında yer almaktadır⁴⁵. Ancak zaten resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari usulde, delillerin serbestçe değerlendirilmesi geçerlidir. Dolayısıyla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği noktasında ihlal iddiasıyla başvuran kimsenin ortaya koyduğu emareler ve fiili karineleri serbestçe değerlendirip, ihlalin olup olmadığı sonucuna ulaşacaktır. Yine de ayrımcı iş ilanları, karşı tarafın ayrımcı açıklamaları, işe alım sürecinde karşı tarafın şüpheli davranışları, uygun istatistik veriler gibi emarelerin varlığı halinde, ayrımcılık yapıldığının kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁶. Bu takdirde ancak ayrımcılığın haklı kılınması için geçerli bir hukuki sebebin bulunduğu⁴⁷ veya yapılan ayrımcılığın TİHEKK'te düzenlenen ayrımcılık temelleri ile bir ilgisinin bulunmadığının anlaşılması halinde ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğinden söz edilebilir.

⁴¹ Lepa, s. 131; Erfk/Schlachter, AGG § 22, Rn. 3. Yargıtay'ın bir kararında bu husus şöyle ifade edilmektedir: “Somut olayda davacı işçi dövülmüş, rapor sonrası işe geldiğinde huzursuz edilmiştir. Davacının dövülmesinden sonra işyerinde huzursuz edildiği, davacı tanığı ve olayların tipik akışı göstermektedir.” Yargıtay, 9. HD., 14.03.2008, E. 2008/3122, K. 2008/4922, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴² Mükobgb/Thüsing, AGG § 22, Rn. 11.

⁴³ Windel, s. 4.

⁴⁴ İlk görünüş ispatında, genel yaşam deneyimleri, hayat tecrübeleri ve bilhassa hayatın olağan akışına göre, bir vaka iddiasının ancak öyle gerçekleşmiş olabileceği ve ilk görüldüğü şeklinin kabulü esas alınmaktadır. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 356.

⁴⁵ Roger Peter Morf, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Staempfli, Bern, 2011, N. 197; Windel, s. 8.

⁴⁶ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Windel, s. 6 vd.; Erfk/Schlachter, AGG § 22, Rn. 4 vd.; Ünal, s. 420 vd.

⁴⁷ Erfk/Schlachter, AGG § 22, Rn. 2.

Konuya ilişkin yargı kararlarına bakıldığında, ayrımcılık yasaklarına ilişkin normatif düzenlemelerin uzun bir süre boyunca esas olarak iş ilişkileri eksenli olmasının bir sonucu olarak ayrımcılığın ispatı hususunda Yargıtay'ın iş davalarına bakmakla görevli dairelerinin yerleşik içtihatlar geliştirdiği görülmektedir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kararlarında da zaman zaman Yargıtay içtihatlarına atıf yapıldığı görülmektedir⁴⁸. Yargıtay tarafından gerek “*hastane kayıtları ve raporlar*”⁴⁹, “*tanık beyanları*”⁵⁰, “*sağlık raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları*”⁵¹, “*işten ayrılma belgesi, doktor raporu ve tanık beyanları*”⁵² gibi delillerle ispatlanan komşu vakıalar (*emareler*) gerekse ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden kimsenin anlattığı olay örgüsü (*fiili karineler*) ispat faaliyeti bakımından esas alınmaktadır. Bu emareler ile karine oluşturan olguların “*tutarlılık*” denetimine tabi tutulması sonucunda ise ayrımcılık yasağının ihlalinin kuvvetli bir ihtimal olup olmadığı tespit edilmektedir⁵³. Buna göre emarelerin kuvvetli olması veya davacının iddia ve anlatımlarında tutarlılık, samimiyet ve bütünlüğün bulunması halinde, ispat faaliyetinin başarılı bir şekilde yerine getirildiği kabul edilmekte ve ispat yükü tersine çevrilmektedir.

⁴⁸ Örneğin bkz. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 14.01.2020 tarihli ve Başvuru:2019/2428, Karar: 2020/8 numaralı karar, para. 72.

⁴⁹ “*İşverenin, fesih itibarıyla doğumdan haberdar olduğu dosyada bulunan 10.07.2013 tarihli yazı, hastane kayıtları ve raporlardan anlaşılmaktadır. Şu halde, davacı, iş sözleşmesinin doğum sebebiyle feshedildiğini gösteren olguları güçlü biçimde ortaya koyduğu halde, işverence feshin makul veya meşru bir sebebe dayandığı somut delillerle ispatlanamamıştır.*” Yargıtay, 22. HD., 27.03.2018, E. 2015/28332, K. 2018/7866, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁰ Ancak tanık beyanlarının doğrudan görgü ve bilgiye dayanmayıp, genel olarak davacıdan duyuma dayalı olduğunda mahkemece itibar edilmemektedir. Örneğin bkz. Yargıtay, 9. HD., 11.12.2018, E. 2016/16456, K. 2018/22875, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵¹ “*(...) tanık beyanları, sağlık raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları ve diğer tüm deliller değerlendirildiğinde mobbing iddasının yeterli delillerle ispat edildiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay, 22. HD., 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵² Yargıtay, 9. HD., 01.04.2011, E. 2009/8046, K. 2011/9717, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵³ “*İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlılık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir.*” Yargıtay, 9. HD., 17.02.2020, E. 2016/12989, K. 2020/2304; Yargıtay, 9. HD., 11.12.2018, E. 2016/16456, K. 2018/22875; Yargıtay, 9. HD., 31.10.2017, E. 2015/32558, K. 2017/17092; Yargıtay, 9. HD., 05.04.2012, E. 2010/1911, K. 2012/11638; Yargıtay, 9. HD., 01.04.2011, E. 2009/8046, K. 2011/9717. “*(...) davacının işyerinde yaşadıklarını ‘Olaylar’ başlığı altında kaleme aldığı, sözkonusu yazıda tutarlılık, samimiyet ve iddia edilen hususlarla bir bütünlük görüldüğü, bu hususların mobbing teşkil ettiği tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.*” Yargıtay, 22. HD., 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kararları incelendiğinde işe alım sürecinde karşı tarafın şüpheli davranışları⁵⁴, ihlal iddiası ile başvuran kişi tarafından aktarılan olay örgüsü⁵⁵ gibi emare ve karinelerin ispat faaliyetleri bakımından esas alındığı ve Yargıtay tarafından kullanılan tutarlılık denetiminin Kurum kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Örneğin bir Kurul kararında, “başvuranın dilekçesinde, kiminle ne tarihte görüşme gerçekleştirdiğine, görüşme içeriğine dair detaylı bilgi vermesinin” ispat yükünün tersine çevrilmesi için yeterli olduğu kabul edilmiştir⁵⁶. Kurumun başka bir kararında ise “ilk başvuru dilekçesinde yer verilmeyen ve kendisini destekleyebilecek herhangi bir bilgi ve unsur bulunmayan iddiaların”, ispat yükünün tersine çevrilmesine olanak sağlamayacağı ifade edilmiştir⁵⁷.

⁵⁴ “Başvuru konusu olayda, başvuran iş teklifinin Muhatap 2 tarafından yapılmasına rağmen görüşmede gebe olduğunu belirtmesinin ardından kendisine yönelik tavrın değiştiğini ve dilekçesine ek ses kaydında da bulunduğu üzere ‘Aaa! Bir saniye bekleteceğim. Hemen uzmanımıza danışıyorum.’ ve ‘Biz daha sonra sizi sürece dahil edelim.’ söylemleri ile karşılaştığını ve bir daha kendisine geri dönüş yapılmadığını iddia ederken (...) Başvuranın sunduğu ve çözümü yaptırılan ses kaydındaki konuşmalardan başvurana Sivas Müşteri Temsilciliği pozisyonu için teklifte bulunduğu, ancak başvuranın gebe olduğunu belirtmesinin ardından ‘Biz daha sonra sizi sürece dahil edelim.’ Söylemlerinden ve görüşmenin sonlandırılmasından başvuranın işe alım sürecini kendi isteğiyle sonlandırdığı açıklamalarının ikna edici olmadığı ve başvuranın gebe olması nedeniyle işe alınmadığı anlaşılmaktadır.”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 11.08.2020 tarihli, Başvuru: 2019/2428, Karar: 2020/8 numaralı karar, para. 74-75.

⁵⁵ “Başvuran dilekçesinde, kiminle ne tarihte görüşme gerçekleştirdiğine, görüşme içeriğine dair detaylı bilgi vermiştir.” Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kurul Kararı, 11.08.2020, 2019/3031, Karar Numarası: 2020 / 176, para. 37.

⁵⁶ “Başvuran dilekçesinde, kiminle ne tarihte görüşme gerçekleştirdiğine, görüşme içeriğine dair detaylı bilgi vermiştir. Muhatap yazılı görüşünde (...) şirketin iş görüşmelerini ne şekilde gerçekleştirdiğine, başvuru dilekçesinde ismi geçen kişilerin şirkette çalışıp çalışmadıklarına, bahse konu olayın kendileri açısından ne şekilde gerçekleştiğine dair hiçbir bilgi vermemiştir.”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 11.08.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/3031, Karar: 2021/176 numaralı karar, para. 37.

⁵⁷ “Öte yandan başvuranlar; ikinci dilekçelerinde okul idaresinin öğrenciyeye ‘Sen engellisin, senin okuman yazman yok, seni nereye alalım?’ şeklinde ifadeler kullandığı ve öğrenciyeye karşı olumsuz tutumları olduğu iddialarında da bulunmuştur. 6701 sayılı Kanununun 21’inci maddesine göre; başvuranların iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde ispat yükü yer değiştirmektedir. Ancak, somut olayda başvuranlar söz konusu iddialarına ilk dilekçelerinde hiç yer vermediği gibi dosya üzerinden yapılan incelemede bu iddiaları destekleyebilecek herhangi bir bilgiye veya unsura da rastlanılmamıştır.”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 01.07.2020 tarihli ve Başvuru: 2019/4063, Karar: 2020/150 numaralı karar, para. 36.

2. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda Öngörülen Hükümün İdari Usul Bakımından Anlamı

İdare hukuku genç bir hukuk dalıdır. Bu sebeple diğer hukuk dallarındaki kavram ve kurumlardan sıklıkla yararlanır. İdare hukuku genç bir hukuk dalı olmasının yanı sıra aynı zamanda diğer hukuk dallarına bağımlı olmayan özerk bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla diğer hukuk dallarındaki kavram ve kurumlardan yararlanma, idare hukukunun kendi bünyesinde taşıdığı özellikler dikkate alınarak gerçekleştirilir⁵⁸. Başka bir deyişle, *“idare hukuku hukukun diğer branşlarındaki kaynaklardan beslenir ve fakat besinleri kendi kaynağındaki anlamın dışında kendi özgünlüğü içinde sindirir.”*⁵⁹

Bu hususa ilişkin olarak “hukuka uygunluk karinesi” önemli bir örnektir. Hukuka uygunluk karinesi, idari işlemin aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilmesi anlamına gelir. Bununla birlikte idari yargılama hukukunda, işleme karşı dava açıldığında ispat yükünün davacı üzerinde olduğu kabul edilemez. Danıştay, somut bilgi ve belgelere dayandırılmaksızın tesis edilen olumsuz sicil işleminin iptali istemiyle açılan bir davada ispat yükünün idarede olduğuna hükmetmiştir⁶⁰. Bu bakımdan özel hukukta karineler ispat yüküne ilişkin önemli işlevler görürken, hukuka uygunluk karinesinin idari yargılama usulünde ispat yüküne ilişkin bir etkisi bulunmamaktadır⁶¹. Dolayısıyla özel hukukta kavram ve kurumlara yüklenen anlam ve bunların sonuçları ile idare hukukundakiler farklılık arz etmektedir. Bu sebeple Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun ayrımcılık yasağının ihlali incelemesinde ispat yükü sorununu incelemek için idari usulde resen araştırma ilkesi ve idari yaptırımlarda suçsuzluk karinesinin ele alınması gerekmektedir.

⁵⁸ E. Ethem Atay, İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 41-43.

⁵⁹ E. Ethem Atay, “İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, 2007, 11(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 527.

⁶⁰ Danıştay, 2. D., 31.01.2005, E. 2004/6213, K. 2005/329, aktaran, Melikşah Yasin, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 92.

⁶¹ İsmail Uçar, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, 2016, 20(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 365. Dupuis'e göre, işlemi tesis eden her zaman idare olduğundan uyumsuzluğa ilişkin bilgi ve belgelerin de her zaman idarede bulunması ve ilgili dosyanın mahkemenin talebiyle idarece sunulması hususları göz önüne alındığında, ilgilinin idari işlemin hukuka aykırılığını ispatla yükümlü olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Yazara göre idari yargıda idarenin her zaman davalı konumunda bulunması olgusu, zaman zaman ispat yüküne ilişkin yanıltıcı düşünceleri ortaya çıkarmaktadır. Georges Dupuis, Les Privilèges de l'Administration, Thèse de Doctorat, Université de Paris, 1962, s. 208-209.

a. Bir İdari Usul İlkesi Olarak Resen Araştırma

Resen araştırma ilkesi, genel idari usul kanunu bulunan ülkelerin genelinde kanuni dayanağı olan bir ilke olarak yer almış; Kıta Avrupası'ndaki diğer ülkelerde ise idare organının yapısı gereği geniş bir uygulama alanı bulmuştur⁶². Türkiye'de genel bir idari usul kanunu mevcut olmadığından, idari usulde resen araştırma ilkesinin geçerliliğine dair genel bir kanuni dayanak bulunmamaktadır⁶³.

İdari yargılama usulüne hâkim olan resen araştırma ilkesi, genel bir kanuni dayanağı bulunmasa da idari usulde de önemli bir yer edinmiştir.

⁶² A. Ülkü Azrak, *Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1964, s. 176-177.

⁶³ İdari usul ilkeleri Türkiye'de çeşitli dönemlerde gündeme gelmiş, bu ilkelerin "Genel İdari Usul Kanunu"nda toplanması amaçlanmış, bu istikamette 17-18 Ocak 1998 tarihinde Başbakanlıkça İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu düzenlenmiş ve Başbakanlık bünyesinde kanun hazırlığı için komisyon oluşturulmuştur. Komisyon çalışmaları sonucunda bir kanun tasarısı ortaya çıkmış; en son 2008 yılında Başbakanlığa sevk edilen tasarı kanunlaşmamıştır. Söz konusu tasarının "İdarenin İnceleme, Araştırma ve Soruşturma Yükümlülüğü"nü düzenleyen 22'nci maddesi idari usulde resen araştırma ilkesine ilişkindir: "(1) İdare, idari işlemi etkileyen olaylarla ilgili her türlü incelemeyi, araştırmayı ve gerektiğinde olayın soruşturmasını resen yapar. (2) İdarece, yeterli inceleme ve araştırma veya gerekli görüldüğünde açılacak soruşturma tamamlanmadan idari işlem yapılamaz; ancak, ivedi önlemler alınabilir. (3) Bu Kanun kapsamına giren kuruluşlar, faaliyet alanlarında meydana gelen ve bireyleri, tüzel kişileri veya çevreyi etkileyen olayları; nedenlerini, idarenin ve kamu görevlilerinin sorumluluğunu, yeterli inceleme, araştırma veya gerektiğinde ilgili mevzuata göre soruşturma yapmak suretiyle saptamakla yükümlüdür. (4) İlgililerin bir işlemin yapılması veya eylemde bulunulması yolundaki başvuruları idarece, başvuru konularının özelliği dikkate alınarak, gerekli inceleme ve araştırma tamamlandıktan sonra cevaplandırılır. Başvuru konusunun, idari faaliyet alanında gerçekleşen maddi bir olaya ilişkin olması halinde, bu Kanunda öngörülen usul kuralları uygulanarak inceleme ve araştırma yapılması zorunludur." Tasarının 23'üncü maddesi ise "inceleme, araştırma ve soruşturma usulü"nü şu şekilde düzenlemiştir: "İdari makamlar, idari faaliyet alanlarında yapacakları idari işlemleri etkileyecek olayları öğrenmeleri üzerine, inceleme yaptırdıktan sonra, gerekli görülmesi halinde teknik bilgiye sahip kamu görevlilerinden bir ekip oluşturularak araştırma veya olayın soruşturmasını yaptırırlar. Yapılacak inceleme sonucuna göre idari makamlar, maddi olayın oluş biçimi ve nedenleriyle sınırlı bir araştırma yaptırabilecekleri gibi, gerektiğinde idarenin ve kamu görevlilerinin hukuki sorumluluklarının da saptanacağı ilgili mevzuata göre bir soruşturma yapılması yoluna da gidebilirler. Bu araştırma veya soruşturmada, olaydan etkilenen ilgililere, başvurmaları halinde dinlenilme hakkı tanınır; ayrıca, varsa tanıklar dinlenir." Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 989. İdari usulde resen araştırma ilkesinin genel bir kanuni dayanağı bulunmasa da bazı kurumlara ilişkin mevzuatta resen araştırma ilkesi kabul edilmiştir. Örneğin açıkça bir hüküm bulunmasa da 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda Rekabet Kurulunun faaliyetlerinde resen araştırma ilkesinin benimsendiği kabul edilmektedir. Ejder Yılmaz, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", 1999, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara, s. 90.

İçtihadî bir hukuk dalı olan idare hukukunda, idarenin faaliyetlerini yerine getirirken dikkate alacağı usul ilkelerinden birinin de resen araştırma ilkesi olduğu kabul edilmektedir⁶⁴. Zira idari usul ilkelerini ortaya çıkaran olgular, idare hukukunun konusu, amacı ve hukuk sistemindeki yeridir. Kamu yararı amacı, idari usulde resen araştırma ilkesini gerekli kılmaktadır⁶⁵. Resen araştırma, “*bir gerçeği ortaya çıkarmak için başka şeylerin etkisi olmaksızın kendi kendine yapılan arama sorma ve soruşturmadır.*”⁶⁶ İdari usulde, maddî gerçeğin araştırılması ve tespitinde, özel yararların korunmasından farklı olarak, inisiyatif ilgililere verilmez. Aksi halde araştırmanın tek taraflı ve eksik olması, sonuç olarak da alınan kararın hatalı olması riski ortaya çıkar⁶⁷.

İdari usulde resen araştırma ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Birincisi; eğer işin niteliği ve mevzuat hükümleri idari usulün başlamasını bireylerin başvurusuna bağlı kılmıyor ve kamu yararı gerektiyorsa; idare kendiliğinden harekete geçerek idari usulü başlatır⁶⁸. İkincisi; başlayan idari usulü idare resen yürütür, maddî gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapar⁶⁹. İdare ister ilgilinin başvurusu ya da itirazı üzerine isterse de kendiliğinden harekete geçsin, hazırladığı işlemlerde, ele aldığı tüm verileri doğru olarak saptamak ve bunları hukuka uygun olarak değerlendirebilmek için, kendiliğinden, yani ilgililerinin istem veya iddialarıyla bağlı kalmaksızın, yeterli bir araştırma ve soruşturma yapmakla yükümlüdür⁷⁰. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak işlem hazırlığı aşamasında bilgi toplama, inceleme, araştırma ve soruşturma faaliyetlerini gerektiği gibi yerine getirmemesi halinde, tesis edilen işlem hukuka aykırı olacaktır⁷¹.

⁶⁴ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 172 vd.

⁶⁵ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 172-173. Kamile Türkoğlu Üstün, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 96.

⁶⁶ Türkoğlu Üstün, s. 96.

⁶⁷ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 131.

⁶⁸ İdari usulde geçerli olan resen araştırma ilkesi bu yönüyle idari yargılama usulünden ayrılmaktadır. Zira idari davalarda dava mahkemenin resen harekete geçmesiyle başlamaz. Başka bir deyişle “yargıç resen muhakemeye başlamaz”; “davacı olmayan yerde yargıç da yoktur (nemo iudex sine actore)”. Azrak, Umumi İdari Usul, s. 173.

⁶⁹ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 173.

⁷⁰ Ülkü Azrak, “İdari Usul ve Yasalaştırılması”, in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 826.

⁷¹ Tekin Akıllıoğlu, “Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukuku-

Medeni yargılama usulünde, kural olarak, iddia ve itirazlara ait olayların ve bunlarla ilgili ispat vasıtalarının taraflarca mahkeme önüne getirilmesini öngören “müzakere prensibi” geçerlidir⁷². İdari usulde ise medeni yargılama usulünden farklı olarak, idari faaliyet kapsamında yürütülen inceleme ve araştırmalar idare tarafından resen yönetilir. Bunun bir sonucu olarak idare, incelemede ciddiliği, güvenliği, çabukluk ve ucuzluğu sağlamaya yönelik tedbirleri resen alır. Ayrıca incelemeye ilişkin malzeme ve araçları resen tespit eder. Başka bir deyişle alacağı karara temel teşkil edecek tüm olayları resen araştırır⁷³.

İdare hukukunda kamu yararı amacı güdüldüğünden, şekli gerçeklikle yetinilmez. Medeni yargılamada ise mahkemenin pasifliği ilkesi gereğince⁷⁴ hâkim, kural olarak, sadece davanın taraflarınca getirilen dava malzemeleriyle bağlı olduğundan, kanuni delillerin taraflarca ortaya konması halinde bunları doğru olarak kabul etmek suretiyle şekli gerçeklikle yetinir. Ancak ceza yargılamasında ve idari yargıdaki iptal davalarında yargıcın tarafların ileri sürdüğü iddia ve delillerle bağlı olmaması gibi; bir idari makamın önündeki muhakemede de idare maddi gerçeği kendisi araştırır⁷⁵. Özellikle kişiler için hukuki sonuçları ağır olan işlemlerde idarenin resen araştırma yükümlülüğü daha da ağırlık kazanır⁷⁶.

Resen araştırma ilkesi sebebiyle idare, ilgililerin delil sunmasını beklemeyecek; maddi gerçeğin aydınlatılması konusunda kendisi araştırma ve soruşturma yapacaktır⁷⁷. Ayrıca idare, tarafların ileri sürdükleri iddia ve delillerle bağlı değildir⁷⁸. İdarenin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için resen delil incelemesi yapması gerekmektedir. Hatta bir vakanın varlığı, yokluğu ya da niteliği hususunda ilgililer anlaşmaya varsalar dahi bu durum idareyi bağlamaz. İlgililerin bir delilden feragat etmeleri de idareyi bağlayıcı

muz”, 1981, 14(3), Amme İdaresi Dergisi, s. 37-56.

⁷² Azrak, Umumi İdari Usul, s. 176, 2. dipnot.

⁷³ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 176.

⁷⁴ Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, 1996, 45(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 543.

⁷⁵ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 177-178.

⁷⁶ Wilfried Berg, “Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren”, 1976, DVerw., Bd. 9, s. 188-189’dan aktaran Akyılmaz, s. 134.

⁷⁷ Akyılmaz, s. 138.

⁷⁸ Türkoğlu Üstün, s. 96.

bir etki yaratmaz. Bir olayın ilgilisi tarafından ikrarı halinde dahi, bu durum idare için bağlayıcı bir delil teşkil etmeyeceğinden, idare bununla yetinmeyip başka deliller arayabilir⁷⁹. Ancak her ne kadar idare ilgililerin iddia, delil, anlaşma ya da ikrarı ile bağlı olmasa da idarenin, olayın aydınlatılması için tüm bu delillerle ciddi olarak ilgilenmesi gerektiğini de belirtmek gerekir⁸⁰. Daha açık bir anlatımla, idare maddi gerçeğe ulaşmak için, “makul”, “ikna edici” ve “meşru” her türlü hukuki yola başvurmakla yükümlüdür⁸¹.

İdarenin maddi gerçeği resen araştırma yükümlülüğünün bir sonucu olarak, ilgililerin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri araştırması gerekmektedir⁸². İdarenin resen araştırması sonucu elde edilen delillerden, meselenin aydınlatılmasına fayda sağlayacak olanların hepsinden yararlanması gerekmektedir. Buna “delillerin sınırsızlığı kuralı” denir⁸³. Bu bakımdan tanık dinlenmesi⁸⁴, bilirkişi ifade ve raporlarının incelenmesi de idari usulde resen araştırma ilkesinin önemli uzantılarından⁸⁵. İdari usulde, maddi gerçeğin araştırılması kuralının önemli bir diğer sonucu da delillerin serbestçe değerlendirilmesidir. İdari usulde, belli hususların kanunda gösterilen belli delillerle ispat edilmesi anlamına gelen kanuni delil sisteminin aksine, bütün delillerin eşdeğer sayılması anlamına gelen serbest delil sistemi kabul edilmiştir. Bu sebeple serbest delil sistemi; “*mantıki olarak delillerin idare makamı tarafından serbestçe, yani belli ispat kurallarına bağlı kalmaksızın ve hayat tecrübelerinden çıkan sonuçlarla karşılaştırılmak suretiyle, rasyonel esaslar çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirir.*”⁸⁶

İspat yükü açısından ise idari usulde çeşitli ayrımlar yapmak gerekir. Örneğin mevzuata aykırı faaliyetleri dolayısıyla ruhsatın iptali için idare

⁷⁹ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 178. Ancak kamu yararının ön planda olmadığı, ilgililerin kendileri hakkında yararlandırıcı işlem tesisi için idareye başvurduğu hallerde, ilgilinin bir delilden ya da bir olayın ispatından feragat etmesi, idarenin o delil ya da olayı dikkate almasına sebep teşkil eder. Azrak, Umumi İdari Usul, s. 179.

⁸⁰ Akyılmaz, s. 138.

⁸¹ Akyılmaz, s. 132.

⁸² “İdari makam, araştırmanın çeşidini ve kapsamını kendisi belirler; işlemin dayandığı vakıa ile ilgili olan, karara varılmasında önemli ve ilgilerin yararına olabilecek, her durumu dikkate alır.” Akyılmaz, s. 131-132.

⁸³ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 181.

⁸⁴ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 181.

⁸⁵ Akyılmaz, s. 132.

⁸⁶ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 182.

tarafından resen harekete geçildiğinde, söz konusu aykırılık idare tarafından ispat edilemediği takdirde ruhsat iptal edilemez. Bununla birlikte bir kişi, kendisine kanuni şartlara bağlı bir menfaatin sağlanması için idareye başvurduğunda, söz konusu şartların sağlandığı ilgilisi tarafından ortaya konamadığında talep idarece reddedilir⁸⁷. Başka bir deyişle bu son halde işin mahiyeti gereği idarenin ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu bakımdan ispat yükünün kural olarak, yükümlendirici işlemlerde idare; yararlandırıcı işlemlerde ise talepte bulunan üzerinde olduğu söylenebilir⁸⁸.

İdarenin resen araştırma yükümlülüğüne uymaması sebep unsuru bakımından hukuka aykırı işlem tesis etmesine yol açar⁸⁹. Özel hukukta işlemin mutlaka bir sebebe dayanması gerekmezken, idare hukukunda her idari işlemin mutlaka gerçek ve hukuka uygun bir sebebe dayanması gerekmektedir⁹⁰. İdarenin resen araştırma yükümlülüğü altında olması için kanunda belirli bir inceleme yöntemi öngörülmesine de gerek bulunmamaktadır. Kanunda herhangi bir inceleme öngörülmemişse bile işlemin inceleme yapılmaksızın tesis edilmesi, işlemi sebep unsuru bakımından hukuka aykırı hale getirecektir⁹¹.

İdarenin doğru, adil, hukuka uygun bir karar alabilmek için tesis edeceği idari işlemin dayandığı hukuki vakaları en doğru şekilde belirlemek ve gerekli delillerden yararlanarak olayın soruşturmasını yapmakla yükümlü olması

⁸⁷ Azrak, Umumi İdari Usul, s. 180.

⁸⁸ Peter Badura, "Das Verwaltungsverfahren", in Allgemeines Verwaltungsrecht (hrsg. Erichsen Hans-Uwe- Martens Wolfgang), 9. Aufl., Berlin, 1991, § 40 rdn. 10'dan aktaran, Akyılmaz, s. 139.

⁸⁹ "... İlçesi ... Köyü İlkokulu öğretmeni olan davacı hakkında ... Partisinin 13.11.1994 tarihli toplantısına katıldığı iddiası üzerine yapılan soruşturma sonucunda düzenlenen 24.1.1995 günlü, 410/1 sayılı soruşturma raporunda, davacının anılan toplantıya katıldığı için emniyet müdürlüğünün resmi yazısı ile doğrulandığı ve bu yazıda davacının toplantıya katıldığı için video kamera ile tesbit edildiğinin belirtildiği, bu nedenle iddianın sübut bulunduğu kanaatine varıldığı belirtilmesi üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği... Emniyet Müdürlüğünce verilen 4.4.1997 günlü, 004605 sayılı cevapta söz konusu toplantıya ait video çekimi yapılmadığının yapılan arşiv tetkikinde anlaşıldığının belirtildiği anlaşılmıştır. Bu durumda dava konusu işlem sebepsiz kaldığından işlemin iptali gerekirken davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay, 5. D., 11.12.1997, E. 1997/2136, K. 1997/2986. Aynı yönde bkz. Danıştay, 5. D., 17.03.1997, E. 1995/1925, K. 1997/589; Danıştay, 5. D., 13.10.1993, E. 1992/5775, K. 1993/3756, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁰ İdarenin sebepsiz işlem yapmaması (sebebe gösterme mecburiyeti), idare hukukunun genel prensiplerinden biridir. Halim Alperen Çıtak, İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2020, s. 123.

⁹¹ Yıldızhan Yayla, Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, İstanbul, 1975, s. 38'den aktaran, Akıllıoğlu, s. 45.

hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir⁹². Bu bakımdan Türk hukukunda kanuni bir düzenlemeye konu olmasa da⁹³ idari usulde resen araştırma ilkesinin, idare hukukunun genel prensiplerinden biri olduğunu kabul etmek gerekir⁹⁴.

Danıştay açıkça “resen araştırma ilkesi” kavramını kullanmasa da idarenin işlem tesis etmeden önce maddi gerçeği ortaya çıkarmak için gerekli inceleme ve araştırmayı yapma yükümlülüğünde olduğunu kabul etmekte; eksik inceleme ve varsayımaya dayalı işlemleri iptal etmektedir⁹⁵. Söz konusu yükümlülük özellikle yükümlendirici işlemlerin hâkim olduğu vergi hukuku⁹⁶,

⁹² Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 511.

⁹³ İdari işlem tesis edilmeden önce, maddi ve hukuki gerçeğin eksiksiz bir biçimde ortaya çıkarılması ve olayın aydınlatılması için yeterince araştırma ve soruşturma yapılması yükümlülüğünün yasada öngörülmesinin, hukuk güvenliği ve hukuka bağlı bir idare açısından büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. Azrak, Yasalaştırma, s. 823.

⁹⁴ Resen araştırma ilkesi, idari rejimin temel usul ilkelerinden biridir. Resen araştırma kanuni olarak açıkça düzenlenmese dahi, Anayasa'nın idari rejim sistemini benimsemesi, bunun dışında genel kanuni düzenlemeler, idarenin yetki ve görevleri gibi hususlar karşısında, özellikle idari işlemin sebep unsurunun hukuka uygunluğunu sağlamak bakımından zorunlu bir ilkedir. Tuğçe Karaçoban Güneş, Vergi Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 52-70.

⁹⁵ Azrak, mahkeme kararlarından verdiği örneklerle, idarenin işlem tesis etmeden önce gerekli araştırma ve soruşturmayı yapma yükümlülüğünün Danıştay tarafından kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Örneğin Danıştay, idarenin bir yapının imar planına aykırı olduğu gerekçesiyle yıkımına karar vermeden önce, yükseklik ve cephe genişliği oranını ve yapının bu haliyle çevre bütünlüğünü bozup bozmadığını araştırması gerekirken bunu yapmamış olmasını hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay, 6. D., 24.10.1985, E. 88/895, K. 85/1279, Danıştay Dergisi, Sa. 62-63, s. 247. Aynı yönde bkz. Danıştay, 6. D., 16.10.1978, E. 774086, K. 78/3514, Danıştay Dergisi, Sa. 34-35, s. 302; Danıştay, 12. D., 03.01.1972, E. 71/2249, K. 72/2, AİD. C.5, Sa. 2, s. 134 vd; Danıştay, 6. D., 15.06.1949, E. 47/2258, K. 49/1087, DKD, Sa. 43-44, s. 161 vd, Aktaran, Azrak, Yasalaştırma, s. 826-827.

⁹⁶ “Yükümlünün sahte ve içeriği itibarıyla gerçeğe aykırı faturaları komisyon karşılığı satarak gelir ettiği hususunda **karşı inceleme yapılmaksızın, sadece hurda metal ticareti sektöründe sahte fatura ticaretinin yaygın olduğundan hareketle varsayımaya dayalı tarhiyat yapıldığı anlaşıldığından, eksik inceleme ve varsayımaya dayalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığı** gerekçesiyle gelir vergisi, fon payı ve vergi ziyayı cezasının kaldırılmasına karar verilmiştir.” Danıştay, 4. D., 21.09.2006, E. 2006/2008, K. 2006/1670. “Araştırma ve inceleme yapılmaksızın soyut ifadelerle matrah takdiri yerinde değildir.” Danıştay, 7. D., 23.03.1994, E. 1992/2361, K. 1994/1323, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

idari yaptırımlar⁹⁷, kamu görevlilerinin yargılanması⁹⁸, rekabet hukuku⁹⁹ gibi konularda yoğunlaşsa da idarenin hemen her konuda¹⁰⁰ resen araştırma ilkesine uymakla yükümlü olduğu Danıştay içtihatlarında kabul edilmektedir¹⁰¹.

⁹⁷ “Anılan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, disiplin amirlerince disiplin cezasına konu olabilecek eylemin tespiti halinde; öncelikle usulüne uygun olarak soruşturma açılması, **soruşturma sırasında kamu görevlisinin lehinde ve aleyhinde olan tüm bilgi ve belgeler toplanmak** ve bilgi sahibi olanların ifadeleri ile ilgilinin savunması alınmak suretiyle yasal süresi içerisinde soruşturmanın tamamlanması, yapılan soruşturma sonucunda oluşturulan rapor değerlendirilerek de ilgili hakkında işlem tesis edilmesi gerekmektedir.” Danıştay, 16. D., 25.03.2015, E. 2015/5586, K. 2015/1022. Aynı yönde bkz. Danıştay, 6. D., 16.01.2007, E. 2006/5644, K. 2007/69; Danıştay, İDDGK, 29.11.2007, E. 2004/611, K. 2007/2412, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁸ “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin ceza soruşturması usulünü düzenleyen (c) bendine göre soruşturma emri verilerek görevlendirilen soruşturmacının, fezleke hazırlama aşamasında öncelikle suç konusu eylemleri ve şüphelileri isim ve unvanlarıyla belirlemesi, bu bağlamda şüphelilerin, şikayetçilerin ve varsa tanıkların ifadelerini alması, **olayla ilgili tüm delilleri toplamak suretiyle şikayet konusu eylemi aydınlığa kavuşturması**, şüphelilerin eylemlerini değerlendirerek bu eylemlerin herhangi bir suç teşkil edip etmediğini ortaya koyması, elde ettiği tüm delillere göre bir değerlendirme yapması, suçlarla kişilerin illiyet bağlarını irdelemek suretiyle hazırlayacağı fezleke ile gerekçesini belirtmek suretiyle ulaştığı kanaate göre şüphelilerin men-i muhakemeleri veya lüzum-u muhakemeleri şeklinde öneri getirmesi, yetkili kurulun da iddia konusu suçların şüphelilerle illiyet bağıni irdelemek suretiyle bir karar vermesi gerekmektedir.” Danıştay, 1. D., 14.02.2018, E. 2017/2178, K. 2018/185. Aynı yönde bkz. Danıştay, 1. D., 09.02.2017, E. 2016/2436, K. 2017/207, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁹ “Bu durumda; süt üretici birliklerinin faaliyetlerinde sadece Element Bilgisayar tarafından hazırlanan programın kullanılması suretiyle, rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla hareket edildiği hususunda, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belgeler bulunduğu, ön araştırma sürecinde elde edilen belgeler, yapılacak soruşturma sürecinde elde edilecek bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirildiğinde rekabete aykırı uygulamaların bulunup bulunmadığının tümüyle açıklığa kavuşacağı anlaşıldığından, **Kanun’un 4. maddesine yönelik iddialar hakkında soruşturma açılmaksızın, yeterli inceleme ve araştırma yapılmadan şikayetin reddine karar verilmesi yönünde alınan dava konusu Rekabet Kurulu kararında 4054 sayılı Kanun’a uyarlık görülmemiştir.**” Danıştay, 13. D., 02.06.2010, E. 2007/11840, K. 2010/4596, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰⁰ Bu noktada kural olarak, ilgililerin, kendisine kanuni şartlara bağlı bir menfaatin sağlanması için idareye başvurması halinde, söz konusu şartların sağlandığını kendilerinin ispatlamakla yükümlü olduklarını hatırlatmak gerekir. Azrak, Umumi İdari Usul, s. 180.

¹⁰¹ “Öte yandan, yer ve sınır tesbiti yapılırken; serbest bölgeler için de, uyulması zorunlu hükümler içeren orman, çevre, kültür ve tabiat varlıkları, kıyı, tarım ve Hazine arazileri ile ilgili mevzuat hükümlerinin dikkate alınması; idarece yapılacak inceleme ve tespitler sonucunda, serbest bölgenin amacına uygun faaliyet alanları saptanıp buna uygun nitelikte ve yeterli miktarda arazi belirlemesi yapılarak karar verilmesi gerekmektedir. Dava konusu İpekyolu Vadisi Serbest Bölgesinin Yer ve Sınırlarının Belirlenmesi ve Kurulup İşletilmesine Dair Karar’ın ise; serbest bölge kurucu ve işleticisi A.Ş.’nin 1.12.1998 tarihli dilekçesi ekinde sunduğu ön fizibilite raporu üzerine, Yasalarda öngörülen amaçlar ve serbest bölge kurulması için gerekli koşullara uygunluk yönünden hiçbir inceleme, araştırma, hazırlık

Bu noktada bu prensibe kanunla istisna getirilip getirilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Bu hususta bir sonuca varabilmek için ise öncelikle bu prensibin hukuki değerini tespit etmek gerekir.

Hukukun genel prensipleri çoğu zaman mutlak ve belirgin bir nitelik taşımadığından ve değişken bir karakter gösterdiğinden, öğretilerde bu prensiplere atfedilen hukuki değer de değişkenlik göstermiştir. Hukukun genel prensiplerinin normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında kanunların üstünde buldukları; kanunların altında fakat idarenin düzenleyici işlemlerinin üstünde buldukları¹⁰²; kanunlarla aynı hukuki değerde oldukları ve nihayet anayasal değerde oldukları yönünde görüşler ileri sürülmüştür¹⁰³. Bu görüşler Fransa'da Anayasa Konseyi ve Danıştay kararlarıyla şekillenmiştir¹⁰⁴.

Aslında bir prensibin hukuki değeri onun ilişkili olduğu metne ve yargıcın prensibe başvururken referans verdiği norma göre değişkenlik gösterebilir. Bu sayede normlar hiyerarşisinin hemen her basamağında “yargıç yapısı” bu kurallara rastlanabilir. Bu sebeple bütün içtihadî kurallar için normlar hiyerarşisinde tek ve sabit bir yer göstermek mümkün değildir¹⁰⁵.

*ve ilgili kuruluşlarla değerlendirme yapılmadan 9.12.1998 tarihinde alındığı anlaşılmaktadır... Bu durumda, serbest bölge yer ve sınırlarının belirlenip kurulması kararı verilmesinden önce yukarıda belirtilen yönlerden **yapılması gereken araştırma, inceleme ve değerlendirmeler yapılmadan karar verilmiş olması nedeniyle dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık görülmemiştir.**” Danıştay, 10. D., 05.07.2005, E. 1999/474, K. 2005/3949, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. İdarenin dilekçe üzerine vereceği karar ciddi bir incelemeye dayanmalıdır. Danıştay, 7. D., 17.11.1972, E. 1974/269, K. 1974/1897, Danıştay Dergisi Sa. 18-19, s. 464'ten aktaran Akıllıoğlu, s. 44.*

¹⁰² Bu yönde bkz. Gözler, C. I, s. 82-84. Bu görüş, bir kuralın hukuki değerinin onu tesis eden organın hiyerarşik konumuna göre belirlenmesi ve içtihadî kuralın yalnızca metinden bağımsız hukuk yaratma yoluyla ortaya çıkabileceği ön kabulleriyle doğrulanabilir. Birinci ön kabul, normların hukuki değerini organlar hiyerarşisinden başka ölçütlere göre tespit eden görüşlerle sorgulanmaktadır. Bir kere yasama yürütme ve yargı organları arasında bir üstünlük sıralaması bulunmamaktadır. İkinci ön kabul ise yorum ve hukuk yaratma arasındaki belirsizlikle sarsılmaktadır. Zira yorum genellikle bir hukuk metnine bağlı yöntemlerle ortaya çıkmakta, yargıçlar aslında metinden bağımsız olarak ulaştıkları sonuçları bir şekilde yazılı hükümlerle irtibatlandırmaktadır. Çıtak, s. 159-160.

¹⁰³ Celal Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku – İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s. 56.

¹⁰⁴ Bu iki kurum bazı ilkelere anayasal değer atfetmektedir. Çıtak, s. 160. “*Sonuç olarak, Conseil d'Etat'nın günümüzdeki eğilimi, yarattığı hukukun genel prensibinin -yazılı bir metinde yer alsın ya da almasın- taşıdığı hukuki değeri de dolaylı olarak belirleme yönündedir ki, idare yargıcı bu bağlamda bazen anayasal metinlere, bazen yasal düzenlemelere, bazen Anayasa Konseyi kararlarına referans vermektedir.*” Erkut, s. 62.

¹⁰⁵ Çıtak, s. 169.

Erkut, Türk kamu hukukunda gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarıyla belirlenen hukukun genel prensiplerinin kaynağının, Türk kamu hukukunun genel esaslarının biçimlendirildiği Anayasa metni ve bu metnin temel felsefesi olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle yazar, Türk kamu hukukunda hukukun genel prensiplerinin hemen hemen tamamının “anayasal değer” taşıdığını savunmaktadır¹⁰⁶. Örneğin idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, doğrudan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir ve anayasal değere sahiptir. Bu ilkenin içtihadî karakteri, onu normlar hiyerarşisinde kanunun altında konumlandırmak için yeterli değildir.

Kanaatimizce idari usulde resen araştırma ilkesinin hukuki değeri, başvurulduğu konuya göre değişkenlik gösterir. Yukarıda da belirtildiği gibi kişiler için hukuki sonuçları ağır olan işlemlerde idarenin resen araştırma yükümlülüğü daha da önem kazanır. İdarenin resen araştırma yükümlülüğünü, en azından idari yaptırımlar söz konusu olduğunda, “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” ve “suçsuzluk karinesi” ile bir arada düşünmek ve ilkeye anayasal değer atfetmek mümkündür.

b. İdare Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Suçsuzluk karinesi, yargılama hukukunun ve adil yargılanma hakkının temel taşıdır¹⁰⁷. Bunun nedeni ise gayet açıktır; hatalı bir karar, sanığın haksız bir şekilde cezalandırılmasına, damgalanmasına ve pek çok olayda hem özel hem de iş hayatının mahvına yol açacaktır¹⁰⁸.

Suçsuzluk karinesi, Anayasa'nın 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre; “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” Anayasa'da temel hak olarak düzenlenmiş

¹⁰⁶ Erkut, s. 62.

¹⁰⁷ Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, 1999, 48(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 136. Suçsuzluk karinesinin modern formülasyonunu Johannes Monachus adlı Fransız kanoniste borçlu olduğumuz yönünde bkz. François Quintard-Morenas, “The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions”, 2010, 58(1), The American Journal of Comparative Law, s. 114. Ayrıca suçsuzluk karinesinin kökeninin Adem ve Havva'nın yaratılışına kadar götürülebildiği yönünde bkz. J. Harvie Wilkinson III, “The Presumption of Civil Innocence”, 2018, 104(4), Virginia Law Review, s. 598.

¹⁰⁸ David Hamer, “The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act”, 2007, 66(1), The Cambridge Law Journal, s. 142.

olan suçsuzluk karinesine savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacağı öngörülmüştür (m. 15/4). Suçsuzluk karinesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından da güvence altına alınmıştır: “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*” (m. 6/2).

Daha çok özel hukukta rastlanılan karine kavramı; varlığı bilinen, şüphe götürmeyen yahut kanıtlanmış bir olgudan hareketle, bilinmeyen bir olgu veya hukuki sonuç çıkarılması anlamına gelmektedir¹⁰⁹. Karineler, fiili karineler ve kanuni karineler olarak ikiye ayrılmaktadır. Daha önce de değinildiği üzere fiili karineler ile kastedilen, hâkimin genel yaşam deneyimlerinden yola çıkarak, varlığı bilinen bir olgudan, varlığı bilinmeyen olgular hakkında çıkardığı sonuçlardır¹¹⁰. Bu haliyle fiili karineler ile kanuni karinelerin içeriği bakımından önemli bir farklılık bulunmamaktadır; zira kanuni karineler de genel yaşam deneyimlerine göre olağan kabul edilen sonuçların normatif bir şekilde ifade edilmesinden ibarettir¹¹¹. Bununla beraber yargılama sürecinde fiili karineler ile kanuni karineler arasındaki ayırım belirginleşmektedir. Nitekim fiili karineler, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi kavramına ait olup, ispat yükünün tersine çevrilmesi üzerinde herhangi bir etki göstermezken; kanuni karinelerde, hâkim karine sonucu ile bağlı olduğundan, ispat yükü tersine çevrilmiştir¹¹².

Kanuni karineler de kendi içerisinde kesin kanuni karineler ile adi kanuni karineler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kesin kanuni karineler ile adi kanuni karineler, yorum vasıtasıyla birbirinden ayırt edilebilmekte¹¹³, başka bir ifadeyle karine ile izlenen amaçtan hareket edilerek kesin kanuni karine-adi kanuni karine ayrımı yapılmaktadır. Adi kanuni karinelerde esas amaç, genel ispat kuralının tersine çevrilmesiyken¹¹⁴; kesin kanuni karinelerin ispat kolaylığı sağlamak gibi bir amacı bulunmamaktadır¹¹⁵. Kesin kanuni karinelerde, kanun koyucu bir olguyu, başka bir olgunun veya hukuki sonucun

¹⁰⁹ Hans Peter Walter, “Art. 8 ZGB”, in Berner Kommentar, Zürich, 2012, N. 387; Jungo, N. 269; Morf, N. 196; Karakaş, s. 732.

¹¹⁰ Jungo, N. 269; Karakaş, s. 744.

¹¹¹ Jungo, N. 269; Walter, N. 389.

¹¹² Morf, N. 197.

¹¹³ Jungo, N. 288; Morf, N. 203.

¹¹⁴ Karakaş, s. 739.

¹¹⁵ Karakaş, s. 749; Jungo, N. 287.

aksi iddia edilemeyen varsayımsal sonucuna bağlamakta¹¹⁶ ve böylece bir olgu için öngörülen hukuki sonuç, başka bir olgu için de uygulanabilir hâle gelmektedir¹¹⁷.

Karine kavramına ilişkin bu açıklamalar ışığında, suçsuzluk karinesinin kesin kanuni karineler ile benzerlik taşıdığı söylenebilmektedir. Gerçekten de suçsuzluk karinesi ile atılı suçu işleyip işlemediği şüpheli olan kimsenin hukuki durumu, atılı suçu işlemediği sabit olan kimsenin varsayımsal hukuki durumuna bağlanmaktadır. Ancak yine de suçsuzluk karinesinin hukuki niteliğinin, karine kavramının özel hukuk yönünden taşıdığı anlam esas alınarak tespit edilmesi kanaatimizce hatalı sonuçlara yol açma tehlikesi taşımaktadır. Nitekim doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, suçsuzluk karinesinin aslında bir karine değil; kişinin suçsuz olduğunun varsayılmasından ibaret temel bir hak olduğunu ifade etmektedir¹¹⁸.

Günümüz anlamıyla suçsuzluk karinesinin, *ispat yükünün devlet tarafından üstlenilmesi ve suçun, makul şüphenin ötesinde kanıtlanmış olması* şeklinde başlıca iki bileşene sahip olduğu belirtilmektedir¹¹⁹. Dolayısıyla suçsuzluk karinesi gereğince, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi için suçsuzluğuna dair bütün gerekçeli şüphelerin yenilmesi; başka bir deyişle akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphenin ortadan kaldırılması gerekmektedir¹²⁰. Şüpheden sanık yararlanır ilkesine uygulama alanı yaratan, suçluluk konusunda vicdani kanaat arandığından şüpheye dayalı cezalandırmanın yasaklanması; bu sebeple her şeyin delil olarak kabul edilmesi ve delillerin de serbestçe değerlendirilmesidir¹²¹. Başka bir deyişle, yaptırımın aksi yöndeki tüm şüpheler ortadan kaldırılarak uygulanmasını sağlamak üzere, idari usulde olduğu gibi ceza muhakemesinde de serbest delil ilkesi geçerlidir.

¹¹⁶ Jungo, N. 286. Bu tanımlı, varsayımlar için kullanan ve varsayımlar ile kesin kanuni karineleri birbirinden ayırt eden görüş için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 337 vd.

¹¹⁷ Karakaş, s. 749.

¹¹⁸ Feyzioğlu, s. 139.

¹¹⁹ Campbell, Liz, "Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence", 2013, 76(4), The Modern Law Review, s. 681; Hamer, s. 142. "Bu karine uyarınca, suçsuz olduğu varsayılan kişinin suçlu kabul edilmesi için kesin hükümle mahkûm olması, mahkûmiyet için de fiilin ispatlanması, yani şüphenin bertaraf edilmesi gerektiğinden, şüpheden sanık yararlanır ilkesi suçsuzluk karinesinin bir uzantısı ve ona koşut bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır." Doğan Gedik, "Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme", 2004, 30(3), Yargıtay Dergisi, s. 297.

¹²⁰ Feyzioğlu, s. 139.

¹²¹ Gedik, s. 297; Quintard-Morenas, s. 140.

İdari usulde olduğu gibi ceza muhakemesinde de ilk hedef, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın ispat konusu tipik fiili işlediği ispatlandığında kural olarak sanık mahkûm edilecektir; fiili işlemediği ispatlandığında ise beraat edecektir. Maddi gerçeğe ulaşamadığı takdirde de sanık beraat edecektir. Başka bir deyişle sanığın suçlu olduğu yönündeki herhangi bir şüphe, sanığın lehine değerlendirilecektir¹²². Zira şüpheden sanık yararlanır¹²³. Ayrıca ceza davasında ispat yükü bulunmamaktadır. Hâkim resen araştırma yükümlülüğü altındadır. Sanık veya savcının ileri sürdüğü bir husus hakkında gerekli inceleme ve araştırmayı yapmak hâkimin yükümlülüğüdür¹²⁴. Bu noktada eksiksiz bir inceleme ve araştırma yapılması, lehe ve aleyhe bütün delillerin toplanması ve her türlü delinin eksiksiz biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir¹²⁵. Ceza muhakemesinde geçerli olan bu hususlar aslında idari yargılama usulü ve idari usulle oldukça benzerlik göstermektedir.

Yaptırım ister adli ceza ister idari ceza niteliğinde olsun, kişiyi doğrudan doğruya kamu gücünün karşısına yerleştirmektedir. Kişinin kamu gücü tarafından cezalandırılmasının ise insan onuru ve özgürlükler bakımından çok ağır sonuçları olabilmektedir¹²⁶. Bir kimseyi böylesine ağır bir hukuki yaptırıma maruz bırakmanın asgari meşruiyetini sağlamak için bu kimsenin en azından suçluluğundan emin olmadan cezalandırılmaması gerekir. Bu durum yalnızca hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından değil; idari cezalar açısından da geçerlidir. Zira bazen bir idari cezanın kişi üzerinde yarattığı etki, hürriyeti bağlayıcı cezalardan bile daha ağır olabilir¹²⁷.

Suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi ceza muhakemesine ilişkin ilkelerdir. Bununla birlikte hukukun genel ilkeleri gereği Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38'inci maddesinin idari yaptırımlar bakımından da uygulanması gerekmektedir¹²⁸. Zira idari yaptırımlar, ilgililer üzerindeki etkileri itibarıyla temel hak ve özgürlükler ile yakından

¹²² Quintard-Morenas, s. 140.

¹²³ Gedik, s. 298-299. "Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin o suçu işleyip işlemediği tereddütlü ise o kimse suçlu kabul edilemez." Ali Ulusoy, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 99.

¹²⁴ Gedik, s. 301-302.

¹²⁵ Gedik, s. 321.

¹²⁶ Wilkinson III, s. 597.

¹²⁷ Ulusoy, s. 100.

¹²⁸ Burcu Erdiç, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", 2012, (2), s. 252.

ilgilidir. Üstelik kamu hizmetlerinin ifasına ilişkin olan işlemlerden farklı olarak, bireylere bazı şeylerin yaptırılması ya da yaptırılmaması şeklinde yükümlülükler getirmektedir. Bu sebeple idari yaptırımlara ilişkin hukuki rejimin, bu konuların en çok işlendiği alan olan ceza hukukundan esinlenerek düzenlenmesi gerekmektedir¹²⁹. Bu bakımdan idari ceza niteliğinde olan idari yaptırımlarda¹³⁰ ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanması evrensel bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir¹³¹. Anayasa Mahkemesi (AYM) de Anayasa'nın 38'inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tabi olacağına karar vermektedir¹³². Sonuç olarak *“(i)dari yaptırımlar hem idare hukuku hem de ceza hukuku ilke ve kurallarına tabidir.”*¹³³

¹²⁹ İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, İstanbul, 1985, s. 73.

¹³⁰ Ulusoy idari yaptırımlara ilişkin eserinde, idari yaptırımları idari cezalar ve idari tedbirler olarak sınıflandırmakta ve temel ceza hukuku güvencelerinin idari cezalar için geçerli olduğunu savunmaktadır. Ulusoy, s. 48 vd. Biz çalışmamızda 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda tercih edildiği şekliyle “idari yaptırım” kavramını kullandık. Ancak söz konusu Kurumun yaptırımlarının Ulusoy'un sınıflandırmasına göre “idari ceza” kapsamına girdiğini ve yazarın idari cezalara ilişkin açıklamalarının, Kurumun idari yaptırımları için geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

¹³¹ Ulusoy bu noktada “en temel ceza hukuku güvenceleri”nin uygulanması gerektiğini savunmakta ve bu güvenceleri “çekirdek” ceza hukuku güvenceleri olarak nitelendirmektedir. Ulusoy, s. 48 vd.

¹³² 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmiş olan “...yapının sahibine...” ibaresinin uygulamada idareleri gerekli inceleme yapmadan; ruhsata veya projeye aykırı yapıyı inşa eden ile mülk sahibini ayırt etmeden işlem tesisinde keyfi tutuma sevk ettiği gerekçesiyle somut norm denetimi yoluyla AYM'nin önüne götürülmüştür. AYM her ne kadar iptal talebini reddetse de bu kararında Anayasa'nın 38'inci maddesinde yer alan ilkelerin idari para cezaları için de geçerli olduğunu belirtmiş; belirlilik ve cezaların şahsiliği ilkelerine başvurmuş ve *“idarelerce gerekli araştırma yapılarak mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan kişi tespit edilerek idari yaptırımın bu kişiye uygulanması”* gerektiğinin altını çizmiştir. AYM, 10.01.2013, E. 2012/93, K. 2013/8, R.G. Tarih-Sayı: 28.03.2013-28601. AYM'nin somut norm denetimi yoluyla önüne gelen başka bir davada 262 sayılı Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi ile yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasının *“Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse, ayrıca tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir.”* biçimindeki dördüncü cümlesinin, Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptal talep edilmiştir. AYM, *“Anayasa ve ceza hukukunun temel kuralları uyarınca, kişilere ceza verilebilmesi için hukuka aykırı eylemin kanunda belirtilmiş olması ve bu eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun kanıtlanması”* gerektiğinin altını çizerek, Anayasa'nın 2'nci ve 38'inci maddelerine başvurmuş ve davaya konu hükmü iptal etmiştir. AYM, 29.11.2012, E. 2012/106, K. 2012/190, R.G. Tarih-Sayı: 06.03.2013-28579.

¹³³ Evren, s. 115.

İdari yaptırımlarda, mahkemeler sebep unsuru bakımından “kesin kanı” aramakta ve bu unsur bakımından ceza hukukunda olduğu gibi şüpheden sanık yararlanır ilkesi söz konusu olmaktadır¹³⁴. Danıştay bazı kararlarında şüpheden sanık yararlanır ilkesine yeterince hassasiyet göstermemiş olsa da¹³⁵, özellikle son zamanlarda, idari yaptırımlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulamaktadır. Bilhassa disiplin hukukunda¹³⁶ bu ilkeye başvuran Danıştay, son yıllarda idari para cezalarında da şüpheden sanık yararlanır ilkesinin geçerli olduğunun altını çizmektedir. Petrol Piyasası Kanunu uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemi ile ilgili açılan bir davada Danıştay, idare tarafından idari para cezası işlemi tesis edilirken, ceza hukukunun temel ilkesi olan şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bu işlemler yönünden de kabul edilmesi gerektiğinin altını çizerek; idari yaptırım kararı uygulanmasına sebep olan fiilin, davacı şirket tarafından işlendiğinin her türlü şüpheden uzak ve

¹³⁴ Özay bu hususta iki kararı örnek göstermektedir: “Doping muayene neticesini bildiren raporun ihtilaf konusu ata ait olduğu hakkında **kesin kanaat hasil olmaması** halinde, at hakkında ceza verilemeyeceği” (Danıştay, 8. D., 04.05.1961, E. 960/20266, K. 961/1882); “Muvazaa yoluyla eczane işlettiği **kesin olarak tesbit edilemeyen** kişiye üç ay süreyle meslekten men cezası verilemeyeceği” (Danıştay, 8. D., 26.04.1967, E. 966/2920, K. 967/1504), Özay, s. 120.

¹³⁵ Danıştay, 13. D., 26.06.2012, E. 2009/5444; E. 2009/7309; E. 2009/7060, Kararların özeti ve değerlendirmesi için bkz. Ulusoy, s. 100.

¹³⁶ “Disiplin hukuku, cezalandırılma ilkeleri açısından ceza hukuku ile benzer özellikler taşımakta olup, kişilerin disiplin cezası ile cezalandırılabilmeleri için suç olarak belirlenmiş olan **tutum ya da davranışın ilgilisi tarafından işlenmiş olduğunun kesin ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde saptanması ve maddi gerçeğin tüm boyutlarıyla ortaya konması gerekmektedir**. Ayrıca evrensel ceza hukuku ile Türk Ceza Kanunu’nda yer alan ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. **Buna göre; disiplini yaptırımı uygulanacak kişi tarafından ikrar edilmeyen ve eldeki mevcut deliller ile disiplin normuna aykırı fiilin ispatı mümkün olmayan hallerde ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi gereğince ilgiliye disiplin cezası verilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir**. Disiplin soruşturması raporu ve ceza yargılamasında alınan ifadeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davacıya isnat edilen, öğrencilere cinsel tacizde bulunduğu iddiasının kesin olarak ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının üzerine atılı suçları işlediği, her türlü şüpheden uzak, kesin, somut delillerle ortaya konulmadığından, davaya konu Devlet memurluğundan çıkarma işleminde hukuka aykırılık, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.” Danıştay, 12. D., 30.05.2017, E. 2016/7260, K. 2017/2823. Danıştay bir başka kararında, bir polis memurunun görev silahını kaybetmesi üzerine verilen on ay kademe ilerlemesi durdurma cezasının, polisin silahın yatak odasının çekmecesinden hırsızlar tarafından çalındığı yönündeki savunması kuşkuyla görünmesine rağmen, şüpheden sanık yararlanır ilkesine başvurarak yeterli delile dayanmadığı sonucuna varmıştır. Danıştay, İDDK, 29.05.2013, E. 2009/659, aktaran Ulusoy, s. 105. Aynı yönde bkz. Danıştay, 12. D., 20.6.2019, E. 2019/1652, K. 2019/5170; Danıştay, 12. D., 12.06.2019, E. 2018/10094, K. 2019/4440; Danıştay, 12. D., 28.03.2018, E. 2017/3751, K. 2018/1326; Danıştay, 5. D., 27.03.2018, E. 2016/16014, K. 2018/12646; Danıştay, 16. D., 17.04.2015, E. 2015/8892, K. 2015/1827, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

somut verilere dayalı olarak ortaya konulamadığı gerekçesiyle idari işlemi hukuka aykırı bulmuştur¹³⁷.

Görüldüğü üzere fiilin suçlanan kişi tarafından işlenip işlenmediği veya işlenen fiilin mevzuatla öngörülen idari suç tarifine uyup uymadığı konusunda kuşklar varsa, idari yaptırımlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmaktadır¹³⁸. Bu durum her şeyden önce idarenin yaptırım uygularken “ciddi” ve “titiz” davranma yükümlülüğünün bir sonucudur¹³⁹. Sonuç olarak suçun maddi unsurunu ispatlama yükümlülüğü de idarenin üzerindedir¹⁴⁰.

İdari yaptırımlarda suçsuzluk karinesi de uygulama alanı bulmaktadır¹⁴¹. Danıştay özellikle son dönemdeki kararlarında idari yaptırımlar için suçsuzluk karinesinin de geçerli olduğunu kabul etmektedir¹⁴².

AYM de idari yaptırımlarda suçsuzluk karinesinin geçerli olduğuna hükmetmiştir. AYM'nin “Ahmet Altuntaş ve Diğerleri” kararına¹⁴³ konu olan olayda, başvuruçuların maliki oldukları tarım arazilerinde anız yakıldığının tespit edildiği gerekçesiyle her bir başvuruçuyu adına maliki oldukları tarım arazisinin büyüklüğüne oranla idari para cezası işlemi uygulanmıştır. Başvuruçular tarafından söz konusu idari para cezasına ilişkin işlemlerin iptali talebiyle idare

¹³⁷ Danıştay, 13. D., 16.05.2019, E. 2018/4045, K. 2019/1730. Aynı yönde bkz. Danıştay, 13. D., 19.02.2019, E. 2018/3235, K. 2019/454; Danıştay, 15. D., 04.03.2016, E. 2015/8632, K. 2016/1382, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹³⁸ Ulusoy, s. 99.

¹³⁹ Özay, s. 121.

¹⁴⁰ Ulusoy, s. 100.

¹⁴¹ Emine Cin, İdare Hukukunda Karine ve Varsayım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 183-186.

¹⁴² “**İdari yaptırımlara, cezalandırma amaçlarının da bulunması sebebiyle temel ceza hukuku ilkelerinden; savunma hakkı, kanunilik, lehe kanunun geçmişe yürütmesi, masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır kuralı gibi ilkelerin de uygun olduğu ölçüde tathik edilmesi gerekmektedir.** Anayasa'nın 38. maddesinde idarî ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, belirli normların sadece kanunlarla düzenlenebileceğini öngören kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idarî yaptırımlarda da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir. Nitekim, başta Anayasa'nın 38. maddesinde yer alanlar olmak üzere, temel ceza hukuku ilkelerinin idarî yaptırımlara da uygulanması gerektiği Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından kabul edilmektedir.” Danıştay, 13. D., 23.12.2016, E. 2016/3493, K. 2016/4367. Aynı yönde bkz. Danıştay, 5. D., 27.03.2018, E. 2016/16014, K. 2018/12646; Danıştay, 13. D., 23.12.2016, E. 2016/3493, K. 2016/4367; Danıştay, 15. D., 04.03.2016, E. 2015/8632, K. 2016/1382, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴³ AYM, Ahmet Altuntaş ve Diğerleri, 17.05.2018, Başvuru Numarası: 2015/19616, R.G. Tarih ve Sayı: 27.06.2018-30461.

mahkemesinde dava açılmış; İdare Mahkemesi “tarım arazilerinde her zaman gerçekleştirilebilen anız yakma eyleminde anızı bizzat yakan kişinin idare tarafından tespit edilmesi olanağının bulunmadığı, anızı bizzat yakan kişinin tespit edilememesi sonucu idari yaptırım uygulanmaması halinde ise tarım arazisinin veriminin yok olmasına, çevre kirliliğine ve yangınlara sebebiyet verileceği, dolayısıyla anız yakma eyleminin yaptırımsız kalmaması amacıyla anızı yakan kişinin taşınmazın maliki konumunda bulunan başvuruçular olduğunun kabul edilmesi gerektiği” gerekçesiyle davayı reddetmiş; Bölge İdare Mahkemesi de mahkeme kararlarının usul ve hukuka uygun olduğunu belirterek hükmün onanmasına karar vermiştir. AYM başvurusu, suçsuzluk karinesi kapsamında incelemiş; kişinin masumiyetinin asıl olmasından dolayı suçluluğu ispat külfetinin iddia makamına ait olduğu, kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemeyeceği ve maddi gerçeğe ulaşmak için suç isnadı altında olan kişiden masum olduğunu ispat etmesinin istenemeyeceği, mahkemenin anız yakma eylemlerinin mülk sahiplerince gerçekleştirildiğine dair fiili karineden yararlandığı, karineyle suç isnadı altındaki başvuruçuların otomatik olarak suçlu konumuna düşürüldüğü gerekçeleriyle ihlal kararı vermiştir¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Fransız Anayasa Konseyi de 2009 yılında benzer yönde bir karar vermiştir: Fransız Anayasa Konseyi bu karar öncesinde uzun yıllar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHM) 6’ncı maddesini ve AİHM içtihatlarını da göz ardı ederek suçsuzluk karinesinin idari yaptırımlarda uygulama alanının bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Fransız Danıştay da Anayasa Konseyinin görüşünü benimsemiş ve suçsuzluk karinesi ile idare hukukunda geçerli olan hukuka uygunluk karinesi arasında bağdaşmazlık olduğunu ileri sürerek idari yaptırımlarda suçsuzluk karinesini dışlamıştır. Ancak Fransız Anayasa Konseyi 2009 yılında verdiği bir kararda uzun yıllar geçerli olan içtihadını değiştirerek idari yaptırımlara ilişkin yaptığı incelemede suçsuzluk karinesine başvurmuştur. “Hadopi (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet) Kanunu” olarak bilinen Kanun, internet üzerinden yapılan korsanlık faaliyetlerinin önlenmesi ve bu faaliyetlere yaptırım uygulanması amacıyla bir bağımsız idari otorite kurulmasına ilişkindir. Kanun, bağımsız idari otoriteye, usulsüz alıntı, kopyalama gibi telif haklarını ihlal edici faaliyetleri gerçekleştirenlere yönelik olarak, internet üzerinde gerçekleştirilen birtakım hizmetlere erişimin engellenmesi yaptırımı uygulama yetkisi vermiştir. Kanun, internet hizmeti erişiminin askıya alınmasına kadar uzanan dereceli bir yaptırım sistemi öngörmüştür. Fransız Anayasa Konseyi, kanunda suçsuzluk karinesine istisna teşkil edecek şekilde karineler öngörülebilmesi için şu üç şartın varlığını aramıştır: 1. Karine, kesin karine niteliğinde olmamalı; karinenin aksinin ispatı mümkün olmalıdır. 2. Savunma hakkına uyulması sağlanmalıdır. 3. Karineye yol açan olgular kişiye suç isnat edilebilmesine uygun nitelikte olmalıdır. Hadopi Kanunu ise telif haklarına aykırı biçimde korsanlık faaliyetleri gerçekleştiğinde, tespit edilen internet aboneliği sahibi tarafından idari suçun işlendiğini karine olarak öngörmüş ve aslında idarede olan ispat yükünü internet kullanıcısının üzerine geçirmiştir. Başka bir deyişle, korsanlık faaliyetinin gerçekleştiği sayfalara girdiği tespit edilen internet aboneliği kimin üzerine görünüyorsa, o kişi aleyhine bir “suçluluk karinesi” yaratılmış ve bu kişinin suçsuzluğunu ispat etmesi gerektiği öngörülmüştür. Konsey ise bu durumun yukarıda belirtilen şartlara aykırı

AYM, söz konusu kararında ayrıca, genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğünün iddia edende kaldığı sürece savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesinin suçsuzluk karinesine aykırılık anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte AYM, suç isnadını içeren karinenin aksinin başvuru tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi otomatik olarak suçlu haline getirmemesi gerektiğinin altını çizmiştir.

AYM, somut olayın koşullarına göre idari yaptırımlarda -adli suç ve cezalara nazaran- sorumluluk karinelerine ilişkin standartların daha esnek yorumlanmasının mümkün olduğunu; ancak bu durumda dahi ispat bakımından kullanılan karinelerin suçsuzluk karinesini ihlal eder boyuta ulaşmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu bakımdan kanun koyucunun idari usulde geçerli olan resen araştırma ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve suçsuzluk karinesine istisna teşkil edecek nitelikte ispat yüküne ilişkin hükümler getirmesi halinde dahi, idarenin idari yaptırım kararı alırken, söz konusu hükümleri veya karineleri suçsuzluk karinesini tümüyle ortadan kaldıracak şekilde hareket etmemesi, ileri sürülen iddiaları titizlikle incelemesi ve kişiyi otomatik olarak suçlu hale getirecek uygulamalardan kaçınması gerekmektedir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ayrımcılık yasağının ihlali incelemesi sonucunda idari yaptırım kararı alabildiğinden, Kurumun yapacağı incelemelerde şüpheden sanık yararlanır ilkesine ve suçsuzluk karinesine uygun davranması gerekmektedir. TİHEKK'in 21'inci maddesi bu konuda bir istisna teşkil etmemektedir.

c. İdari Usulde Uyumlu Eylem Karinesi Örneği ve Bu Karinenin Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda Öngörülen Hükümle Karşılaştırılması

TİHEKK'teki ispat yüküne ilişkin hükme benzer yönde kural Türk rekabet hukukunda bulunmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre;

olduğuna hükmetmiştir. Cons. const. 10 juin 2009 (n° 2009-580-DC), JO 13 juin 2009, p. 9675, Aurélie Cappello, "Retour sur la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel Relative aux Sanctions Administratives", 2010/2, (2), Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, s. 415-422.

“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Hükmün öngördüğü bu karine “uyumlu eylem karinesi” olarak adlandırılmaktadır. Öncelikle rekabet ihlali ile ilgili iddialarda ispat yükünün Rekabet Kurulunda olduğunu belirtmek gerekir¹⁴⁵. Bununla birlikte söz konusu hükümle aksi ispat edilebilir bir kanunî karine öngörülmektedir¹⁴⁶.

Uyumlu eylem karinesi öğretide “suçsuzluk karinesi”, “idari usul ilkeleri” ve “ispat yükü” gibi kavramların etrafında şekillenen tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinde idari bir suçun tanımı yapıldığından, ispat yükünün tümüyle Rekabet Kurulunda olması gerekir. İdari yaptırımlar söz konusu olduğunda bir kimsenin suçlu sayılabilmesi için suçluluğun idarece kanıtlanmak suretiyle sabit olması zorunludur. Dolayısıyla bu görüşe göre söz konusu madde Anayasa’nın 38’inci maddesine aykırıdır¹⁴⁷. Başka bir görüşe göre ise hükümde suçsuzluk karinesine bir aykırılık bulunmamaktadır¹⁴⁸. Ancak uyumlu eylem karinesi suçsuzluk karinesine aykırı görülme dahi, karinenin ispat güçlüğünün aşılmasında sadece yardımcı bir araç olduğu savunulmaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Ejder Yılmaz, “Rekabet Hukukunda İspat Yükü”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Rekabet Kurulu, 7 Nisan 2006, s. 73. Gönenç Gürkaynak/K. Korhan Yıldırım/M. Hakan Özgökçen/A. Buğra Aydın, “Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları”, 2011, 12(4), Rekabet Dergisi, s. 90. Dilek Cengiz, “Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, 2008, (35), Rekabet Dergisi, s. 20.

¹⁴⁶ Yılmaz, İspat Yükü, s. 76.

¹⁴⁷ Metin Günday, “Rekabet Kurulu’nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, Kayseri, 6-7 Nisan 2007, s. 10. Benzer yönde bkz. Nurkut İnan, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 54.

¹⁴⁸ Gökşin Kekevi / Burcu Can / Zeynep Şengören, “Uyumlu Eylem Karineleri: Mitler ve Gerçekler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IX, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 6 Mayıs 2011, s. 209-210. Cin, s. 191.

¹⁴⁹ Cin, s. 191. Örneğin AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukuku-na Muhtemel Yansımaları Sempozyumunun soru-cevap kısmında Öz, söz konusu hükmün

Rekabet Kurulu, uyumlu eylem karinesine başvurmak suretiyle sonuca varırken, o piyasada tespit ettiği “fiyatı belirleme”, “piyasayı bölüşme” yahut “arz ve talep kontrolü” hakkında elde ettiği somut verileri ve bunların delillerini açıkça göstermek zorundadır¹⁵⁰. Ayrıca bu karine aksi ispat edilebilir bir karine olduğundan, Rekabet Kurulu nihai kararını vermeden önce bu karineye dayanacağını ve bunun nedenlerini ayrıntılı bir şekilde ilgili tarafa bildirmeli ve onun bu karinenin aksini ispatlamasına olanak tanımalıdır. Aksi halde tesis edeceği işlem hukuka aykırı olacaktır¹⁵¹.

Budak’a göre uyumlu eylem karinesine ilişkin bu hüküm ispat yükünün yerini değiştiren bir hüküm olarak nitelendirilmemelidir. Zira bu hüküm yalnızca uyumlu eylemin tespitinde hangi ölçütün; yani hangi ispat ölçüsünün kullanılacağına ilişkindir. Rekabet Kurulu her durumda objektif verilerden yola çıkarak yaptığı inceleme sonucunda makul kuşkuları ortadan kaldıracak bir sonuca varmalı; sıradan bir kuşkudan öteye gidemediği durumlarda ise şüpheden sanık yararlanmalıdır. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin son fıkrasında yer alan “*ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir*” şeklindeki hükmü ispat yükünün yer değiştirmesi olarak nitelendirmemek gerekir. Bu hüküm “*hakkında soruşturma yapılan teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılmalıdır.*” Yazara göre “*uyumlu eylemin varlığının Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmesi ve bu tespitin hakikate uygun olmadığına ispat edilmesi*”, zaman itibarıyla birbirinden ayrılan, birbirini takip eden iki ayrı işlem değildir. Söz konusu olan, rekabet kısıtlamasının mevcut olup olmadığı incelenirken ilgili teşebbüse de dinlenilme hakkı tanımaktan ibarettir.”¹⁵² Rekabet Kurulu’nun içtihatları da aynı yöndedir¹⁵³. Bu sebeple söz konusu

Anayasa’ya aykırı olmadığını savunurken uyumlu eylem karinesini ortaya koyan olguların neler olduğunu Rekabet Kurulunun ispat etmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Gamze Öz, AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukukuna Muhtemel Yansımaları, 6 Kasım 2000, Ankara, Soru-Cevap Bölümü.

¹⁵⁰ Yılmaz, İspat Yükü, s. 77.

¹⁵¹ Yılmaz, İspat Yükü, s. 77.

¹⁵² Ali Cem Budak, “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu–I, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 2003, s. 47-48.

¹⁵³ Rekabet Kurulu’nun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı v. Tıbbi Nitelikteki Sarf Malzemesi Sağlayıcısı Firmalar hakkındaki 02-36/396-164 sayılı kararı, kenar no H-2 (www.rekabet.gov.tr); Rekabet Kurulu’nun Özel Okullar Derneği hakkındaki 99-6/48-17 sayılı kararı, kenar no. 3 (Resmi Gazete 22 Nisan 2000, sayı 24028). Aktaran, Budak, s. 48-49.

hükmün şüpheden sanık yararlanır ilkesine uygun bir biçimde yorumlanması gerekir¹⁵⁴. Atiyas ve Gürkaynak'ın deyimiyle karinenin “çıplak” kullanımını tek başına ispata yeterli görmemek gerekir¹⁵⁵.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde öngörülen uyumlu eylem karinesinin suçsuzluk karinesine aykırı olduğunu savunanlar ile bu görüşün aksini savunanların, ispat yükünün Rekabet Kurulunda olduğu ve karineye esas teşkil edecek olguları da Kurulun ortaya koyması gerektiği hususunda büyük oranda birleştikleri tespiti rahatlıkla yapılabilir. Dolayısıyla ispat yüküne ilişkin öngörülen kuralların medeni yargılama usulü ile idari usulde birbirinden farklı sonuçları doğurduğu açıkça görülmektedir.

Bu noktada uyumlu eylem karinesi ile 6701 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinde öngörülen ayrımcılık karinesinin farklarını ortaya koymak gerekmektedir. Bir kere uyumlu eylem karinesini doğuran olguları resen yürüttüğü inceleme ve araştırmalarla Rekabet Kurulu bizzat kendisi ortaya koymaktadır. Ayrımcılık karinesinde ise karineye temel teşkil eden olgular Kuruma başvuran kişi tarafından ortaya atılmaktadır. Ayrıca Rekabet Kurulunun incelemesinde hakkında soruşturma yürütülen taraflar piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerdir. Ancak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu çoğu zaman gerçek kişilere de yaptırım uygulayabilmektedir. Bu sebeplerle ayrımcılık karinesinin, uyumlu eylem karinesine nazaran, hakkında ihlal iddiası bulunan kişiler bakımından “daha sert” bir karine olduğu açıktır. Sonuç olarak uyumlu eylem karinesinin idarenin resen araştırma yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmadığı, ispat yükünün yer değiştirmesinin medeni yargılama usulünde olduğu gibi gerçekleşmediği, karinenin sadece ispatı kolaylaştırdığı ve başka delillerle de desteklenmesi gerektiğine ilişkin açıklamalar evleviyetle ayrımcılık karinesi açısından da geçerli olmalıdır. Atiyas ve Gürkaynak'ın uyumlu eylem karinesi için yaptıkları yorum ayrımcılık karinesi için de benimsenmelidir: İspat için karinenin çıplak kullanımı yeterli değildir.

¹⁵⁴ Cengiz, s. 20; Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın, s. 113.

¹⁵⁵ İzak Atiyas/Gönenç Gürkaynak, “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, 23 Mart 2006, s. 80-115.

ç. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemede İspat Yüküne İlişkin Hükmün Değerlendirilmesi

TİHEKK'in 21'inci maddesinin "lafzının", Kanun'un diğer hükümleri, idari usulde¹⁵⁶ resen araştırma ilkesi, suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile uyumsuzluğu; karine, emare, ispat yükü gibi kavramların idare hukukuna yabancı olması; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te¹⁵⁷ maddenin nasıl uygulanacağına ya da ispat yüküne ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması, söz konusu hükmün, bilhassa sistematik yorum yöntemine başvurulurak¹⁵⁸ değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Öncelikle TİHEKK'in 21'inci maddesinin ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla başvuran kişiye, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyma yükü getirip getirmediğini; başka bir deyişle başvuranın ispat yükünün olup olmadığını değerlendirmek gerekir.

Söz konusu hüküm soyut norm denetimi yoluyla AYM'nin önüne götürülmüştür. İptal talebinin gerekçesi, madde hükmü ile "başvurucudan iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymasının beklendiği" yorumu üzerine kurgulanmış, ayrımcılığa uğradığını ileri sürmenin ispat yükünden kurtulmak için yeterli

¹⁵⁶ Yılmaz, her usulde, kendine ait yöntemlerin uygulanmasının önemini şu sözlerle dile getirmektedir; "Her proses'te sağlıklı bir sonuca varabilmek için bazı yöntemler kullanılır. Bu yöntemler en ince ayrıntısına kadar özenle (daha önceden elde edilen deneyimlerin ışığı altında tespit edilerek) konulmuş bulunan yöntemlerdir. Proses'in konusu, örneğin belli bir ilacın elde edilmesi ise her seferinde daha önceden belirlenmiş miktarda malzeme kullanılarak ve belli işlemler yapılarak sonuca varılır. Malzemenin en ufak şekilde farklı kullanılması veya şu yahut bu nedenle işlemde hata yapılması, amaçlanan ilaçtan başka bir ürün elde edilmesi sonucuna yol açar. Bu ürün belki bir zehir etkisi de yapabilir. Öte yandan seri imalatlar için her defasında aynı yöntemlerin uygulanması kaçınılmazdır; aksi takdirde elde edilen ürünler arasında farklılıklar ortaya çıkar ve standart bozulur." Yılmaz, İspat Sorunları, s. 80.

¹⁵⁷ Resmî Gazete, Tarih: 24.11.2017, Sayı: 30250.

¹⁵⁸ Sistematik yorum, hukuk kurallarının dahil oldukları bütünsellik içerisinde anlamlandırılması anlamına gelir. Böylece hukuk düzeninde tutarlılık ve uyum sağlanır. Dar anlamda sistematik yorum, bir hukuk kuralının anayasa dahil o hukuk sistemindeki pozitif hukuk kurallarıyla bütünleştirilerek yorumlanması; geniş anlamda sistematik yorum ise bir hukuk kuralının ait olduğu hukuk sisteminin genel felsefesiyle tutarlı olabilecek şekilde yorumlanmasıdır. E. Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 261-263. Ayrıca bir hukuk kuralı yorumlanırken "hukukun genel ilkelerine uygunluk" ilkesi göz önüne alınmalıdır. Atay, Hukuk Başlangıcı, s. 246.

olması gerektiği savunulmuştur¹⁵⁹.

AYM ise kanun koyucunun, haksız fiil ve sonuçları hakkında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla usul kurallarının ve ispat usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahip olduğu; hukuk yargılamasında genel ilke olan iddia edenin iddiasını ispat etme yükümlülüğünün, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda yumuşatıldığı, ***kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığının ortaya konulmasının yeterli görüldüğü***; ispat külfeti yer değiştirerek karşı taraftan, farklı muamelenin var olmadığını veya bu farklı muamelenin haklı sebeplere dayandığını ispat etmesinin istendiği; Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında da ayrımcılık iddiasının ciddi görülebilmesi için başvurucunun, kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele arasındaki farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. bir ayrımcılık temelinde dayandığını makul delillerle ortaya koyması, başvurucunun iddiasını temellendirmesi hâlinde farklı muamelenin var olmadığını veya haklı sebeplere dayandığını ispat yükümlülüğünün farklı muameleyi gerçekleştiren kamu makamlarına geçeceğinin açıklandığı; ***kanun koyucunun ayrımcılık yasağının ihlali iddiasında başvurucudan öncelikle kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığının ortaya konulmasını öngörerek*** daha sonra bu yasağın ve eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine ilişkin ispat külfetini karşı tarafa yüklemesinin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu gerekçeleriyle iptal talebini reddetmiştir¹⁶⁰.

¹⁵⁹ İptal talebinde özetle; "(A)yrımcılığı kanıtlamanın güçlüğü karşısında ayrımcılık iddiasında ispat külfetinin iddiada bulunan tarafa olmadığı, ispat yükünün tersine döneceği ve karşı tarafa yükleneceği, başvurucunun farklı muameleye tabi tutulduğunu (ayrımcılık karinesini) ortaya koyması durumunda bu farklı muamelenin haklılığını ispatlama görevinin hükümete ait olduğunun AİHM kararlarında belirtildiği, ***iptali talep edilen düzenlemede, başvuranın sadece ayrımcılığa uğradığını ileri sürmesinin kendisini ispat külfetinden kurtarmasını sağlamadığı, başvurucudan iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymasının beklendiği, ... münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kurum'a yapılan başvurularda ayrımcı muamelede bulunanların ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerektiği, iptali talep edilen düzenlemenin demokratik toplumda gerekli olmadığı, hakkın özüne müdahale niteliği taşıdığı ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı, AİHM kararları ile de uyumlu bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 90. maddelerine aykırı olduğu***" ileri sürülmüştür.

¹⁶⁰ AYM, 15.11.2017, E. 2016/132, K. 2017/154, R.G. Tarih ve Sayı: 26.12.2017- 30282. Kurumun da başvuran kişinin, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymakla yükümlü olduğu yönünde kararlar verdiği

AYM'nin ret kararını haklı bulmakla birlikte, gerekçesine katılmak mümkün değildir. AYM, iddia edenin iddiasını ispat yükümlülüğünden bahsetmektedir. En genel anlamıyla ispat yükü, ispat faaliyetinin gerçekleştirilememesinin dezavantajlarına katlanma yükümlülüğü¹⁶¹ olarak tanımlanabilir¹⁶². Önemle ifade etmek gerekir ki, ispat yükü kavramı, “mahkemelerin pasifliği ilkesinin” benimsendiği medeni yargılama hukukuna ait bir kavramdır. Ancak yukarıda da açıklandığı gibi idari usulde, idari yargılama hukukunda olduğu gibi, resen araştırma ilkesi geçerlidir¹⁶³. İdari usulde resen araştırma ilkesinin geçerli olması nedeniyle taraflar ispatla yükümlü olmadığından doğal olarak ispat yükü kavramından da söz edilememektedir¹⁶⁴.

Kural olarak objektif ve sübjektif ispat yükü altında olan idare, maddi gerçeğe ulaşmak için gerekli inceleme ve araştırmaları yapmakla yükümlüdür. Bu bakımdan idari usul, medeni yargılamadan tamamen farklıdır. AYM, “kanun koyucunun ayrımcılık yasağının ihlali iddiasında başvuruca

görülmektedir. “(B)aşvuran, etnik kökeni nedeniyle işyerinde ayrımcılığa uğradığına ilişkin olarak iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymadığından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin yeterli bir kanaat oluşmamıştır.” Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 16.04.2019 tarihli, Başvuru: 2018/4884, Karar: 2019/28 numaralı karar. “(B)aşvuran ne başvuru dosyasında yer alan hususlarda ne de yüz yüze yapılan görüşmelerde sözü geçen ev sahiplerinin kendisine medeni hali nedeniyle ayrımcılık yaptığına ilişkin soyut iddiaların ötesine geçen ve ispat yükünü paylaşmaya imkân verecek bir delil veya emare sunamamıştır. Makul şüphe bırakmayacak bir kanıt standardından söz etmenin mümkün olmadığı böyle bir durumda adı geçen muhataplar bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair bir kanaat oluşmamıştır.” Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 27.06.2018 tarihli, Başvuru: 2017/2939, Karar: 2018/69 numaralı karar. “Dolayısıyla başvuran, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymadığından işyerinde yıldırma ve makul düzenleme yükümlülüğü açısından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin yeterli bir kanaat oluşmamıştır.” Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 15.01.2019 tarihli, Başvuru: 2018/3034, Karar: 2019/06 numaralı karar. Kurumun kararları incelendiğinde, “ispat yükü odaklı” hareket ettiği görülmektedir. Öncelikle başvurandan iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması beklenmekte; başvuran “kanıt başlangıcı” niteliğinde olgular ortaya koyduğunda dahi ispat yükünün karşı tarafa geçtiğini kabul etmektedir. Ancak idari usulde ispat yükü kavramına medeni yargılama usulündeki gibi bir anlam yüklenmemeli, idare resen araştırma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

¹⁶¹ Tarafları ispata zorlayanın bir yükümlülük değil de kendi yararları olduğu yönünde bkz. Taşpınar, s. 56.

¹⁶² Jungo, N. 180.

¹⁶³ Herkesin iddiasını ispatlamakla yükümlü olması genel kuralı idari usulde geçerli olmadığı gibi Karaçoban Güneş'e göre aynı şekilde vergi usul hukukunda da geçerli değildir. Karaçoban Güneş, s. 159.

¹⁶⁴ Taşpınar, s. 545-546, 548.

öncelikle kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığının ortaya konulmasını” öngördüğünü belirtmektedir. Kanaatimizce hüküm hiçbir şekilde Kuruma başvuran kişiye böyle bir yükümlülük getirmemekte; aksine başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması “hâlinde” idarenin ispat yükünü hafifletmektedir. Başka bir deyişle, ayrımcılık yasağının ihlalinin salt bir ihtimal olmaktan çıktığı ve önemli bir ağırlığa ulaştığı olaylarda¹⁶⁵, bu ayrımcılık karinesi vasıtasıyla Kurumun ispat yükü hafifletilmektedir. Dolayısıyla başvuran kimse, hiçbir belge, emare veya karine sunmasa bile Kurum, başvuranın iddiasına ilişkin gerekli inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlüdür. Zira ayrımcılık iddiasına ilişkin bilgi ve belgelerin, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği ileri sürülen tarafta (özellikle bu taraf idareyse) bulunması kuvvetle muhtemeldir. Elinde iddiasını destekleyecek herhangi bir belge bulunmayan kişinin başvurusunun, “kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyamadığı” gerekçesiyle reddedilmesi ne idare hukukunun genel prensipleriyle ne de ayrımcılıkla mücadeleyle bağdaşır.

AYM ayrıca “*bireysel başvuru kararlarında da ayrımcılık iddiasının ciddi görülebilmesi için başvurucunun, kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele arasındaki farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. bir ayrımcılık temelinde dayandığını makul delillerle ortaya koyması*”ndan örnek vermektedir. Ancak bireysel başvuru yapılmadan önce kural olarak, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple ayrımcılık iddiası AYM’nin önüne gidene dek çok sayıda aşama tamamlanmış, uyuşmazlık adeta berraklaşmış, iddiaya konu bilgi ve belgeler ortaya konulmuş olacak ve başvuranın iddiasını destekleyecek dayanakların elinde bulunma ihtimali çok büyük oranda artacaktır. Kuruma yapılan başvuruların ise AYM’ye yapılan bireysel başvurulardan farklı olarak, “başvuranın ayrımcılık iddiasına yönelik başvurduğu ilk hukuki yol” olması kuvvetle muhtemeldir. Başka bir deyişle kural olarak AYM bu hususta son başvuru mercii, Kurum ise ilk başvuru mercii konumundadır. Bu sebeple başvuranın iddiasına ilişkin henüz ortaya koyabileceği bir delilin olmaması son derece doğaldır.

TİHEKK’in ne 21’inci maddesi ne de diğer maddeleri başvurana ispat yükü yüklemektedir. Kanun’a göre Kurumun görevlerinden biri “*ayrımcılık*

¹⁶⁵ Erfk/Schlachter, AGG § 22, Rn. 3.

yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek”tir (m. 9/1-g). Kanun bu hususta Kurumun resen veya başvuru üzerine harekete geçmesi bakımından bir ayırım yapmamıştır. Ayrıca Kanun başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamayacağını öngörmektedir (m. 17/1).

TİHEKK, ihtiyaç duyulması hâlinde görüşlerinden yararlanılmak üzere ilgililerin Kurul toplantısına davet edilebileceğini (m. 12/9) ve kurum personelinin Başkanın yetkilendirmesi hâlinde, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden ilgili bilgi ve belgeleri istemeye, incelemeye ve bunların örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerleri ziyaret etmeye, buralarda inceleme yapmaya ve gerekli tutanakları düzenlemeye, kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişi ya da kişilerle görüşmeye yetkili olduğunu (m. 19/2) öngörmüştür. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, Kurumun ziyaretlerini kolaylaştırmak ve taleplerini gecikmeksizin yerine getirmek (m. 19/2) ve Kurumun inceleme ve araştırma konusuyla ilgili olarak gerekçesini belirterek istediği bilgi ve belgeleri, bu talebin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde vermek zorundadır (m. 19/4). Bu hususta öngörülen yükümlülöklere, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan kişi ve kuruluşlar hakkında idari para cezası uygulanmaktadır (m. 25/3). Kuruma bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi konusunda da yetki verilmiştir (m. 20).

Benzer hükümler Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te de bulunmaktadır. Yönetmelik’in “Başvurunun yapılış usulü” başlıklı 35’inci maddesinin beşinci fıkrasında “*Varsa başvuru konusuna ilişkin bilgi ve belgeler de başvuruya eklenir.*” denmekte; başvuranın ispat yükü altında olması bir yana, başvurusuna bilgi veya belge eklemesi dahi zorunlu tutulmamaktadır. Yönetmelik’e göre Kuruma yapılan başvurular, inceleme ve araştırmaya geçilmeden önce ön incelemeye tabi tutulur (m. 48). Ön inceleme konuları arasında başvuruçunun kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyup koymadığı bulunmamaktadır¹⁶⁶. Hatta ön incelemede

¹⁶⁶ “*Ön incelemenin yapılması*”

MADDE 48 – (1) Kuruma yapılan başvurular, inceleme ve araştırmaya geçilmeden önce ön incelemeye tabi tutulur ve sonucunda;

a) Kurumun görev alanına girip girmediği,

ilgili tarafın yanlış gösterildiği tespit edilirse Kurumun, resen doğru tarafı belirleyeceği ve inceleme aşamasına geçeceği öngörülmüştür (m. 49/3).

Yönetmelik'e göre sadece başvurucuyu ilgilendiren başvurularda, başvurudan vazgeçilebilir (m. 60). Başvurucu veya ilgili taraf gerçek kişi ise ölümü, tüzel kişi ise tüzel kişiliğinin sona ermesi durumunda da inceleme ve araştırma sonlandırılır (m. 61). Ancak "*Başvurudan vazgeçme, başvurunun uzlaşma ile sonuçlanması ve başvurunun veya ilgili gerçek kişi tarafın ölümü veya tüzel kişiliğinin sona ermesi hâllerinde başvuru konusunun; insan haklarına, temel hak ve özgürlüklere, engelli haklarına, kadın haklarına, çocuk haklarına ve kamuyu ilgilendiren genel konulara yönelik olması durumunda resen inceleme ve araştırmaya devam edilebilir.*" (m. 63). Görüldüğü üzere bazı durumlarda başvuranın ölümü veya başvurudan vazgeçmesi dahi sonuç doğurmamakta; Kurumun resen inceleme ve araştırmaya devam edeceği öngörülmektedir. Yönetmelik'in diğer maddelerinde de inceleme ve araştırma usulü bakımından başvuru üzerine veya resen harekete geçme bakımından bir ayırım yapılmadığı görülmektedir¹⁶⁷.

Hem söz konusu Kanun hem de Yönetmelik hükümleri incelendiğinde, Kurumun inceleme usulünde resen araştırma ilkesinin benimsendiği, bu hususta başvuru üzerine veya resen harekete geçme bakımından bir ayırım gözetilmediği, başvuranın ispat yükünün bulunmadığı gibi herhangi bir delil sunmasının da zorunlu olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Başvuranın mevzuatta öngörülen şartları içeren bir dilekçeyle başvurusu halinde,

b) Kurumda incelenmekte ve araştırılmakta olan bir başvuruyla sebepleri, konusu ve taraflarının aynı olup olmadığı,

c) Kurum tarafından daha önce sonuçlandırılan bir başvuruyla, sebepleri, konusu ve taraflarının aynı olup olmadığı,

ç) Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olup olmadığı,

d) Kuruma başvurmadan önce Kanuna aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilip edilmediği,

e) Belli bir konuyu içerip içermediği,

f) Başvuruda bulunması gereken bilgilerin yer alıp almadığı yönlerinden incelenir.

(2) Başvurucusu birden fazla olan başvurularda, incelenebilirlik koşulları her başvurucu yönünden ayrı ele alınır."

¹⁶⁷ Örneğin Yönetmelik'in "Yeniden inceleme ve araştırma" başlıklı 77'nci maddesine göre; "Kurul, kararın verilmesinden sonra sonucu etkileyebilecek bilgi ve belgelerin ortaya çıkması durumunda başvuru hakkında yeniden inceleme ve araştırma yapabilir."

kanaatimizce, idare iddialara ilişkin gerekli inceleme ve araştırmaları resen gerçekleştirmek zorundadır¹⁶⁸.

TİHEKK’ın 21’inci maddesine ilişkin değerlendirilmesi gereken bir başka husus, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma başvuranın, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, “*karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir*” kuralının nasıl yorumlanacağına ilişkindir. Zira ispat yükünün tersine çevrilmesinde suçsuzluk karinesi ile çelişen bir yön bulunmaktadır. Nitekim AİHM, prensipte, ispat yükümlülüğünün savunmaya devredilmesini suçsuzluk karinesinin ihlali olarak görmektedir¹⁶⁹.

Bununla beraber suçsuzluk karinesi ve adil yargılanma hakkı, temel bir hak olmasına rağmen mutlak ve sınırsız bir hak değildir¹⁷⁰. Gerçekten de suçsuzluk karinesi dolayısıyla cezai ve idari yaptırımlar bakımından ispat yükü kural olarak devletin üzerindeyse de bazı durumlarda ispat yükünün savunmaya devredildiği örneklerle karşılaşılabilir. Bu anlamda suçsuzluk karinesinin aksi yönünde normatif bir düzenlemenin bulunduğu, sanığın, suçlamalara karşı aktif bir savunma yaptığı¹⁷¹ durumlarda ispat yükümlülüğü savunmaya geçebilmektedir¹⁷².

¹⁶⁸ Kurum bir kararında, başvuranın, okul idaresinin öğrenciye “*Sen engellisin, senin okuman yazman yok, seni nereye alalım?*” şeklinde ifadeler kullandığı yönündeki iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymadığı ve dosya üzerinden yapılan incelemede bu iddiaları destekleyebilecek herhangi bir bilgiye veya unsura da rastlanılmadığı gerekçeleriyle ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bkz. Kurumun 01.07.2020 tarihli, Başvuru: 2019/4063, Karar: 2020/150 numaralı kararı para. 36. Kurum bir başka kararında da şu gerekçelerle ayrımcılık yasağı ihlalinin yapılmadığına karar vermiştir: “*(B)aşvuranın yaş temelinde ayrımcılık sebebiyle işyerinde yıldırma uğradığı iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareler ve karine oluşturan olguların varlığını yeteri kadar ortaya koymadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle, başvuranın muhatabın görüşüne karşı verdiği yazılı görüşte, iddialarının yerinde incelenmesi ve tanık dinlenmesi talepleri hakkında da ileri bir incelemenin yapılmasına gerek olmadığına kanaat getirilmiştir.*” Bkz. Kurumun 16.06.2020 tarihli, Başvuru: 2020/378, Karar: 2020/142 numaralı kararı para. 66. Oysa Kurumun, örneğin Kanun’da öngörülen tanık dinleme yetkisi (m. 20/3) gibi yetkilerini kullanarak iddiaların gerçek olup olmadığına ilişkin inceleme ve araştırmayı yapması gerekirdi.

¹⁶⁹ AİHM, Telfner/Avusturya, Başvuru Numarası: 33501/96, § 15.

¹⁷⁰ Hamer, s. 148.

¹⁷¹ Sanığın sözelimi meşru savunma veya zorunluluk hali gibi bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu yahut suçun tehdit altında işlendiği şeklinde bir savunma yapması halinde ispat yükümlülüğü savunmaya geçebilmektedir. Quintard-Morenas, s. 140.

¹⁷² Quintard-Morenas, s. 140.

Suçsuzluk karinesinin aleyhine normatif bir düzenleme, 6381 sayılı Orman Kanunu'nun 82'nci maddesinde bulunmaktadır. Bu maddeye göre, orman memurlarının, Orman Kanunu hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında tanzim ettikleri zabıtlar, aksi ispat oluncaya kadar geçerlidir. Dolayısıyla hakkında zabıt tutulan kimseler Orman Kanunu aleyhine suç işlemediklerini ispatla yükümlü tutulmaktadır. Diğer ülke uygulamalarına bakıldığında da bu tarz hükümlerle karşılaşılabilir. Örneğin, Fransız Ceza Kanunu'nun 225-6 maddesinde, fuhuş ile alışkanlıkla bağlantılı olan veya fuhuş ile bağlantılı bir veya birden fazla kimse ile alışkanlıkla ilişki içerisinde olan ve yaşam tarzı için gerekli gelirin kaynağını izah edemeyen kimseye fuhuştan ceza verileceği hüküm altına alınmıştır¹⁷³. Yine Alman Ceza Kanununun 325/2, 326, 327, 328 ve 329'uncu paragraflarında düzenlenen tehlike suçları bakımından suçsuzluk karinesinden bir ölçüde vazgeçildiği belirtilmektedir¹⁷⁴. Birleşik Krallık hukukunda suçsuzluk karinesi aksine bir normatif düzenleme bulunmasa bile delillere ilişkin pratik bazı gereksinimler ispat yükünün tersine çevrilmesi sonucu doğurabilmektedir. Bu minvalde devlet tarafından sanığın suçluluğunu kanıtlamanın neredeyse imkânsız olmasına karşın sanığın delillere yakınlığı veya özel bilgisi sayesinde suçsuzluğunu kanıtlanmasının oldukça kolay olması halinde de ispat yükü savunmaya geçmektedir¹⁷⁵.

AİHM de ispat yükünün savunmaya devredilmesini suçsuzluk karinesinin ihlali olarak değerlendirmesine rağmen, suçsuzluk karinesinin diğer kamu kurum ve kuruluşları açısından mahkemeler kadar katı uygulanmasının gerekmediğine ve ispat yükünün tersine çevrilmesinin belli bir dereceye kadar suçsuzluk karinesini zedelediğine hükmetmektedir¹⁷⁶. Bu anlamda AİHM, fiili veya hukuki karinelerin her hukuk sisteminde bulunabileceğini, Sözleşme'nin kural olarak bu karineleri yasaklamadığını da ifade etmektedir¹⁷⁷. Ayrıca, Sözleşmeciler devletlerin kanunlarında karine öngörürken davanın konusunun önemi ile savunma tarafının hakları arasında adil bir denge kurma

¹⁷³ Detaylı bilgi için bkz. Quintard-Morenas, s. 140. Fransız hukukuna ilişkin benzer örnekler için bkz., N. Mario Caterini, "The Presumption of Innocence in Europe: Developments in Substantive Criminal Law", (8), Beijing Law Review, s. 108 vd.

¹⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz. Caterini, s. 106-107.

¹⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. Hamer, s. 158 vd.

¹⁷⁶ AİHM, Salabiaku/Fransa, Başvuru Numarası: 10519/83, § 28. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. CAMPBELL, s. 685; CATERINI, s. 123.

¹⁷⁷ AİHM, Salabiaku/Fransa, Başvuru Numarası: 10519/83, § 28.

yükümlülüğü altında bulduklarının da altını çizmektedir¹⁷⁸.

AYM de genel anlamda savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesinin suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmekle birlikte¹⁷⁹; “suç isnadını içeren karinenin aksinin başvuru tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hakim de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi otomatik olarak suçlu haline getirmemesi” ve karinelerin, suçsuzluk karinesini ihlal eder boyuta ulaşmalarını gerektiğinin altını çizmektedir¹⁸⁰. Ayrıca AYM’ye göre; “somut olayın özel koşullarında kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlarda -adli suç ve cezalara nazaran- sorumluluk karinesine ilişkin standartların daha esnek yorumlanması mümkündür. Ancak bu durumda dahi ispat bakımından kullanılan karinelerin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmaması gerekir.”¹⁸¹

Bu sebeplerle kanaatimizce TİHEKK’in 21’inci maddesi tek başına suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Hatta ayrımcılığı kesin olarak ispat etmenin güçlüğü ve genel olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen tarafın konuya ilişkin belgeleri elinde bulundurduğu göz önüne alındığında, Kanun’da ispatı kolaylaştıracak bir hükmün bulunması olumludur. Ancak elbette idare söz konusu hükmü, idari yaptırımlarda geçerli olan resen araştırma ilkesi, suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine uygun bir şekilde yorumlayarak uygulamalıdır.

Kurum, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığı ortaya konmuş olsa dahi bunların gerçekliğine ilişkin gerekli tüm inceleme ve araştırmaları

¹⁷⁸ AİHM, 23.07.2002, Janosevic/İsveç, Başvuru Numarası: 34619/97, § 101.

¹⁷⁹ 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 82/4 maddesi ile orman memurları tarafından yapılan suç tutanağının aksi ispat olununcaya kadar geçerli belgelerden sayılacağı yönündeki hüküm somut norm denetimi yoluyla AYM’nin önüne gelmiş, AYM kanunların bazı fiili durumların varlığını suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş olması bakımından karine olarak kabul edebileceği gerekçesiyle söz konusu hükmü suçsuzluk karinesine aykırı bulmamıştır. AYM, 27.03.2014, E.2013/38, K.2014/58.

¹⁸⁰ AYM, Adem Hüseyinoğlu Başvurusu, 15.02.2017, Başvuru Numarası: 2014/3954, § 36.

¹⁸¹ AYM, Ahmet Altuntaş ve Diğerleri Başvurusu, 17.05.2018, Başvuru Numarası: 2015/19616, R.G. Tarih ve Sayı: 27.06.2018-30461.

yapmalı, lehe aleyhe tüm delilleri toplamalı, gerektiğinde tanık dinleme, bilirkişi görevlendirme gibi yollara başvurmalı ve savunma haklarına riayet etmelidir. Kurum üzerine düşen inceleme ve araştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş, ihlali kesin olarak ispatlayamasa da başvuranın ortaya koyduğu olguların varlığına ikna olmuş ve karşı taraf bu olguları çürütecek argümanları ortaya koyamamışsa; ancak bu halde ihlal kararı vermelidir. Başka bir deyişle, hakkında ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiası bulunan tarafı, salt başvuranın ortaya koyduğu emare ve karinelerle, otomatik olarak suçlu ilan etmemeli; kendi yaptığı incelemeler neticesinde ihlalin gerçekleşmediğine kanaat getirirse başvuruyu reddetmelidir¹⁸². Aksi halde kanaatimizce suçsuzluk karinesi ihlal edilmiş olur. Başvuran tarafın ayrımcılığı ispatlaması zayıf konumundan dolayı; ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen tarafın ise menfi durumu (ayrımcılık yapmadığı) ispatlamanın zorluğundan dolayı ispat yükünü sırtlaması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen tarafın da her zaman güçlü konumda olan idare ya da işveren olmadığı; gerçek kişiler aleyhine de Kuruma başvurulabileceği ispat yüküne ilişkin değerlendirmelerde dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla idarenin pasif konumda olmaması, resen araştırma yükümlülüğüne uygun hareket ederek emare ve karinelerin ortaya konması halinde dahi gerekli inceleme ve araştırmaları gerçekleştirmesi gerekir.

Kanaatimizce ispat yüküne ilişkin hüküm, kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığının ortaya konması halinde resen araştırma ilkesini

¹⁸² Kurum kararına konu olayda başvuran, ev sahibinin talimatı doğrultusunda emlak müşavirliğinin kendisine erkek olduğu için ev kiralamaktan imtina ettiğini ifade etmiştir. Emlak müşavirliği ile yaptığı telefon görüşmelerini de bu duruma dayanak olarak göstermiş; saat ve görüşme sürelerine ilişkin bilgileri de paylaşarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan görüşme içeriklerinin temin edilebileceğini belirtmiştir. Kurum başvuranın ileri sürdüğü bilgilerin, iddiaların gerçekliği konusunda kanıt başlangıcı sayılabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. Kendileri de gerçek kişi olan muhataplardan söz konusu görüşme içeriklerini sunmaları beklenemeyeceği düşüncesiyle Kurum, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan bu hususta bilgi talep etmiş; ancak iletişimin tespitine ilişkin talep ilgili mevzuat uyarınca ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında olmadığından bahisle herhangi bir işlem yapılamayacağı belirtilmiştir. Kurum bu hususları belirttiikten sonra ilginç bir şekilde *“bu çerçevede başvuranın iddialarının çürüdüğü yönünde bir kanaate varmak mümkün görünmediğinden, başvuranın iddiaları geçerliliğini korumaktadır”* diyerek ispat yükünün karşı tarafa geçtiğini kabul edip ihlal kararı vermiştir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 19.11.2019 tarihli, Başvuru: 2019/2118, Karar: 2019/64 numaralı karar. Hakkında ihlal kararı verilenin de idare ya da işveren değil; başvuran gibi bir gerçek kişi olduğunu belirtmek gerekir. Kurum kendisinin de doğrulayamadığı, bir gerçek kişinin kesin olmayan iddiaları karşısında başka bir gerçek kişinin suçsuzluğunu ispatlamasını beklemiş; gerçek kişi suçsuzluğunu ispatlayamadığı için de ihlal kararı vermiştir. Kanaatimizce bu karar suçsuzluk karinesinin ihlaline bir örnek teşkil etmektedir.

ortadan kaldırmamaktadır. Hükmün sadece hem Kurumun hem de ihlalle suçlanan tarafın, ayrımcılık yasağı ve eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ortaya koyamaması halinde, ispatı kolaylaştırmak gibi bir işlevi vardır. O halde TİHEKK'in 21'inci maddesinde ispat yükünün yer değiştirdiğinden değil de idarenin ispat yükünün hafiflediğinden söz edilmelidir. Zira başlangıçta ispat yükünün başvuranın değil idarenin üzerinde olması gibi; başvuranın kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde de idarenin ispat yükü tümüyle ortadan kalkmamaktadır¹⁸³. İhlal iddiası kuşkudan öteye geçmedikçe yaptırım uygulanmamalıdır. Ayrıca Kurum tarafından TİHEKK'in 21'inci maddesine başvurularak karar verilecekse, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen tarafa bu durum bildirilmeli ve savunma hakkını etkili şekilde kullanması sağlanmalıdır.

Son olarak ayrımcılık yasağının ihlalini ispatlamayı kolaylaştıran bu hükmün uygulama alanının Kuruma yapılan başvurularla sınırlı tutulmasının yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Zira Kanun'un sistematığına bakıldığında Kurumun başvuru üzerine harekete geçmesi ile resen harekete geçmesi arasında uygulanacak usul bakımından bir ayırım gözetilmediği görülmektedir. İdare her iki durumda da maddi olaya ilişkin gerekli inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlüdür. Bu noktada başvuru, sadece idareyi harekete geçirmek üzere yapılan usuli bir işlem den ibarettir¹⁸⁴. Kurum, başvuru üzerine harekete

¹⁸³ Karaçoban Güneş, idari usuldeki gibi resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu vergi usul hukukunda karineler halinde dahi ispat yükünün karşı tarafa geçmeyeceğini savunmaktadır. Karaçoban Güneş, s. 109. Yazara göre; "uygulamada ve öğretilde mükellefi ispat yükü altına sokacağı ileri sürülen belli durumlar; yalnızca vergi idaresinin kural ispat ölçüsü olan tam ispatı, istisnai ispat ölçüsü olan yaklaşık ispata indirgeyecek yani ispat ölçüsünü azaltacaktır." Bu gibi durumlar sadece idarenin araştırmasının kapsamında esas alacağı ispat derinliğini, ispat ölçüsünü azaltmaktadır. Karaçoban Güneş, s. 309. Funda Başaran Yavaşlar da aynı görüşü savunmaktadır. Ona göre; "idarenin işlemini gerçekleştirebilmesi için ihtiyaç duyduğu deliller vergi ödevlisinin alanındaysa ve vergi ödevlisinin ödevlerini yerine getirmemesi halinde idarenin bu delillere ulaşması oldukça zorsa, artık idarenin ispat yükünün ortadan kalktığını değil ama, ispat ölçüsünün azaldığını kabul etmek gerekir." Funda Başaran Yavaşlar, "Vergilendirme Usulündeki Vergi Ödevleri ve Ödevlerin Yerine Getirilmesinin Re'sen Araştırma İlkesi Karşısında Anlamı", 2016, 15(2), Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, İKÜHFD, s. 126. Yazar, Alman vergi hukukunda da aynı durumun geçerli olduğunu ifade etmektedir. Funda Başaran Yavaşlar, Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 231 vd.

¹⁸⁴ Rekabet Kurulunun başvuru üzerine harekete geçmesine ilişkin olarak Yılmaz'ın tespitleri konumuz açısından dikkate değerdir; "Aslolan Kurulun kendiliğinden (re'sen) harekete geçmesidir; Kanunda, '...kendisine (Kurul'a) intikal eden başvurular' ibaresi, bu ilkeyi ortadan kaldırmaz. Kurul'a yapılacak olan başvurunun sahibinin kim olduğu da önemli değildir. Yapılan başvuru, Kurul'un şu veya bu nedenle kendiliğinden öğrenemediği/bilemediği bir hususun O'na aktarılması şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, Kurul'a

geçse de resen harekete geçtiği durumlarda olduğu gibi gerekli inceleme ve araştırmaları yaptıktan sonra “tek yanlı” idari işlem tesis edecektir. Bu bakımdan hükmün, Kurumun resen harekete geçtiği durumlarda da ayrımcılık yasağının ihlalinin dolaylı mağdur olduğu iddia edilen kişi ya da kişilerin, buna ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymaları hâlinde de ispat yükünü hafifleten kuralın uygulanacağı yönünde düzenlenmesi kanaatimizce daha uygun olur.

SONUÇ

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu idari teşkilat içerisinde yer alan bir kamu kurumu olduğundan, Kurumun yürüttüğü faaliyet idari faaliyet; uygulayacağı usul de idari usuldür. İdari usulde resen araştırma ilkesi geçerlidir. Kamu yararı amacının gerekli kıldığı resen araştırma ilkesinin bir sonucu olarak idare, idari işlem tesis etmeden önce ilgililerin öne sürdüğü iddialara bağlı kalmaksızın gerekli inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapmakla yükümlüdür. İctihadi karaktere sahip olan resen araştırma ilkesi idare hukukunun genel prensiplerinden biridir. Ayrıca Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik incelendiğinde, adı açıkça anılmasa da Kurumun faaliyetlerinde resen araştırma ilkesinin benimsendiği görülmektedir. TİHEKK’in ispat yüküne ilişkin 21’inci maddesindeki hüküm resen araştırma ilkesine bir istisna teşkil etmemektedir. Başvurucunun ispat yükümlülüğü bulunmadığından, ayrımcılık iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması beklenmemelidir. Ne TİHEKK’te ne de ilgili Yönetmelik’te buna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. TİHEKK’in 21’inci maddesi yalnızca, başvurucunun ayrımcılık iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde idarenin ispat yükünün hafifleyeceğini öngörmektedir. Ayrımcılık yasağının ihlali iddiasını

başvuran kişinin, bir özel hukuk davasındaki davacı gibi bir niteliği bulunmamaktadır... Bir uyumsuzlukta, malzemenin (başka bir ifadeyle, delillerin), doğrudan doğruya karar makamı (davalar yönünden, savcı ve/veya mahkeme) tarafından toplanmasına, ‘kendiliğinden araştırma ilkesi’ denir. Kanun’a göre (RK m.40,44) deliller, Kurul tarafından araştırılır. Kurul, kendiliğinden soruşturma açılmasına veya ön araştırma yapılmasına karar vermişse, zaten elinde birtakım deliller var demektir ve aldığı karar çerçevesinde bu delillere yenilerini ekleyebilecektir. Buna benzer şekilde, Kurul kendiliğinden harekete geçmeyip de, kendisine yapılan bir başvuru üzerine soruşturma açmış veya ön araştırma yapılmasına karar vermişse, başvuru sahibinin kendisine ulaştırdığı delilleri ciddi görmüştür ve verdiği karar çerçevesinde başka delil araştıracaktır (hatta, bu durumda başvuru sahibinin kendisine intikal ettirdiği delillerle bağlı olmadığını altını çizmek gerekir).” Yılmaz, İspat Sorunları, s. 90.

içeren başvuru, idareyi harekete geçirmeye yönelik usuli bir beyandan ibarettir.

Kurum ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit ettiğinde idari yaptırım kararı alma yetkisini haiz olduğundan, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve suçsuzluk karinesine uygun hareket etmek zorundadır. Zira şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve suçsuzluk karinesi idari yaptırımlarda da geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi suçsuzluk karinesinin geçerli olduğu alanlarda ispat kurallarına ilişkin ayrıksı düzenlemelerin getirilebileceğini kabul etmekle birlikte; kişiyi otomatik olarak suçlu hale getirecek ve bu ilkeleri anlamsız kılacak ölçüdeki uygulamaları hak ihlali olarak değerlendirmektedir. TİHEKK'in 21'inci maddesinde öngörülen; ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma başvuranın, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, *“karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir”* kuralı ispata ilişkin sadece yardımcı bir araç olarak görülmeli ve katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Aksi halde resen araştırma ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve suçsuzluk karinesi ihlal edilmiş olacaktır.

Sonuç olarak idari usulde resen araştırma ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, suçsuzluk karinesi ve ilgili mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, TİHEKK'in 21'inci maddesinde yer alan hüküm idarenin ispat yükünü ortadan kaldırmamakta, sadece belli koşulların gerçekleşmesi halinde ispat yükünü hafifletmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu T, “Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, 1981, 14(3), Amme İdaresi Dergisi, s. 37-56.
- Akyılmaz B, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Albayrak, H/Yuvalı E, “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, 2012, 9(34), Legal İSGHD, s. 73-112.
- Atay E. E, “İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli

- Başlı Özellikleri”, 2007, 11(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 503-528.
- Atay, E. E, Hukuk Başlangıcı, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- Atay, E. E, İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Atıyas İ/Gürkaynak G, “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, 23 Mart 2006, s. 80-115.
- Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, 2010.
- Azrak, A. Ü, Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1964. (Umumi İdari Usul).
- Azrak, A. Ü, “İdari Usul ve Yasalaştırılması”, in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 821-834. (Yasalaştırma).
- Başaran Yavaşlar F, “Vergilendirme Usulündeki Vergi Ödevleri ve Ödevlerin Yerine Getirilmemesinin Re’sen Araştırma İlkesi Karşısında Anlamı”, 2016, 15(2), Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, İKÜHFD, s. 113-127.
- Başaran Yavaşlar F, Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Budak A. C, “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 2003, s. 37-54.
- Campbell L, “Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence”, 2013, 76(4), The Modern Law Review, s. 681-707.
- Cappello A, “Retour sur la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel Relative aux Sanctions Administratives”, 2010, (2), Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, s. 415 à 422.
- Caterini N. M, “The Presumption of Innocence in Europe: Developments in Substantive Criminal Law”, (8), Beijing Law Review, s. 100-140.
- Cengiz D, “Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, 2008, (35), Rekabet Dergisi, s. 3-47.

- Cin E, İdare Hukukunda Karine ve Varsayım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Çıtak H. A, İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2020.
- Dupuis G, Les Privilèges de l'Administration, Thèse de Doctorat, Université de Paris, 1962.
- Düğmeci F, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ellis E/Watson, P, EU Anti-Discrimination Law, 2. Edition, United Kingdom, 2012.
- Erdoğan B, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", 2012, (2), Ankara Barosu Dergisi, s. 241-276.
- Erkut C, Hukuka Uygunluk Bloku – İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.
- Evren Ç. C, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Feyzioğlu M, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 1999, 48(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 135-163.
- Gedik D, "Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme", 2004, 30(3), Yargıtay Dergisi, s. 297-326.
- Gözler K, İdare Hukuku, İdare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Günday M, "Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar", in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, Kayseri, 6-7 Nisan 2007, s. 3-10.
- Gürkaynak G/Yıldırım K. K/Özgökçen M. H/Aydın A. B, "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", 2011, 12(4), Rekabet Dergisi, s. 75-125.
- Hamer D, "The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act", 2007, 66(1), The Cambridge Law Journal, s. 142-171.
- İnan N, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 43-66.

- Jungo A, “Art. 8 ZGB”, in Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Zürich, 2018.
- Karaçoban Güneş T, Vergi Usul Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Karakaş F. T, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, 2013, 62(3), AÜHFD, s. 729-759.
- Kekevi G/Can B/Şengören Z, “Uyumlu Eylem Karineleri: Mitler ve Gerçekler”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IX, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 6 Mayıs 2011, s. 175-240.
- Laumen H-W, “Die ‘Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr’- Ein beweisrechtliches Phaenomen”, NJW, 2002, s. 3739-3746.
- Lepa M, “Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht”, NZV, 1992, s. 129-136.
- Morf R. P, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Staempfli, Bern, 2011.
- Öz G, Soru-Cevap Bölümü, in AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukukuna Muhtemel Yansımaları, 6 Kasım 2000, Ankara.
- Özay İ. H, İdari Yaptırımlar, İstanbul, 1985.
- Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Quintard-Morenas F, “The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions”, 2010, 58(1), The American journal of Comparative Law, s. 107-149.
- Schlachter M, “AGG § 22”, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg. Rudi, Müller-Glöge/Ulrich, Preis, Ingrid, Schmidt), 21. Auflage, C. H. Beck, Münih 2021.
- Stein A, “Die Beweislast in Diskriminierungsprozessen – ein unbekanntes Wesen?”, NZA, 2016, s. 849-855.
- Taşpınar S, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, 1999, 45(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 533- 572.
- Thüsing G, “AGG § 22”, in Münchener Kommentar zum BGB, Band 1 (Hrsg. Franz Jürgen Saecker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg), 8. Auflage, C. H. Beck, Münih, 2018.

- Türe, M. G, “Sendikaların Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Gözetme Yükümlülükleri”, 2019, 5(9), İş ve Hayat, s. 63-86.
- Türkoğlu Üstün K, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Uçar İ, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, 2016, 20(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 331-373.
- Ulusoy A, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Ünal C, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Walter H. P, “Art. 8 ZGB”, in Berner Kommentar, Zürich, 2012.
- Wilkinson III J. H, “The Presumption of Civil Innocence”, 2018, 104(4), Virginia Law Review, s. 589-653.
- Windel P. A, “Der Beweis diskriminierender Benachteiligungen”, RdA, 2007, s. 1-8.
- Yasin M, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Yılmaz E, “Rekabet Hukukunda İspat Yükü”, in Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Rekabet Kurulu, 7 Nisan 2006. s. 68-79. (İspat Yükü).
- Yılmaz E, “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, in Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara, 1999, s. 79-130. (İspat Sorunları).