



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 8 - Sayı: 1 - Ocak 2022

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi
Prof. Dr. Fuat ERDAL

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

Baş Editör
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Editör
Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

Editör Yardımcısı
Dr. Öğr. Üyesi Nergiz EMİR
Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR
Arş. Gör. Burak IŞIK
Arş. Gör. Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>


Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Ocak 2022

ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan
hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,  **Jurix** veritabanında da indekslenmektedir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. İbrahim KAYA
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
Prof. Dr. Uğur YİĞİT

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

Amaç

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsam

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörler

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu’nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD’ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakeme, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

Yazım Kuralları

Yazım Dili

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Dosya Formatı

Çalışmalar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

İletişim Bilgileri

Çalışma dosyaları ile birlikte yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler editöre ulaştırılmalıdır.

Ana başlık Öz ve Anahtar Kelimeler

Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce veya Almanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az beş anahtar kelimeyi içermelidir.

Sayfa Düzeni

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.

- Kâğıt boyutu: A4
- Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
- Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın varsa görev yaptığı kurum ve görevi, e-posta adresi ve ORCID numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.

Başlıklar

Bölüm başlıkları, "I, II, III, ..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, "A, B, C..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar "1, 2, 3, ..." ve ardından gelenler "a, b, c...", "aa, bb, cc...", "aaa, bbb, ccc..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

Kısaltmalar

Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek: İlk kullanım için Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım için TMK)

Dipnotlar

Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 10.)

Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkışaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)

Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.

(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)

Editörlü kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)

İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)

Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.)

Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.

(Örnek:

Anayasa Mahkemesi kararı:

AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998

Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>, E.T.: 07.07.2019)

Kaynakça

Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek:

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkışaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: “Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

Değerlendirme Süreci

Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, *AndHD*'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

Hakem Değerlendirme Süreci

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.

Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Ocak 2022 sayısı DergiPark üzerinden elektronik olarak yayımlanmıştır. Bu sayıda, kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında kaleme alınan hakemli araştırma makaleleri ile güncel yargı kararlarının özetlerine yer verilmiştir.

Derginin araştırma makaleleri bölümünde, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Şüphelilerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu”, “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi”, “Rödovans Sözleşmesi ve Alt İşverenlik İlişkisi”, “Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması”, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Yönünden Suça İştirak”, “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının 2022 Sayılı Kanun Kapsamındaki İşlemlerine Karşı Açılan Davalarda Görevli Yargı Yeri Sorunu” ve “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi” başlıklı çalışmalar yer almaktadır.

Güncel yargı kararları bölümünde ise Türk ve yabancı yargı mercilerinin bazı önemli kararları özetlenmiştir. Fakültemiz araştırma görevlilerince hazırlanan ve aralarında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay kararlarına ilişkin kısa değerlendirmelerin de yer aldığı özetlerde; medeni hukuk, ticaret hukuku, iş hukuku, fikri mülkiyet hukuku, rekabet hukuku, milletlerarası özel hukuk ve devletler hukuku alanlarındaki güncel ve ilgili alanda önemli bir gelişme olarak nitelendirilebilecek kararlar okuyucularımızın bilgisine sunulmuştur.

Dergimizin bu sayısının yayımlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere, yayın sürecine destek sağlayan Seçkin Yayınevi yönetici ve çalışanlarına içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

AndHD Editör Kurulu

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Sùjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu The Problem of Whether the Persons Participating in Proceedings can be Witnesses in Comparison with German Law Muhammed DEMİREL	1
Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi Internal Directive in Joint Stock Companies and the Impact of the Internal Directive to the Liability of the Board of Directors Hasan KARSLIOĞLU	37
Rödovans Sözleşmesi ve Alt İşverenlik İlişkisi Legal Relation Between Royalty Contracts and Subcontracting Burak KARAKOÇ	55
Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi The Evaluation of the Amendments Made with the Law Number 7251 Regarding the Trials by Voice and Video Transmission within the Scope of Direction Principle Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU	71
Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması Submission of the Judicial Search Decision Given by the Public Prosecutor or the Law Enforcement Chief to the Approval of the Judge in Turkish Criminal Procedure Law Oğuzhan SAPAN	93
Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Yönünden Suça İştirak Complicity in Crime in the Manufacturing and Trafficking of Drugs or Stimulants Ersin ŞARE	107
Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının 2022 Sayılı Kanun Kapsamındaki İşlemlerine Karşı Açılan Davalarda Görevli Yargı Yeri Sorunu The Issue of the Court of Competent Jurisdiction in the Lawsuits Related with the Actions of Social Assistance and Solidarity Foundations According to the Law No. 2022 Mücahit GÜLŞEN	149
Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihi Gelişimi Historical Development of the Investigation Phase in Turkish Criminal Procedure Law Yakup DURANOĞLU	167
Yargı Kararları	
Güncel Yargı Kararları	193

Araştırma Makaleleri

Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Sûjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu^(*)

*The Problem of Whether the Persons Participating
in Proceedings can be Witnesses in Comparison with German Law*

Muhammed DEMİREL  

Doktor Öğretim Üyesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı



Anahtar Kelimeler

*Delil,
Tanıklık,
Tanık Beyanı,
Hâkim,
Müdafî,
Cumhuriyet Savcısı,
Bilirkişi,
Rollerin Çatışması.*

Keywords

*Evidence,
Testimony,
Witness Statement,
Judge,
Prosecutor,
Solicitor,
Expert,
Role Conflict.*

Öz

Ceza muhakemesi hukukunun temel amacı, maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bunun için muhakeme konusu olaya ilişkin delil araştırılır. Ceza muhakemesinde hukuka uygun olarak elde edilen her şey delil olabilir. Bu deliller arasında olaya tanıklık eden kişilerin beyanı da yer almaktadır. Gelişen teknolojiyle birlikte yeni delil elde etme yöntemleri bulunmasına rağmen tanık beyanı, önemini hiçbir zaman kaybetmemiştir. Hatta muhakeme konusu olaya ilişkin bilgi sahibi olan kişinin beyanda bulunması bir yükümlülük olarak görülmektedir. Tam bu noktada muhakemede görev alan hâkim, savcı, müdafî gibi kişiler, yargılama konusu olayla ilgili bilgi sahibi olurlarsa bu kişilerin tanık olup olamayacakları sorusu ortaya çıkmaktadır. Buna göre muhakeme konusu olayla ilgili tanıklık yapan bir savcı ya da müdafî, muhakeme konusu olayda görevine devam edecek midir? Bundan daha önemlisi; şüpheli ya da sanıklar, birbirleri aleyhine tanıklık yapabilirler mi? İşte bu incelemenin amacı, bu soruların cevaplarını Türk ve Alman hukukuyla karşılaştırmalı olarak vermektir.

Abstract

The main aim of criminal proceeding is to determine the material truth and so evidence related to the event, which is subject to justification, will be investigated. Everything lawfully obtained in criminal proceedings can be considered evidence. This evidence includes the testimony of those who witnessed the event. Although there are new methods of finding evidence with the evolving technology, testimony has never lost its relevance. It is even seen as an obligation for the person who is aware of the event to witness. At this point the question arises whether persons such as judges, prosecutors and solicitors who are taking part in the trial can be witnesses when they have information about the procedural event. Does that mean that a public prosecutor or defense attorney who testifies about the procedural facts will continue his service in the procedural case? More importantly, can suspects or accused witness against one another? The purpose of this review is to answer these questions in comparison to Turkish and German law.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 01.01.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 19.01.2022.

I. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin tespit edilmesi amacıyla yönelik olarak ispat araçlarına başvurulur. Bu nedenle gerek soruşturma aşamasında savcı gerekse kovuşturma aşamasında hâkimin kendisi ya da mahkeme tarafından olayla ilgili tüm deliller araştırılır. Cumhuriyet savcısı, iddianame düzenleyip düzenlemeyeceği konusunda mevcut delillerin fiilin işlendiği konusunda yeterli şüphe ortaya koyup koymadığını esas alır. Yine hâkim veya mahkeme, mevcut delillerle yetinmeyip kovuşturma aşamasında delil araştırmasına devam edebilir ve delillerin doğrudanlığı ilkesi gereğince bütün delilleri duruşmada tartışır, böylelikle isnat edilen suçun ispatına yönelik bir kanaate ulaşmaya çalışır. Hâkim veya mahkeme, isnat edilen fiilin sanık tarafından işlendiği hususunda bir şüpheye düşerse şüpheden sanık yararlanır prensibi (*in dubio pro reo*) gereğince sanık hakkında beraat kararı verir. Bu bakımdan hâkim veya mahkemenin, yargılama konusu fiilin sanık tarafından işlendiği konusunda tam anlamıyla vicdanî bir kanaate ulaşması gerekir. İşte tam bu noktada araştırılıp tespit edilen deliller etkili olmaktadır ki burada da delillerin elde edilmesi bağlamında çeşitli ispat araçları gündeme gelmektedir. Bu ispat araçlarından biri de tanıklıktır¹ ve burada delil olan tanık konumundaki kişinin beyanıdır.

Teknolojik ilerlemeler, ispat araçlarında birtakım gelişmeleri beraberinde getirmişse de geleneksel ispat aracı olan tanıklık ve beyan delili olarak nitelendirilen tanık beyanı, hiçbir şekilde önemini kaybetmemiş, yerini ve değerini her daim korumayı sürdürmüştür². Bunun en temel sebebi, tanıklığın sınırlı sayıdaki³ (*numerus clausus*) diğer maddi ispat araçlarıyla değiştirilemez ve yerinin doldurulamaz nitelikte olması⁴ ve tanık beyanının yaşanan olay hakkında doğrudan bilgi veren deliller arasında yer almasıdır⁵. Bu nedenle öğretide tanıklığın en yaygın kullanılan ispat araçlarından biri olduğuna⁶ ve ceza muhakemesi uygulamasında oldukça önemli bir yere sahip bulunduğu dikkat çekilmektedir⁷. Yalnızca kişilerin beyanlarına dayalı olması nedeniyle şahsa bağlı ispat aracı olarak nitelendirilen tanıklık, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) "Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif" başlıklı üçüncü kısım altında, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun⁸ (Alm.CMK) ise bilirkişi ve keşiften evvel 6^{ncı} kısmında düzenlenmiştir. Bu çerçevede ispat hukuku enstrümanı olan ve her iki hukuk

¹ KUDLICH, Hans / ROY, René: "Die Zeugnisverweigerungsrechte der StPO", *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2003, s. 565.

² KOCA, Mahmut: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 1, s. 215, 216.

³ KINDHÄUSER, Urs / SCHUMANN, Kay H.: *Strafprozessrecht*, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2019, § 21, kn. 1; KREY, Volker / HEINRICH, Manfred: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019, kn. 1210; VOLK, Klaus / ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*, 10. Auflage, C.H.Beck, München, 2021, § 20, kn. 1; HARTMANN, Arthur / SCHMITT, Rolf: *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, Rolf Schmidt Verlag, Hamburg, 2018, kn. 245a; BADER, Markus: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, vor § 48, kn. 1; BEULKE, Werner / SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*, 15. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2020, kn. 284; OSTENDORF, Heribert / BRUNING, Januque: *Strafprozessrecht*, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2021, § 16, kn. 2.

⁴ BGH NJW 1984, 247 (PFEIFFER, Gerd: *Strafprozessordnung Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2005, vor § 48, kn. 1); HEGHMANN, Michael: *Strafverfahren*, Springer, Heidelberg, 2014, kn. 420; ALSBERG, Max / DALLMEYER, Jens: *Der Beweisantrag im Strafprozess*, 7. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019, kn. 305.

⁵ KOCA, s. 215; GÖKTÜRK, Neslihan: "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 1, s. 349; İNCE TUNÇER, Asuman: *Yalan Tanıklık Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 21.

⁶ IGNOR, Alexander / BERTHEAU, Camilla: *Löwe-Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2*, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2018, vor § 48, kn. 13; von SCHLIEFFEN, Jasper Graf: in *AnwaltKommentar StPO Strafprozessordnung*, 2. Auflage, Deutscher Anwalt Verlag, Bochum, 2010, vor § 48, kn. 1; PFEIFFER, vor § 48, kn. 1; HEGHMANN, kn. 371; GÖKTÜRK, s. 349. *Feyzioğlu*, tanıklığın bir delil aracı değil, delilin kaynağı olduğunu, muhakeme esnasında doğrudan doğruya incelenenin tanığın kendisi değil, beyanının olduğunu, tanığın beyanının ancak yetkili makamın bu beyanın inandırıcılığı konusunda kanaate varması halinde delil olacağını ifade etmiştir (FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 26).

⁷ GERCKE, Björn: *Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar*, 6. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2019, vor § 48, kn. 1; BADER, vor § 48, kn. 1; MIEBACH, Klaus: "Die freie Beweiswürdigung der Zeugenaußage in der neueren Rechtsprechung des BGH", *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Report (NSZ-RR)*, 2014, s. 233. Hatta von Schlieffen, tanıklığı ispat hukukunun yıldızı olarak nitelendirmenin haksız olmayacağını ifade etmiştir (von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 1). Pfeiffer ise Alman ceza muhakemesi hukukunda tanıklığın ideal tipte bir ispat şekli olduğuna dikkat çekmiştir (PFEIFFER, vor § 48, kn. 1). Türk öğretisinde de tanıklığın önemli olduğuna vurgu yapılmıştır. Bkz. YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 213; YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 518; TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 208; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 254; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 585; GÖKTÜRK, s. 349; İNCE TUNÇER, s. 23.

⁸ Strafprozessordnung (StPO).

sisteminde de ispat araçları altında konumlan tanıklık, olay ya da olguyu idrak eden kişinin yerine bir başka kişinin tanıklık yapmasından söz edilemeyeceğinden⁹ şahsa bağı ispat aracı olarak görölmektedir¹⁰. Keza bir kişinin olgulara ilişkin algılamaları ve bunları ifade ediş şekli kendisine özgü olduğundan tanıklık tamamen şahsi bir nitelik arz eder ve çoğu zaman ne bu kişi başka bir kişiyle ne de başlı başına tanıklık şeklindeki ispat aracı başka bir ispat aracıyla ikame edilebilir¹¹.

Bu açıklamalardan hareketle Türk hukuku ve Alman hukukunda tanıklığa ilişkin kanunî düzenlemelerin ve uygulamanın, bazı farklılıklar dışında büyük oranda benzeştiği ifade edilebilir. Bu nedenle bu konuda Türk ve Alman hukuku üzerinden bir karşılaştırma yapılarak inceleme yapılmasının mümkün ve hatta oldukça faydalı olacağı kanaatindeyiz. Nitekim her iki hukuk sisteminde de tanıklık, bir ispat aracıdır ve tanıkların davete icabet edip huzurda bulunma, gerçeğe uygun ifade verme ve nihayet istisnaî durumlar haricinde yemin etme yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna göre yurt içinde bulunan yabancılar da dâhil olmak üzere tanıklıktan çekinme hakkına sahip olsa bile ilgili ÷lke yargılama sistemine tabi olan herkes, kurallara uygun çağrı üzerine kural olarak hâkim huzuruna (CMK m. 43, 44; Alm.CMK §§ 48 I, 51) ve soruşturma aşamasında savcının huzuruna gelmek zorundadır (§ 161a I 1). Her iki hukuk sisteminde de tanıkların hâkim ya da mahkeme huzurunda yahut da savcı tarafından dinlenmesi mümkündür (CMK m. 43/5; Alm.CMK § 161a I 1, II). Bunun yanı sıra Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda 17.08.2017 tarihinde yürürlüğe giren reform kanunuyla birlikte; soruşturma aşamasında, savcı tarafından özel bir emir söz konusu olmak şartıyla soruşturmaya görevli kişilerin (soruşturmada görevli polis memurları) daveti üzerine tanığa beyanında bulunma yükümlülüğü getirilmiştir (Alm.CMK § 163 III 1) ki bu bağlamda tanık, Alman hukuk uygulamasında gerektiğinde polis önünde de hazır bulunmalıdır¹². Bu çerçevede Alman hukukunda tanık, sadece mahkeme, savcı ve savcının soruşturma kişisi olması ve “savcının emrini esas alması” şartıyla polis önünde ifadenin konusu üzerinde konuşmakla yükümlü kılınmıştır (Alm.CMK §§ 48 I 2; §§ 161a I 1, II, 163 III). Türk hukukunda ise kolluk görevlisinin olay mahallinde bulunanların bilgisine başvurusu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 15’inci maddesinde yer alan “polis, yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzum olan şeyleri sorar” hükmü gereğince tanık beyanının alınması değil, yalnızca bir bilgi alma işlemidir ve dolayısıyla bu kişilerin beyanları, “tanık beyanı” olarak kabul edilmez¹³, ancak yazılı olduğu için belge delili olarak nitelendirilebilir¹⁴.

Kuşkusuz ki tanıkların dinlenmesi konusunda hangi mercilerin yetkili olduğu, yargılama konusu olayda bu kişilerin tanıklık yapıp yapamayacaklarının tespiti noktasında önem arz etmektedir. Bu çer-

⁹ RGSt 52, 289 (JOECKS, Wolfgang: *Strafprozessordnung Studienkommentar*, 4. Auflage, C.H.Beck, München, 2015, vor § 48, kn. 1).

¹⁰ BGH NJW 1984, 249 (GERCKE, vor § 48, kn. 2); MAIER, Stefan / PERCIC, Marcus: *Münchener Kommentar Strafprozessordnung*, 1. Auflage, C.H.Beck, München, 2014, vor § 48, kn. 1; ROGALL, Klaus: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, vor § 48, kn. 7; OTTE, Lars: in *Henning Radtke/Olaf Hohmann Strafprozessordnung Kommentar (HH)*, Verlag Franz Vahlen, München, 2011, § 48, kn. 1; PFEIFFER, vor § 48, kn. 1; GEPPERT, Klaus: “Der Zeugenbeweis”, *Juristische Ausbildung (Jura)*, 2001, s. 80-88; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 4; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 303; KUDLICH / ROY, s. 565; MICHEL, Norbert: “Der Richter als Zeuge im Strafverfahren”, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1992, s. 1026.

¹¹ RGSt 47, 104 (JOECKS, vor § 48, kn. 1).

¹² BEULKE / SWOBODA, kn. 292; VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 5; HARTMANN / SCHMITT, kn. 251. Burada ifadeyi yöneten kişinin, savcılık nezdinde soruşturmada görevli kişilerden olması yeterlidir. Bu hüküm kapsamındaki koşullar (savcının soruşturma kişisi ve savcının özel emrine uygun davet) gerçekleşmezse polis memurunun tanıklık yapmaya yönelik daveti, herhangi bir sorumluluk gerektirmeyen ve tanığın buna önceki gibi uymak zorunda olmadığı bir davet olur (VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 5; BEULKE / SWOBODA, kn. 292). Şayet tanık yetkili olmayan polisin davetine rağmen ya da kendiliğinden gelirse her polis memuru ifadeyi almaya yetkilidir. Tanığın savcının soruşturma kişisi olarak polis memurunun özelliği üzerinde ya da savcının mevcut daveti üzerinde hataya düşmesi halinde ispat değerlendirme yasağının olup olmayacağı tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir (BEULKE / SWOBODA, kn. 292). Kuşkusuz ki mahkemenin tanığı yemin suretiyle dinleme hakkı (Alm.CMK § 163 III 3) saklı kalır (HARTMANN / SCHMITT, kn. 251).

¹³ FEYZİOĞLU, s. 30, 31; GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 287; GÖKTÜRK, s. 364.

¹⁴ KUNTER, Nurullah: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 632; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 207. Türk öğretisinde Aydın tarafından soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı ya da sulh ceza hâkimi önünde tanık kişi tarafından yapılan açıklamaların tanık beyanı olamayacağı, bu açıklamaları içeren tutanakların belge delili niteliğinde olduğu iddia edilmiştir (AYDIN, Devrim: *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 67). Bu görüş, CMUK dönemine dayanmaktadır. Bkz. KUNTER, s. 632.

çevrede incelememizde her iki hukuk sisteminde konularla bağlantılı olarak karşılaştırmalı şekilde hukuki düzenlemelere yer verilecek, şayet benzerlik gösteriyorlarsa bu hukuki normlara bağlı olarak şekillenen görüşler ortak şekilde belirtilecek, bununla birlikte ilgili hukuk sistemine özgü bir uygulama ya da öğretide görüş mevcutsa bu durum özel olarak vurgulanacaktır. İncelememizde evvela tanıklık kavramına ve tanıklığın konusuna yer verilecek, sonrasında da muhakeme sürecindeki hâkim, savcı, müdafî, şüpheli ve sanık ile nihayet mağdur, bilirkişi, zabıt kâtabî ve kolluk görevlilerinin tanık olup olamama durumları ayrıntılı şekilde irdelenecektir.

II. TANIKLIK KAVRAMI VE TANIKLIĞIN KONUSU

A. Kavram

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanıklığın tanımına yer verilmemiş, fakat her iki kanun kapsamında bu ispat aracı üzerine genel hükümler düzenlenmiştir (CMK m. 43 vd.; Alm.CMK §§ 48). Alman öğretisinde tanık, Alman Krallık Yüksek Mahkemesinin tanığın ifade yükümlülüğünü ortaya koyduğu kararlarda yer alan ifadeler üzerinden tanımlanmaktadır¹⁵. Buna göre tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir yargılamada olay ya da olgular üzerine beş duyu ile edindiği algılamalarını ortaya koyabilecek olan gerçek kişidir¹⁶. Kişi, olay ya da olguları bizzat görmüş olabileceği gibi bir patlama sesini duymuş ya da gaz kokusunu koklaması nedeniyle hissetmiş de olabilir. Tanıklık için bunlardan herhangi biri yeterli olacaktır¹⁷. Bu tanımda yer alan “*kişinin kendisine karşı yürütülmeyen yargılama olması*” yönündeki ifade, esasen bir çekince olarak görülmektedir. Buna göre tanığın muhakemede şüpheli ya da sanık yahut mağdur şeklinde herhangi bir tarafta bulunmaksızın savcı yahut hâkim ya da mahkeme önünde olay ve olgular üzerine sözlü olarak beyanda bulunması önem arz etmektedir¹⁸. Bununla birlikte *Rogall*, tanığın yargılamaya katılması zorunlu olan, bu konuda hukuken yükümlü olan kişi olduğuna da dikkat çekmiş ve maddi unsuru içeren klasik tanıma “*beyanda bulunmaya yönelik olarak hukuken yükümlü olan kişi*” yönündeki şekli unsurun da dâhil edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹. Şu hâlde tanık, (i) kural olarak kendisinin herhangi bir şekilde *şüpheli veya sanık ya da mağdur olarak yer almadığı* bir yargılamada, (ii) dışsal olay ya da olgular veya içsel olgular üzerine beş duyu organından en az biriyle idrak ettiği algılamalarını, (iii) pozitif veya negatif yöndeki *ifadeleriyle* ortaya koyabilecek olan, (iv) yetkili makam tarafından davet edildiğinde huzurda bulunup kanuni bir neden olmaksızın beyanda bulunma konusunda, (v) *hukuken yükümlü olan* kişidir²⁰.

¹⁵ IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 8.

¹⁶ RG v. 12.08.1918 - IV 696/18, RGSt 52, 289 (OTTE, § 48, kn. 1); SCHMITT, Bertram: in *Beckische Kurz Kommentar, Meyer-Göbner/Schmitt Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 64. Auflage, C.H.Beck, München, 2021, vor § 48, kn. 1; BEULKE / SWOBODA, kn. 286; ROXIN, Claus / SCHUNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, C.H.Beck, München, 2017, § 26, kn. 1; KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 6; BADER, vor § 48, kn. 1; KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*, 9. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2015, kn. 795); RGSt 47, 104 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 8); BGHSt 22, 347 (HARTMANN / SCHMITT, kn. 245); KREY / HEINRICH, kn. 1210; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 1; EISENBERG, Ulrich: *Beweis der StPO, Spezialkommentar*, 10. Auflage, C.H.Beck, München, 2017, kn. 1000; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 1; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 4; HEGER, Martin / POHLREICH, Erol: *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2018, kn. 366a; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 303; KUDLICH / ROY, s. 565; MICHEL, s. 1026; KUNTER, s. 631; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 283; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 207; ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 39; GÖKTÜRK, s. 373; FEYZİOĞLU, s. 28; ÜNVER / HAKERİ, s. 254; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 285; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 585; KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 222; AYDIN, s. 66.

¹⁷ KUNTER, s. 633; KARAKEHYA, s. 223.

¹⁸ ROGALL, vor § 48, kn. 11; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 536; AYDIN, s. 66; İNCE TUNÇER, s. 21. Bu noktada *Feyzioğlu*'na göre uyuşmazlığın şahıs itibarıyla taraf olmaması şartı değil, makam itibarıyla taraf olmama şartının dikkate alınması daha makuldür (FEYZİOĞLU, s. 40).

¹⁹ ROGALL, vor § 48, kn. 11. Türk öğretisinde bu yönde tanım için bkz. FEYZİOĞLU, s. 28, 29; ÜNVER / HAKERİ, s. 254.

²⁰ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2019/460 Esas, 2019/572 Karar sayılı ve 01.10.2019 tarihli kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “*Tanıklık, kamu hukukundan doğan toplumsal bir ödevdir. Bu nedenle tanığın, hukuka uygun olarak yapılan davet üzerine adli makamlar önüne gelmek, bildiklerini doğru olarak anlatmak ve yemin etme ödevi bulunmaktadır. Bununla birlikte ceza muhakemesinde tanığa bazı haklar da tanınmıştır. Tanığın, tanıklıktan çekinme, kendisi ve yakınları aleyhine açıklamada bulunmaktan çekinme, haklarını öğrenme, korunma, tazminat ve masraflarını isteme hakkı vardır.*” Karar için bkz. İNCE TUNÇER, s. 24, dn. 32.

Kişinin hangi nedenden dolayı tanıklık yapma yükümlülüğünün ortaya çıktığı, söz konusu olgulara dair bilgisinin görevlendirme mi, meslek gereği mi, tesadüfi mi, doğrudan mı yoksa dolaylı mı olduğunun bir önemi bulunmamaktadır²¹. Bu bakımdan bir hemşirenin tanıklık ifadesinde; yaralı mağdurun yaralanmasına sebep olan failin aslında eşi olduğu yönünde kendisine sır verdiğini belirtmesinde olduğu gibi “*bizzat idrak edilen değil, idrak eden kişiden duyulan hususların bildirilmesi suretiyle*” de tanıklık mümkündür ki buna “ikinci derece tanıklık”²², “kulaktan duyma tanıklık”²³, “dolaylı tanıklık”²⁴ ya da “tanığın tanığı”²⁵ adı verilmektedir. Dolaylı tanık, doğrudan idrak ettiği hususları değil, üçüncü kişiden öğrendiği hususları bildiren kiřidir²⁶. Hatta bazen bilginin ilk elden kimden edinildiği de belirsiz olabilir ki bu durumda dahi bu tanık beyanı en baştan değersiz olarak grlmez²⁷. Bu tanıklık türü, uygulamada özellikle gizli soruşturmacının (CMK m. 139), gizli soruşturma yürüten kolluk görevlilerinin ifade vermeleri bağlamında önem arz etmektedir²⁸. Tanığın duyduklarını ifade etmesi, nihayetinde doğrudan kendi idrak ettiği hususları bildirmesi nedeniyle ispat araçlarının doğrudanlığı ilkesini ihlâl etmez²⁹. Elbette mahkeme, her durumda doğrudan olguları bizzat idrak eden kişiye ulaşmaya çalışmış olmalıdır³⁰. Ancak Alman öğretisinde bir grř³¹, bu olguları doğrudan idrak eden tanığa ulaşıp onu dinlemek mümkün olsa bile bu kişiden duyduklarını beyan eden kişinin tanıklık ifadeleriyle de yetinilebileceğini, bunun delillerin doğrudanlığı ilkesini ihlâl etmeyeceğini belirtmektedir. Gerçek şu ki, Türk đretisinde³² de kabul edildiği üzere mahkeme her durumda olabildiğince en iyi olan yöntemi seçmeli, orijinal ispat aracına ulaşmaya yönelik olarak bir çaba göstermiş olmalıdır³³. Bu noktada duyduklarını beyan eden tanığın ifadelerinin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi şart olup³⁴ olguları ilk idrak edenle bu kişiden bunları duyan kişi arasında ne kadar fazla kişi varsa ifadenin ispat değerinin o kadar düşük olduğu hususu göz ardı edilmemelidir³⁵. Bazen dolaylı tanıklık, doğrudan tanıklık kadar değerli olabilir. Nitekim olay yerine

²¹ BVerfGE 57, 292 (ROGALL, vor § 48, kn. 25); BGH v. 16.04.1985 - 5 StR 718/84, BGHSt 33, 178 (OTTE, § 48, kn. 1); BGH NJW 1985, 1789 (GERCKE, vor § 48, kn. 2); SCHMITT, vor § 48, kn. 1; PFEIFFER, vor § 48, kn. 4; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 305; MICHEL, 1026; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / GEZER, zge Sırma / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / TTNC, Efser Erden / ÖZAYDIN, zlem / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 301; ÜNVER / HAKERI, s. 254; şAHİN / GÖKTÜRK, s. 40; GÖKCEN / BALCI / ALşAHİN / ÇAKIR, s. 285; İNCE TUNÇER, s. 25.

²² şAHİN / GÖKTÜRK, s. 40. Bu ifade, haklı olarak *Feyzioğlu* tarafından yerinde görülmemektedir. Zira *yazara* göre bu şekilde isimlendirme, değerlendirmede sanki yetkili makamın serbestisini sınırlandıracak bir durum varmış izlenimi oluşturabilecektir (FEYZIOĞLU, s. 68).

²³ BGH 16.04.1985 - 5 StR 718/84, BGHSt 33, 178 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 1); HARTMANN / SCHMITT, kn. 247; VOLK / ENGLNDER, § 20, kn. 4; KREY / HEINRICH, kn. 1213; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 8; BADER, vor § 48, kn. 1; ROGALL, vor § 48, kn. 25; BEULKE / SWOBODA, kn. 286; PFEIFFER, vor § 48, kn. 4; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 4. Bu konu hakkında detaylı bilgi ve izahat iin bkz. SEEBODE, Manfred / SYDOW, Fritz: “‘Hrensagen ist halb gelogen’ Das Zeugnis vom Hrensagen im Strafprozeş”, *Juristenzeitung (JZ)*, 1980, s. 506-516.

²⁴ MIEBACH, s. 233; CENTEL / ZAFER, s. 283; şAHİN / GKTRK, s. 39, 40; ZEN, s. 321.

²⁵ CENTEL / ZAFER, s. 283.

²⁶ GERCKE, vor § 48, kn. 20; EISENBERG, kn. 1027; OSTENDORF/BRUNING, § 16, kn. 4 HEGER / POHLREICH, kn. 366a; KUNTER, s. 634; FEYZIOĞLU, s. 65; ZTRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TTNC / ZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, 301; şAHİN / GKTRK, 39, 40; GKCEN / BALCI / ALşAHİN / AKIR, s. 285; KARAKEHYA, s. 223; ZEN, s. 321; AYDIN, s. 68; İNCE TUNER, s. 26.

²⁷ FEYZIOĞLU, s. 68.

²⁸ GERCKE, vor § 48, kn. 20; PFEIFFER, vor § 48, kn. 4; SEEBODE / SYDOW, s. 506; FEYZIOĞLU, s. 69; şAHİN / GÖKTÜRK, s. 41; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TTNC / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 211; GÖKCEN / BALCI / ALşAHİN / AKIR, s. 285; İNCE TUNÇER, s. 25; TAşKIN, Ozan Ercan: *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 223-227.

²⁹ RGSt 48, 246 (ROGALL, vor § 48, kn. 25); BGH StV 1988, 91 (GERCKE, vor § 48, kn. 20).

³⁰ BGH NStZ 2004, 50 (GERCKE, vor § 48, kn. 20).

³¹ SCHMITT, § 250, kn. 4.

³² şAHİN / GÖKTÜRK, s. 40.

³³ GERCKE, vor § 48, kn. 20; EISENBERG, kn. 1031.

³⁴ MIEBACH, s. 236. Bu noktada bu tür delillerin başka delillerle de desteklenmesi gerektiğine işaret edilmiş, böyle bir durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşme’ye aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı vurgulanmıştır. Bkz. AYDIN, s. 69.

³⁵ BGHSt 17, 385 (GERCKE, vor § 48, kn. 20). Keza bu konuda *Aydın*, duyuma dayalı tanığın bildiklerinin kendisine aktarılanla sınırlı olduğundan olayı temsil etme gücünün daha zayıf olduğunu, buna rağmen bu durumun duyuma dayalı tanıklığın reddedilmesini gerektirmediğini ifade etmiştir (AYDIN, s. 69).

sonradan gelen bir kişinin olay yerinde olanları oradaki kişilerden dinleyip tanıklık yapması halinde beyanı, olayı bizzat gören kişininki kadar değerli görülebilir³⁶.

Tanıklığa ilişkin tanımda yer alan “*olay ve olgular üzerine algı*” ifadesi, tanıklığın zayıf yönünü ortaya koymaktadır ve bu açıdan tanıklık, örneğin keşif karşısında daha sübjektif bir nitelik arz etmektedir³⁷. Zira tanık, bazen olayın yaşandığı an ile tanıklık yapılan an arasında uzun bir zamanın geçmiş olması, bazen algıladığı hususların doğruluğuna inanarak yanılma gibi nedenlerle objektif olarak yanlış beyanda bulunabileceği gibi kasıtlı olarak hatalı beyan da verebilir, diğer bir deyişle yalan tanıklık yapabilir³⁸. Bu noktada kişinin beyanlarının tanıklık olarak nitelendirilmesi için olgunun gerçekten meydana gelip gelmediği ya da bunların ifadeye hakiki anlamda yansıyor yansımadağı önemsizdir³⁹. Bu bakımdan tanığın bilinçli şekilde yalan söylemesinden ziyade çoğu zaman tanıktaki algının seçici olması ve kişilik olarak çeşitli etkilere açık olabilmesi, unutmama, duygularını bastırma, noksan ifadeleri tamamlama isteği, yerinde ifade verme arzusu, idrak ya da dil eksikliği gibi hususlar bağlamında tanığın bilinçsizce yanlış içerisinde olması gündeme gelebilmektedir⁴⁰ ki bu açıdan mahkemede tamamen hatadan müreffeh tanık, bir istisna olarak görülebilir. Bu nedenle tanık ifadesinin objektif gerçeğe ulaşma bakımından ispat aracı olarak güvenilirliğine günümüzde hem şüpheyle yaklaşılmakta⁴¹ hem de tanıklık en sorunlu ispat araçlarından biri olarak nitelendirilmektedir⁴². Fakat bu ispat aracından da hiçbir şekilde vazgeçilememektedir⁴³.

Tanık beyanı, ne olursa olsun olay yerinde tespit edilen parmak izi gibi somut bir belirtiden daha güvenilir değildir⁴⁴. Bu nedenle bir kimsenin yalnızca olguları şahsen idrak etme ve bunlar üzerinde malumat verme konumunda bulunması tanıklık için yeterli kabul edilir ve buna uygun olmak şartıyla bedensel ya da zihinsel anlamda engeli bulunan kişiler dâhil olmak üzere kural itibarıyla sanık dışında herkesin tanık olabileceği kabul edilir⁴⁵. Hiç kimse ilk baştan tanıklığa elverişsiz olarak nitelendirilemez⁴⁶. Kişinin kusur yeteneğine ilişkin durumu nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmuyor olması, tanıklık yapmasına engel teşkil eder bir husus değildir, bu husus tanıklık konusunda önemsizdir⁴⁷. Şayet böyle bir imkân yoksa orijinal ispat araçlarının yanında tamamlayıcı değere sahip olacak şekilde

³⁶ KUNTER, s. 634, dn. 314; FEYZİOĞLU, s. 67.

³⁷ BADER, vor § 48, kn. 1. Bununla birlikte *Rogall*, tanıklığın ilk hatta sübjektif, ikinci hatta ise objektif nitelik arz ettiğini, kanundaki her iki tanıklık türüne de işaret eden hükümlerin bulunduğu belirtmiştir (ROGALL, vor § 48, kn. 8).

³⁸ HARTMANN / SCHMITT, kn. 245; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 209; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 42; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 587; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 457; GÖKTÜRK, s. 349, 350; İNCE TUNÇER, s. 23; AYDIN, s. 69.

³⁹ EISENBERG, kn. 1000.

⁴⁰ ROGALL, vor § 48, kn. 17; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 14; MIEBACH, s. 233, 234; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 209; GÖKTÜRK, s. 350. Bilinçsiz hatalı ifade vermenin farklı nedenleri üzerine bkz. NESTLER, Nina: “Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht...’ - Falschaussage, Glaubhaftigkeit, Lügendetektor”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2017, s. 10-16.

⁴¹ GERCKE, vor § 48, kn. 1; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 1; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 13; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 208.

⁴² IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 13; MIEBACH, s. 233; GEPPERT, s. 80. *Göktürk* de temsil güvenilirliği açısından en çok tartışılan ispat aracı olduğuna dikkat çekmiştir (GÖKTÜRK, s. 349).

⁴³ FEYZİOĞLU, s. 3; GÖKTÜRK, s. 349.

⁴⁴ ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 1.

⁴⁵ RGSt 42, 219 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 8); BGH 01.04.1952 - 2 StR 754/51, BGHSt 2, 269 = NJW 1952, 673 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 9); VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 3; HARTMANN / SCHMITT, kn. 246; KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 7; KREY / HEINRICH, kn. 1214; BADER, vor § 48, kn. 5; GERCKE, vor § 48, kn. 7; KÜHNE, kn. 802; EISENBERG, kn. 1000; BEULKE / SWOBODA, kn. 286; OTTE, § 48, kn. 16; PFEIFFER, vor § 48, kn. 2 GEPPERT, s. 81; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 4; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 306; YURTCAN, s. 213; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 301 ÜNVER / HAKERİ, s. 254; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 208; CENTEL / ZAFER, s. 283; SOYASLAN, s. 457; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, 285; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, 585; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39; ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 319; İNCE TUNÇER, s. 24.

⁴⁶ RGSt 52, 138, 139 (JOECKS, vor § 48, kn. 8; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 27; ROGALL, vor § 48, kn. 35); EISENBERG, kn. 1000; OTTE, § 48, kn. 16; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 306.

⁴⁷ ROGALL, vor § 48, kn. 35; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 306; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 208; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 285.

dolaylı ispat araularının kullanılmasına müsaade edilir⁴⁸. Bu çerçevede algılama yeteneğine sahip olması ve bu algıladığı hususları anlatabilecek durumda olması kaydıyla akıl hastaları ve çocuklar da tanıklık yeteneğine sahiptir⁴⁹. Nitekim Yargıtay, olayı gördükleri iddia edilen kişilerin, yalnızca küçük (on veya on dört yaşlarında) olması nedeniyle tanıklık yapamayacaklarından bahisle dinlenilmeden verilen kararı eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle hukuka aykırı bulmuřtur⁵⁰.

Burada esas itibariyle Alman uygulamasında yaş konusunda bir sınır bulunmasa da⁵¹ dört buçuk yaşın altında olan çocuklar nadiren tanıklığa elverişli telakki edilmektedir⁵² ve bu çocukların ifadelerinin mutlaka bir uzman tarafından değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³. Dolayısıyla bu sonuç, dört buçuk yaşında ya da bu yaşın altındaki çocukların sırf yaşları nedeniyle doğrudan tanıklık yapamayacakları sonucuna ulaşılamayacağı anlamına gelmektedir ki bu çerçevede somut olaydaki çocuğun ve keza akıl hastası olan kişinin algılama ve kendisini ifade edebilme yeteneğine bakılmalıdır⁵⁴. Bu noktada tanıklık yapacak kişinin hem ifade verilecek konuya ilişkin genel idrak durumu hem de ifade konusuyla ilişkili olarak bireysel anlamdaki yeteneği, her bir somut olay çerçevesinde hâkim ya da mahkeme tarafından tespit edilir⁵⁵ ki bu nedenle tanığın huzurda bulunması beklenir, tanığa ağrı üzerine huzurda bulunma yükümlülüğü yklenir⁵⁶. Kuşkusuz ki kişinin tanıklığa ehil olup olmadığı konusunda uzman kişinin yardımından yararlanılabilir⁵⁷ ve hatta bazen yararlanılması gerekli olabilir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1-251/454 sayılı ve 12.11.2013 tarihli kararında tanık .F.T.’nin mikrosefali hastası olduğu, hastalığı nedeniyle büyüme ve gelişim geriliğinin bulunduğu anlaşıldığından kişinin tanıklığına başvurulmadan evvel Adli Tıp Kurumuna sevkinin sağlanarak hastalığı nedeniyle beyanlarına itibar edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda rapor aldırılması gerektiğine hkmetmiřtir⁵⁸.

şayet mahkeme, kişinin tanıklık yapma konusunda yeterli olmadığı sonucuna ulaşırsa bu durumda ya kişiyi tanık olarak grevlendirmez ya da ispat aracının elverişsizliği nedeniyle kişiyeye ait olan ifade-

⁴⁸ BVerfGE 57, 277 (EISENBERG, kn. 1031).

⁴⁹ RGSt 58, 396 (ROGALL, vor § 48, kn. 37; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 27); BGH v. 01.04.1952 - - 2 StR 754/51, BGHSt 2, 269 (OTTE, § 48, kn. 16); BGHSt 43, 62 (KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 7); BGH NStZ 2008, 116 (HARTMANN / SCHMITT, kn. 246); BEULKE / SWOBODA, kn. 286; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 2; KREY / HEINRICH, kn. 1214; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 9; SCHMITT, vor § 48, kn. 13; GLEY, Chrisa: “Psychologische Grundlagen und Kriterien der Beurteilung von Zeugenaussagen bei Kindern und Jugendlichen”, *Der Strafverteidiger (StV)*, 1987, s. 405; KÜHNE, kn. 802; JOECKS, vor § 48, kn. 8; GEPPERT, s. 81; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 4; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 306; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TTNC / ZAYDIN / ALTINOK VLLEMİN / TOK, s. 211; TOROSLU / FEYZIOĞLU, s. 208; ZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 585; YURTCAN, s. 213; CENTEL / ZAFER, s. 301; SOYASLAN, s. 458; şAHİN / GKTRK, s. 39; GK-CEN / BALCI / ALşAHİN / AKIR, s. 285; KARAKEHYA, s. 223; ZEN, s. 319; İNCE TUNER, s. 24, 25.

⁵⁰ Yargıtay, 4. CD., T. 14.10.2006, E. 2005/4174, K. 2006/14805, (YURTCAN, s. 214; NVER / HAKERİ, s. 257).

⁵¹ BGH NStZ 2015, 419 (BADER, vor § 48, kn. 5); EISENBERG, kn. 1002; OTTE, § 48, kn. 16; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 4; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 306.

⁵² IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 27; GERCKE, vor § 48, kn. 7; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 9; SCHMITT, vor § 48, kn. 13; ROGALL, vor § 48, kn. 37; JOECKS, vor § 48, kn. 8; OTTE, § 48, kn. 16; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 306; ARNTZEN, Friedrich: “Untere Altersgrenze der Zeugeneignung”, *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)*, 1976, s. 20. Gley, bu sınırı dört yaş olarak belirlemiş ve bu da Alman öğretisinde yaygın şekilde kabul görmüştür. Bkz. GLEY, s. 405. Bununla birlikte Rogall, yeni deneysel araştırmalar sonucunda günümüzde normal gelişen üç yaşında çocukların da telkinlerden saknabilecek ve makul şekilde ifade verebilecek durumda olduğunun kabul edildiği yönünde fikirlerin olduğuna işaret etmiştir (ROGALL, vor § 48, kn. 37). Türk öğretisinde nver / Hakeri, iki üç yaşında çocukların tanıklık yapabileceklerini belirtmiştir (ÜNVER / HAKERİ, s. 255). Bu konudaki kanaatimiz, çocukların bile her şeye ulaşabildikleri ve birçok konuda hızla gelişim gösterdikleri günümüz bilgisayar ve teknoloji çağında çocuklar bakımından belirli bir yaş kriteri belirlemektense yavaş yavaş konuşmaya başlayan bir çocuğun dahi ifade verebilme ve ifadelerinin güvenilir olma durumunun mutlaka bir uzman tarafından irdeelenmesi ve sonrasında yapılan tespitlerin savcı, hâkim ya da mahkeme tarafından değerlendirilmesiyle birlikte çocuğun tanık olup olamayacağına karar verilmesi gerektiği yönündedir. Bu çerçevede hiç kuşkusuz ki henüz bebek durumundaki çocukların tanıklığı kabul edilemez.

⁵³ GLEY, s. 405.

⁵⁴ VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 3; KREY / HEINRICH, kn. 1214; EISENBERG, kn. 1002. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi, dört yaşında bir çocuğun ifadesinin güvenilirliğine dair bir değerlendirme yapılmadan ispat değerine sahip olmadığına işaret etmiştir (BGH StV 1995, 293 - KÜHNE, kn. 802). Türk hukukunda çocukların tanıklık ifadesi, mümkünse yalnızca bir defa alınır ve ayrıca görüntü veya sesleri kayda alınır.

⁵⁵ BGHSt 2, 270 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 27); ROGALL, vor § 48, kn. 38; EISENBERG, kn. 1000, 1002.

⁵⁶ ALSBERG / DALLMEYER, kn. 306.

⁵⁷ GERCKE, vor § 48, kn. 7; ROGALL, vor § 48, kn. 36; BADER, vor § 48, kn. 5.

⁵⁸ Karar için bkz. YAşAR, Osman: *Yeni İçtihatlarla Uygulanmalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt 1, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 434; CENTEL / ZAFER, s. 283, dn. 109.

leri değerlendirmeye almaz⁵⁹. Tanığın akıl hastası olması durumunda ifadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli görülüyorsa bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir (CMK m. 211). Yine sağır-dilsiz olduğu için normal şekilde ifade vermesi beklenemezse ifadesini gerekirse parmak işaretleriyle ve hatta mimikleriyle de vermesi kabul edilebilir⁶⁰. Bunun yanı sıra mahkeme, doğrudan sözlü beyanda bulunamayacak durumda olan tanığa güvenilir bir kimseyi yardımcı olarak görevlendirebilir⁶¹. Tüm bunlara karşılık dijital asistanların tanık olamayacakları da özellikle ifade edilmelidir⁶². Tanığın bildiklerini doğru bir şekilde anlatması dışında bir hâkim ya da savcı gibi objektif ve tarafsız olması beklen(e)mediğinden sanığın aile üyeleri, akrabaları, ekonomik anlamda tanığa bağlı kişiler, sanığın dostu yahut hasmı konumundaki kimseler, nihayet hakkında yalan tanıklık suçundan dolayı mahkûmiyet kararı bulunan kişiler de tanık olabilir⁶³. Bu kişilerin ifadelerinin şüpheli olan güvenilirlik durumu tanıklık yapabilmelerinin önünde bir engel teşkil etmemekle birlikte⁶⁴ kuşkusuz ki bu husus ispat araçları değerlendirilirken dikkate alınır⁶⁵.

B. Tanıklığın Konusu

Tanığın görevi, dava konusu fiile ilişkin olay ve olgular üzerine beyanda bulunmaktır ki buna “tanık beyanı” adı verilir⁶⁶. Bu açıdan tanıklığın konusu, kural olarak dış dünyada meydana gelen olay ve olgular⁶⁷ olup kişi bunlar üzerine duyularıyla algıladığı hususları belirtir⁶⁸. Bununla birlikte mahkeme huzurunda görülmesi ve tartışılması gereken bir husus söz konusu ise buna ilişkin tanıklıkla yetinilmez. Söz gelimi bir kimsenin maruz kaldığı yaralanma olayı tanıklığın konusu olabilirken kişinin vücudundaki yaralar keşif konusu olur ve bunların mutlaka yetkili makam tarafından görülüp incelenmesi gerekir⁶⁹. Tanığın ifadelerinin dava konusu olayla bağlantılı olması şartıyla⁷⁰ suç teşkil eden fiilin işleniş süreci hakkında mı yoksa bunun dışında başka algılamaları üzerine mi olduğu önemsizdir. Ayrıca daha evvel ifade edildiği üzere tanığın söz konusu olay ve olgulara ne zaman ve nasıl rastladığının bir önemi bulunmayıp tanık sıfatını haiz kişi bu olay ve olgularla tesadüfen denk gelebileceği gibi kolluk görevlisi olarak meslek icabı olarak da karşılaşmış olabilir⁷¹.

⁵⁹ ROGALL, vor § 48, kn. 36.

⁶⁰ RG 33, 403 (SCHMITT, vor § 48, kn. 13); KÜHNE, kn. 802; EISENBERG, kn. 1001; KUNTER, s. 631; AYDIN, s. 67; GÖKTÜRK, s. 355, 356.

⁶¹ BGH 24.04.1997 - 4 StR 23/97, BGHSt 43, 62 = NJW 1997, 2335 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 9).

⁶² Gless StV 18, 671, 673 (SCHMITT, vor § 48, kn. 1).

⁶³ ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 2; PFEIFFER, vor § 48, kn. 2; GEPPERT, s. 81; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39; YURTCAN, s. 213; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 301; SOYASLAN, s. 458; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 285; ÜNVER / HAKERİ, s. 255; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 586; ÖZEN, s. 319; İNCE TUNÇER, s. 25. Mecelle’de tanığın tanımı yapılmış, yalan söylemekle bilinen kişiler tanıklık kapsamı dışında bırakılmıştır. Nitekim tanım şu şekildedir: “Şahidin adil olması lazımdır. Adil, hasenatı seyyiatına galip olan kimsedir. Binaenaleyh rakkas ve maskara gibi namus ve mürüvveti muhil hâl ve hareketleri i’tiyat eden eşhasın ve kizb ile ma’ruf olan kesanın şahadetleri makbul olmaz.” Bkz. KUNTER, s. 631, dn. 302.

⁶⁴ KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 7; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 2; HARTMANN / SCHMITT, kn. 246.

⁶⁵ KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 7; İNCE TUNÇER, s. 54.

⁶⁶ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 38.

⁶⁷ Esasında *Kunter*, “vakıa” ifadesini kullanmışsa da (KUNTER, s. 633) biz, çalışmamızın başlangıcında gümmümüzdeki hemen her kaynakta olduğu gibi tek başına “olgu” ifadesini tercih etmemize rağmen Araştırma Görevlisi Cafer Erdem *Umudum*’la yapılan fikir teatisi neticesinde bunun yerine “olay” ifadesini tercih etmeye karar vermiştik. Ancak daha sonra *Dursun*’un eserindeki olay ve olgu kavramları arasındaki açıklamalara (DURSUN, Selman: *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 253) binaen “olay” ve “olgu” ifadelerini birlikte kullanmayı uygun gördük.

⁶⁸ KÜHNE, kn. 795; JOECKS, vor § 48, kn. 2; ROGALL, vor § 48, kn. 15; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 3; BADER, vor § 48, kn. 1; GEPPERT, s. 81; FEYZİOĞLU, s. 65.

⁶⁹ SCHMITT, vor § 48, kn. 1; KREY / HEINRICH, kn. 1210; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 1; JOECKS, vor § 48, kn. 2; BEULKE / SWOBODA, kn. 286; OTTE, § 48, kn. 1; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 4; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 303.

⁷⁰ ROGALL, vor § 48, kn. 15.

⁷¹ BGH 33, 178 (SCHMITT, vor § 48, kn. 1); VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 3; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 8; JOECKS, vor § 48, kn. 2; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 301.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun § 85 hükmünde yer alan, “*GemiŖte gerekleŖmiŖ olay ya da durumların algılanması özel bir bilgiyi gerektiriyor ve bunların ispat edilmesi konunun uzmanı olan kiŖilerin dinlenmesini gerekli kılıyorsa bunlar hakkında tanık beyanına iliŖkin hükümler uygulanır.*” Ŗeklindeki ifadeden hareketle “kural olarak” sadece gemiŖ dönemdeki olay ve olgular, bilhassa da fiilin sonuçlarına iliŖkin olaylar, tanık delilin konusu olarak kabul edilmektedir⁷². Ancak Ğretide bu düzenlemeye tam anlamıyla uygun olmayacak Ŗekilde halen devam eden mevcut bir olay ya da olgu, söz gelimi süregelen olaylar ya da fiilin etkisi devam eden neticeleri üzerine tanıklık mümkün grlmektedir⁷³. Buna göre söz gelimi sanık tarafından uygulanan Ŗiddetin sonucu olarak mağdurun halen acı çektiği ifade edilebilir⁷⁴. Bunun yanında tanığın ifadeleri, en baŖta dıŖsal anlamda fark edilebilir olay ya da olgular üzerine olabilirken tehdidin ciddiyeti gibi konularda his ve duygularını belirtme Ŗeklinde tanık konumundaki kiŖinin bilincinde gerekleŖen içsel olgular da tanık delilin konusu olabilir⁷⁵. Buna karŖılık baŖkasının yaŖadığı olay nedeniyle içerisinde bulunduğu ruhsal durum, içsel olgular bu kapsamda grlmemektedir⁷⁶. Ancak kuŖkusuz ki kastın tespitinde değerlendirmeye yarayacak Ŗekilde dıŖarıdan fark edilebilir nitelikteki baŖkasının içsel olguları üzerine yapılan çıkarımlar, tanıklığın konusu olabilir⁷⁷. Dolayısıyla “*Onu son zamanlarda agresif olarak grdĞim doğrudur.*” Ŗeklindeki cümle, tanıklık ifadesi olarak kabul edilebilecekken “*Onu son zamanlarda agresif hale getiren Ŗeyin ne olduğunu biliyorum*” gibi bir cümle sarf edilirse baŖkasının i dünyasına iliŖkin bir yorum olduğundan bu durumda tanıklık rolü aŖılmış olur⁷⁸. Her ne kadar tanığa, “*Sanık, size onun kazalı bir araç olduğunu sylemiŖ olsaydı aracı yine de satın alır mıydınız?*” Ŗeklinde kendi bilincine dair olmak kaydıyla varsayımsal ruhsal süreçler üzerine soru sorulabilirse de⁷⁹ hiç gerekleŖmemiŖ bir olay üzerinden ya da sanığın bilincine dair sorular sorulamaz. Nitekim varsayımsal ruhsal süreçler üzerine sorulan yukarıdaki soruyla birlikte tanık, içerisine dŖtĖu hata ile yapmıŖ olduğu tasarruf arasındaki psikolojik nedenselliğin ispatı bağlamında sorgulanmaktadır ki böylesi bir soruya pekâlâ izin verilebilir⁸⁰. Bununla birlikte ifadelerin mutlak Ŗekilde olumlu olması Ŗart değildir. Nitekim tanık, belirli bir Ŗeyi duymadığını ya da görmediğini yahut da olayın gerekleŖmediğini belirtiyorsa bu olumsuz yargı da tanıklık ifadesine dhildir⁸¹ ve söz konusu hususun gerçekten meydana gelip gelmediği konusundaki değerlendirme yetkisi tamamen mahkemenin kendisine aittir⁸². Yine tanık olarak davet edilen kiŖinin, olayla ilgili hiçbir bilgisinin bulunmadığını belirtmesi halinde de tanıklık sıfatının devam ettiğinden söz edilir⁸³.

Hukuki grŖlerle birlikte tecrübeden kaynaklı kiŖisel yorumlar, Ŗphe, tahmin ve n yargılardan oluŖan çıkarım ve değerlendirmeler, olgu olarak nitelendirilmez ve tanıklığın konusu olamaz⁸⁴. Tanık konumundaki

⁷² RGSt 47, 100 (ROGALL, vor § 48, kn. 11); BGH NJW 1969, 1219 (GERCKE, vor § 48, kn. 2); İNCE TUNÇER, s. 26.

⁷³ KREY / HEINRICH, kn. 1211; VOLK / ENGLNDER, § 20, kn. 4; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 3; OTTE, § 48, kn. 1; HEGER / POHLREICH, kn. 366a.

⁷⁴ IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 10.

⁷⁵ BGHSt 23, 213 (ROGALL, vor § 48, kn. 16); MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 4; BADER, vor § 48, kn. 1; GERCKE, vor § 48, kn. 4; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 10; OTTE, § 48, kn. 2; MICHEL, s. 1026.

⁷⁶ BGH 11.09.2003 - 4 StR 139/03, NStZ 2004, 690, 691 (KREY / HEINRICH, kn. 1211; ROGALL, vor § 48, kn. 16; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 5; BADER, vor § 48, kn. 1); VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 4; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 10; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 10.

⁷⁷ BGH 08.11.1983 - 5 StR 673/83, StV 1984, 61 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 5; SCHMITT, vor § 48, kn. 2; BADER, vor § 48, kn. 1); OLG Zweibrücken StV 1990, 440 (BADER, vor § 48, kn. 1; OTTE, § 48, kn. 2); von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 10.

⁷⁸ VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 4.

⁷⁹ BGHSt 23, 213 (ROGALL, vor § 48, kn. 16); IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 10; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 4; GERCKE, vor § 48, kn. 4; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 10.

⁸⁰ VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 4.

⁸¹ MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 6; ROGALL, vor § 48, kn. 16; VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 4; SCHMITT, vor § 48, kn. 2; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TTNC / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 213; GERCKE, vor § 48, kn. 4; OTTE, § 48, kn. 2.

⁸² BGH 06.07.1993 - 5 StR 279/93, BGHSt 39, 251 = NJW 1993, 2881 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 6).

⁸³ FEYZIOĞLU, s. 29.

⁸⁴ RGSt 57, 412 (KREY / HEINRICH, kn. 1212; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 9; BADER, vor § 48, kn. 1); EISENBERG, kn. 1003; JOECKS, vor § 48, kn. 2; SCHMITT, vor § 48, kn. 2; VOLK / ENGLNDER, § 20, kn. 4; HARTMANN / SCHMITT, kn. 246; ROGALL, vor § 48, kn. 17; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 3; GERCKE, vor § 48, kn. 3; BEULKE / SWOBODA, kn. 286; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 10; OTTE, § 48, kn. 2; PFEIFFER, vor § 48, kn. 1; GEPPERT, s. 81; KUNTER, s. 633; FEYZIOĞLU, s. 72;

kişi, bu tür sorulara cevap vermekten kaçınılabilir⁸⁵. Kuşkusuz ki tanıklık ifadesinde kurala uygun şekilde belli oranda değerlendirici cümleler kaçınılmazdır ve bu noktada kullanılan ifadelerin içeriği noktasında ince bir sınır çekilmelidir ki bu o kadar kolay değildir⁸⁶. Zira tanıklık ifadesinde her insana doğal şekilde anlaşılan ve salt algıların yanında söz gelimi fiilin işlendiği esnada havanın aydınlık olduğu, kişinin kendini kaybetmişçesine sarhoş olduğu, “gitme” eyleminde olay açısından belirleyici olarak şoförün aracı hızlı sürdüğü gibi olaya dair resmin ortaya çıkartılmasına etki eden çıkarımlar, olayın aydınlatılması bakımından gerekli görülebilir ve tanıklığın konusu olabilir⁸⁷. Bu bağlamda tanık, failin sarf ettiği sözleri belirtecek, ancak bu sözlerin hakaret teşkil ettiğini ifade etmeyecektir⁸⁸. Kuşkusuz ki bu sözlerin hakaret teşkil edip etmediği noktasında takdir hakkı, yetkili merciye ait olacaktır. Bunun yanında Alman mahkeme kararlarında tanığın kişiler arasında gönül ilişkisinin bulunduğu ya da evlilik ilişkisine aykırı gizli bir ilişkinin⁸⁹ yahut hizmetten kaynaklı zorlama etkisinin⁹⁰ söz konusu olduğu yönündeki beyanlar, tanık ifadesi olarak kabul edilmiştir. Keza olayın esasının izahında satıcı, borç, kira, mülkiyet, hırsızlık, azmettirme ya da yardım etme gibi basit hukuki kavramların kullanılmasına müsaade edilebilir⁹¹. Bununla birlikte söz gelimi uygulamada sıklıkla ariyet hakkı ile kira gibi basit hukuki kavramların karıştırılması durumu söz konusu olduğundan bu türden hukuki kavramlardan birini kullanan tanığa, bu kavramdan ne anladığı sorulabilir⁹² ve hatta olayın daha iyi bir şekilde açıklığa kavuşturulması bakımından mutlaka sorulmalıdır. Burada bu kavramların olayın esasını özetleyici şekilde tanımlanması ve fakat hukuki değerlendirme ve görüş yapmak için kullanılmaması gerektiği hususuna özellikle dikkat edilmelidir⁹³. Bu çerçevede tanık, daha evvel ifade edildiği üzere olayla bağlantılı olacak şekilde “çakırkeyif” ya da “sarhoş” gibi sanığın alkol derecesine dair basit değerlendirmelerde bulunabilirse de kusur yeteneği üzerine bir yorumda bulunamaz⁹⁴. Tanık, ancak sanığın ya da mağdurun kusur yeteneğinin mahkeme tarafından değerlendirilmesine yardımcı olabilecek nitelikteki olay ve olgular hakkında bilgi verebilir⁹⁵. Kuşkusuz ki tanıklık görevini yerine getiren bir kimse, bu tarz tanıklık görevini aşar tarzda beyanlarda bulunursa mahkemenin görevlerinden biri de bunları ayırmaktır⁹⁶ ve hukuki değerlendirme yaparken dikkate almamaktır ki bu konudaki takdir, tamamen mahkemeye aittir⁹⁷.

Bu çerçevede son olarak sanığın imajı, genel karakteri ve yaşam tarzı hakkındaki ifadelerin ne ölçüde tanık ifadesi olarak görülebileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Kural olarak ister istemez soyut ve olayla olgulardan az çok uzaklaşan değerlendirmelerin tanık ifadesi olarak kabul edilmesine müsaade edilmemelidir. Bununla birlikte dava konusu olayla bağlantılı olmak ve tanığın belirttiği olguları desteklemek koşuluyla tanıklık yapan kişinin, sanığın birdenbire nasıl zengin olduğu ya da şan, şöhret sahibi olduğunu anlattığı beyanları da hukuki değerlendirmenin yapılması esnasında pekâlâ dikkate alınabilir⁹⁸. Burada tanık

GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 287; AYDIN, s. 69; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 213; CENTEL / ZAFER, s. 303; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 587; GÖKTÜRK, s. 357.

⁸⁵ IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 9.

⁸⁶ von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 10; OTTE, § 48, kn. 3; FEYZİOĞLU, s. 79.

⁸⁷ RGSt 37, 371 (ROGALL, vor § 48, kn. 18; JOECKS, vor § 48, kn. 2; BEULKE / SWOBODA, kn. 286); KREY / HEINRICH, kn. 1212; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 11; EISENBERG, kn. 1003; CENTEL / ZAFER, s. 283, 284. Aksi görüş için bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 303; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 587.

⁸⁸ KUNTER, s. 633, dn. 307.

⁸⁹ OLG Oldenburg NdsRpfl. 1950, 163 (ROGALL, vor § 48, kn. 18).

⁹⁰ RG JW 1925, 998 (ROGALL, vor § 48, kn. 18).

⁹¹ RG Recht 1922 Nr. 359 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 11); BGH v. 04.05.1951 - 4 StR 216/51, BGHSt 1, 137 (ROGALL, vor § 48, kn. 19; OTTE, § 48, kn. 4); MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 8; SCHMITT, vor § 48, kn. 4; GERCKE, vor § 48, kn. 6.

⁹² GERCKE, vor § 48, kn. 6.

⁹³ OTTE, § 48, kn. 3.

⁹⁴ BGH v. 22.05.1979 - 5 StR 145/79, BGH MDR 79, 807 (OTTE, § 48, kn. 3, 4; SCHMITT, vor § 48, kn. 4); ROGALL, vor § 48, kn. 19; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 8; BADER, vor § 48, kn. 1; JOECKS, vor § 48, kn. 2; BEULKE / SWOBODA, kn. 286.

⁹⁵ RG JW 1928, 2254 (ROGALL, vor § 48, kn. 19).

⁹⁶ HARTMANN / SCHMITT, kn. 246; GERCKE, vor § 48, kn. 5.

⁹⁷ MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 6.

⁹⁸ JOECKS, vor § 48, kn. 2; BEULKE / SWOBODA, kn. 286; FEYZİOĞLU, s. 72, 73; CENTEL / ZAFER, s. 283.

konumundaki kişinin esasen değer yargısı içeren bu ifadelerinin, herhangi bir özel uzmanlık gerektirmemesi ve özellikle önceki bulgulara, ortaya konulan somut olgusal gerçeklere dayanarak olayın esasını açıklığa kavuşturması bağlamında işlevsel ve doğrulanabilir olması önem arz etmektedir⁹⁹. Ayrıca bu Şekildeki ifadelerin başka delillerle desteklenmesi ve tanığın olay ve olgulara ilişkin beyanlarını detaylandırması gerekli olacaktır ki ancak bu koşullar altında kişinin karakter özellikleri hakkında beyanda bulunulması tanıklık ifadesi altında nitelendirilebilir¹⁰⁰. Bu erevede Alman mahkeme kararlarında kişinin güvenilir¹⁰¹, yalancı ve ahlaksız¹⁰², Őohret sahibi¹⁰³, konuřkan¹⁰⁴ olduğu yönündeki ifadeler, somut olay ve olgulara ilişkin değerlendirmelere bağlı olmak kaydıyla tanıklık ifadesi kapsamında nitelendirilmiřtir¹⁰⁵.

III. MUHAKEMEYE KATILAN SJELERİN TANIK OLUP OLAMAYACAKLARI SORUNU

Tanıklık kavramı ve tanıklığın konusuna değindikten sonra incelemenin esasına geçiş yapılabilir. Muhakemede iddia, savunma ya da yargılama görevini yerine getiren ve bu makamlarda yer alan kişiler, muhakeme sürecine katılan tanık dışındaki süjeler olarak nitelendirilebilir¹⁰⁶. Bunlar; hâkim, savcı, mdafı, katılan, mdafı, sanık, zabıt kâtibî, bilirkişi gibi muhakeme içerisinde herhangi bir sıfatla rol alan kişilerdir. İşte bu kimselerin, muhakeme içerisinde tanık olarak dinlenmeleri, “rol atışması” sonucunu beraberinde getirir¹⁰⁷ ki bu durum, bilhassa da yargılamayı yürüten hâkimin tanıklık yapmasında belirgin bir Şekilde kendisini gsterir¹⁰⁸. Bu bakımdan muhakemeye herhangi bir sıfatla katılan kişilerin bu muhakeme içerisinde hangi koşullar altında tanıklık yapabilecekleri sorunu ortaya çıkar ki esasen çalışmamızın temel konusu budur. Bu çerçevede muhakemeye katılan süjeleri ayrı ayrı irdelemekte fayda görmekteyiz.

A. Hâkim

Bir kimse, aynı dava konusu olaya ilişkin olarak aynı zamanda hem tanıklık hem hâkimlik yapamaz, bu iki muhakeme süjesinin birbiriyle uyumundan söz edilemez¹⁰⁹. Bununla birlikte kuşkusuz ki tanıklık yapma yükümlülüğü, hâkimlik görevinden önce gelir¹¹⁰. Zira olaya dair olay ve olguları idrak eden ve olayı aydınlatmaya yarayacak ifadeleri verebilecek başka bir tanığın bulunamayabilecek olması ve hatta bulunsa bile her bir tanığın ifadesinin birbirinden bağımsız olarak olayı aydınlatma noktasında ayrı önemi haiz olması söz konusuyken davaya pekâlâ başka bir hâkimin bakmasından söz edilebilir¹¹¹. Bu açıdan bir hâkimin görev yaptığı bir dava konusu olay bakımından tanıklık yapması gerekiyorsa Şüphesiz ki bu, mmkndr¹¹² ve hatta bunun ötesinde gereklidir. Ancak

⁹⁹ MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 3; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 12; ROGALL, vor § 48, kn. 20; WIDMAIER, Gunter: “Anforderungen an Beweisantrag”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ)*, 1993, s. 602, 603; SCHMITT, vor § 48, kn. 3; FEYZİOğLU, 79.

¹⁰⁰ ROGALL, vor § 48, kn. 20, FEYZİOğLU, s. 79.

¹⁰¹ RG JW 1930, 760 (ROGALL, vor § 48, kn. 20; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 12; BADER, vor § 48, kn. 1; EISENBERG, kn. 1003).

¹⁰² RGSt 37, 371, 372 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 12; ROGALL, vor § 48, kn. 20; BADER, vor § 48, kn. 1; EISENBERG, kn. 1003).

¹⁰³ RGSt 26, 70 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 12; BADER, vor § 48, kn. 1); RG HRR 1933, 1059 (ROGALL, vor § 48, kn. 20).

¹⁰⁴ RG HRR 1933 1059 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 12).

¹⁰⁵ OTTE, § 48, kn. 3; SCHMITT, vor § 48, kn. 3.

¹⁰⁶ FEYZİOğLU, s. 32.

¹⁰⁷ KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 8; HARTMANN / SCHMITT, kn. 248; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 5.

¹⁰⁸ HARTMANN / SCHMITT, kn. 248.

¹⁰⁹ BGHSt 7, 44 (BADER, vor § 48, kn. 10; GERCKE, vor § 48, kn. 9; HOLTZ, Günter: “Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen”, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1977, s. 107); ROGALL, vor § 48, kn. 47; MICHEL, s. 1026; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 309; HOLTZ, s. 107; FEYZİOğLU, s. 61; CENTEL, Nur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 70; CENTEL / ZAFER, s. 284; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / AKIR, s. 286; KARAKEHYA, s. 224.

¹¹⁰ ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 6; KHNE, kn. 805; ROGALL, vor § 48, kn. 48; MICHEL, s. 1026; YURTCAN, s. 213; GKCEN / BALCI / ALŞAHİN / AKIR, s. 286; ŞAHİN / GKTRK, s. 40; ZTRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TTNC / ZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302; ZBEK / DOğAN / BACAKSIZ, s. 587; NVER / HAKERİ, s. 256; ZEN, s. 320.

¹¹¹ MICHEL, s. 1026; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TTNC / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 212; SOYASLAN, s. 458; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286; ÖZEN, s. 320.

¹¹² SCHMITT, vor § 48, kn. 15; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 309; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39; EISENBERG, kn. 1007; JOECKS, vor § 48, kn. 9; BEULKE / SWOBODA, kn. 287; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40.

dava konusu olayda tanık olarak ifade veren hâkim, kanuni düzenleme nedeniyle aynı olayın konu olduğu yargılamada hâkimlik görevinde bulunamayacağından görevinden çekilir (CMK m. 22/1-h; Alm.CMK § 22 Nr. 5) ve bu hâkimin yerine başka bir hâkim geçer, bu durumda söz konusu hâkim görevinden çekinmezse reddi istenebilir (CMK m. 24/1, 2; Alm.CMK § 24 I)¹¹³. Burada hâkimin muhakemenin herhangi bir aşamasında yetkili merciler tarafından kişisel olarak olayın esasına dair tanık sıfatıyla beyanına “başvurulmuş olması” yeterlidir¹¹⁴. Her iki kanun koyucu da bir olayla ilgili olarak tanık sıfatıyla ifade veren hâkimin daha sonradan bu olay bakımından kendi ifadeleriyle uyumlu olmayacak şekilde, nesnel ve gerçeğe uygun bir değerlendirme yapamayacağı, bunun oldukça zor olacağı yönündeki karineden hareket etmiştir¹¹⁵. Nitekim duruşma esnasında tanık olarak beyan ettiği cümlelerin bir kısmının doğru olmadığı yönünde ileri sürülen bir iddia, ister istemez hâkimin kendi şahsına yönelik olarak algılayabileceği bir husus olabilir ve bu da objektif duruşuna hâkimin hâkimlik görevini yerine getirebilir. Elbette bu şekilde bir kural, sadece psikolojik imkânsızlıktan değil, aynı zamanda bu muhakeme rollerinin ve fonksiyonlarının farklı işleve sahip olmasından da kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede muhakemenin süjesi olarak objektif konumda bulunan hâkimin konumu ve görevi, bir ispat aracı olarak tanığın fonksiyonlarıyla uyumsuzdur¹¹⁶. Dolayısıyla bir kimsenin tanıklık yaptığı olayda hâkimlik yapamayacağı yönündeki bu kural, aynı fiili olaya ilişkin başka bir davada tanıklık yapılması durumunda da geçerli görülür¹¹⁷.

Bu noktada bir hâkimin tanık olarak kabul edilme ihtimalinin, tek başına hâkimi tanık haline getirmeyeceği belirtilmelidir¹¹⁸. Zira hem CMK hükmünde (m. 22/1-h) hem de Alm.CMK hükmünde (§ 22 Nr. 5) açıkça hâkimin tanık olarak “dinlenmiş olmasından” söz edilmektedir¹¹⁹. Bu nedenle bir hâkimin duruşmada tanıklığının talep edilmesi ya da hâkimin bu şekilde isimlendirilmesi, bu davadan çekinmesini gerektirmese de¹²⁰ kuşkusuz ki reddi yönünde bir talep için temel oluşturabilir¹²¹. Nitekim hâkim, ispat sorunuyla ilgili hiçbir bilgisi olmadığını belirtebilir ve bu bakımdan tanıklık yapması yönündeki talep uygun görülmez¹²². Aksi durumda sanık, sırf hâkim konumundaki kişinin hâkimlik sıfatını sona erdirmek ya da yargılamayı sürüncemede bırakmak için hâkimin tanıklık yapması talebinde bulunma girişiminde bulunabilir¹²³ ki bu tür kötüye kullanımların önüne geçmek adına hâkimin görevli sıfatıyla ispat konusu olayla ilgili

¹¹³ BGH StV 1991, 99 (JOECKS, vor § 48, kn. 9); GERCKE, vor § 48, kn. 9; KÜHNE, kn. 805; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39; ROGALL, vor § 48, kn. 48; EISENBERG, kn. 1007; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 30; OTTE, § 48, kn. 17; PFEIFFER, vor § 48, kn. 2; GEPPERT, s. 86; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 309; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 6; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; MICHEL, s. 1026; CENTEL, s. 70; FEYZİOĞLU, s. 61; CENTEL / ZAFER, s. 284; ÜNVER / HAKERİ, s. 256; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÛTÛNCÛ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302; YURTCAN, s. 213; SOYASLAN, s. 458; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286; YAŞAR, C. I, s. 419; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 587; KARAKEHYA, s. 224; ÖZEN, s. 320.

¹¹⁴ EISENBERG, kn. 1008; CENTEL, s. 70.

¹¹⁵ ROGALL, vor § 48, kn. 47; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39; MICHEL, s. 1026; CENTEL / ZAFER, s. 284.

¹¹⁶ ROGALL, vor § 48, kn. 47; GEPPERT, s. 86; FEYZİOĞLU, s. 61; ÖZEN, s. 320.

¹¹⁷ BGHSt 31, 358 (KÜHNE, kn. 805).

¹¹⁸ BGHSt 11, 206 = NJW 1958, 557 (ALSBERG / DALLMEYER, kn. 309); OTTE, § 48, kn. 17; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39; MICHEL, s. 1026; HOLTZ, s. 107; KÜHNE, kn. 805; CENTEL, s. 70; CENTEL / ZAFER, s. 284.

¹¹⁹ Esasen *Feyzioğlu*, kanuni tanımda yer alan bu ifadeyi eleştirmekte, hâkimin tarafsızlığını bozan hususun hâkimin tanık olarak dinlenmesi değil, olaya tanık olması durumu olduğunu ifade etmektedir (FEYZİOĞLU, s. 62).

¹²⁰ BGHSt 11, 206; BGHSt 14, 219 (ROGALL, vor § 48, kn. 48); BGHSt 7, 44 (von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 30); GERCKE, vor § 48, kn. 9; BADER, vor § 48, kn. 10; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 10; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39; MICHEL, s. 1026; GEPPERT, s. 87; EISENBERG, kn. 1008; JOECKS, vor § 48, kn. 9; CENTEL, s. 70; CENTEL / ZAFER, s. 284. Nitekim Askeri Yargıtay, 96/94 sayılı ve 10.12.1971 tarihli kararında, “hâkim aynı davada tanık sıfatı ile dinlenmiş ise o davaya bakamaz, bu hal hâkim için bir yargı yasağı teşkil eder. Ancak hâkim yönünden bu yasağın, tanık olarak dinlenme ile başlar. Bu bakımdan tanık olarak çağırılmış veya görev icabı yazılı bir bildirimde bulunmuş olan hâkim için yargılama yasağı söz konusu olmaz” ifadelerine yer vermiştir. Karar için bkz. CENTEL, s. 71; CENTEL / ZAFER, s. 284, dn. 114.

¹²¹ MICHEL, s. 1026; CENTEL, s. 70; CENTEL / ZAFER, s. 284.

¹²² BGH 7, 330 (SCHMITT, vor § 48, kn. 15; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39); EISENBERG, kn. 1008a; JOECKS, vor § 48, kn. 9; KÜHNE, kn. 805; BEULKE / SWOBODA, kn. 287; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÛTÛNCÛ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286; FEYZİOĞLU, s. 63.

¹²³ RGS 42, 2 (BADER, vor § 48, kn. 10); BGH 07.12.1954 - 2 StR 402/54, BGHSt 7, 44 = NJW 1955, 152 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 10); EISENBERG, kn. 1008; MICHEL, s. 1026; HOLTZ, s. 107; BEULKE / SWOBODA, kn. 287; CENTEL, s. 71.

hiçbir bilgisinin olmadığını beyan etmesi halinde bu şekildeki talebin reddi uygun görölmektedir¹²⁴. Bu açıdan kendisinin tanıklık yapması talebi söz konusu olan hâkimin kendisi de bu konuda verilecek karara katılır ve bu konudaki görüşünü beyan eder (CMK m. 31/2; Alm.CMK § 26a II)¹²⁵. Alman öğretisinde bir görüş¹²⁶, hâkimin tanıklık görevinde bulunması gerektiği sonucuna ulaşması halinde çağrıyı takiben, o andan itibaren hâkimlik görevinin sona ereceğini ileri sürmekteyse de bu görüş gerek Türk gerekse Alman kanuni düzenlemelerine uygun görünmemektedir. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan “*Hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde, merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verir. Çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme görevlendirilir.*” şeklindeki hüküm (m. 30/2) ve keza Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki “*Ret dilekçesi hakkında karar vermeye yetkili mahkeme, böyle bir talep yapılmamış olsa bile hâkimin kendisinin reddedilmesini gerektiren durumun varlığını bildirmesi ya da başka bir sebeple hâkimin yargılamadan yasaklanmış bulunduğundan şüphe duyulması halinde bu konuda bir karar vermeye mecburdur.*” şeklindeki hüküm gereğince tanık olarak ifade vermesini gerekli gören hâkimin bir çekinme bildiriminde bulunmasıyla ve bu gerekçeli bildirim üzerine gerekli kararın verilmesiyle birlikte hâkimlik görevi sona erer¹²⁷.

Mevcut yargılamayla ilgili olarak meslek dışında edindiği bilgiler üzerine sorulmaksızın ispat olgusu üzerine beyanda bulunan hâkimin artık tanıklık yönü öne çıkar ve bu durumda hâkim, devam eden duruşmalarda görev almamalıdır¹²⁸. Bununla birlikte hâkimin tanıklık yapmak üzere çağrı üzerine esas duruşmaya çıkmış olması ancak örneğin tanıklığının reddedilmesi nedeniyle bu görevi yerine getirememiş olması, dava konusu olay bakımından hâkimlik görevini yerine getirmesine engel teşkil eder¹²⁹. Buna karşılık bir hâkimin devam eden yargılamaya ilişkin olarak yahut halen görölmekte olan duruşma esnasında görevinden kaynaklı olay ve olgulara ilişkin edindiği algı ve izlenimler üzerine duruşmada izin verildiği ölçüde kullandığı ifadeler, meslek bilgisi olarak adlandırılır ve yargılamadan çekinmesini ya da reddedilmesini gerekli kılmaz¹³⁰. Hâkimin devam eden yargılamada mesleki bilgi dışında idrak ettiği ispat olguları söz konusu olursa mesleki açıklamada bulunması mümkün değildir. Nitekim daha evvel belirtildiği üzere hâkimin, aynı konuya dair başka bir yargılamada ifadesinin alınması halinde hâkimlik görevinden çekinmesi ve bu yargılamada tanık olarak davet edilmesi gerekir¹³¹. Bir tanık, hâkimi adliyedeki odasında ziyaret eder ve hâkime karşı suçun işleniş süreci hakkında bilgi vermeye başlarsa hâkim tarafından bu türden bir konuşma esnasında idrak edilen hususlar, görev icabı kabul edilir ve bunlar hâkimin mesleki ifadeleri üzerinden esas duruşmada ortaya konulabilir. Böyle bir durumda hâkimin tanık sıfatıyla ifade vermesine yönelik talep, delillerin doğrulanlığı ilkesine aykırılık teşkil eder¹³². Buna göre bir tanığın hâkimin odasına gelerek az önce gerçekleşmiş duruşmada yalan beyanda bulunduğu itirafında bulunması, hâkimin bu yargılamada tanık olarak görev yapmasını gerekli kılmayacak, bu olayı haber alan sanık müdafinin hâkimin tanıklık yapması yönündeki talebi reddedilecektir. Ancak hâkim, tanığın söz konusu beyanlarını bir sonraki duruşmada gündeme getirebilir, tutanağa geçirtebilir ve fakat bu bilgilere dayanarak hüküm veremez (CMK m. 217), yalnızca bu bilgilere dayalı olarak yeni delil araştırmasına karar verebilir¹³³.

¹²⁴ BGHS 7, 330 (ROGALL, vor § 48, kn. 48; BEULKE / SWOBODA, kn. 287; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 6); ALSBERG / DALLMEYER, kn. 309.

¹²⁵ BGHS 11, 206 (ROGALL, vor § 48, kn. 49); EISENBERG, kn. 1008.

¹²⁶ AG Brandenburg 14.10.2007 - 24 Ds 426 Js 1848/07, StrFo 2007, 501 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 10); OTTE, § 48, kn. 17.

¹²⁷ BGH 10.09.1976 - 5 StR 215/76, MDR 1977, 107 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 10); BADER, vor § 48, kn. 10; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39.

¹²⁸ RG 26, 272 (EISENBERG, kn. 1010); IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39.

¹²⁹ BGHS 7, 44 (BADER, vor § 48, kn. 10; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 30); MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 10.

¹³⁰ BGHS 39, 239 (BEULKE / SWOBODA, kn. 287; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39); ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÛTÛNCÛ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302; CENTEL / ZAFER, s. 284; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286.

¹³¹ BGHS 31, 358 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 39; ROGALL, vor § 48, kn. 49; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 30).

¹³² BGH 23.06.1993 - 3 StR 89/93, BGHS 39, 239 = NJW 1993, 2758 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 11); CENTEL / ZAFER, s. 284.

¹³³ CENTEL / ZAFER, s. 284; ÖZEN, s. 320.

B. Cumhuriyet Savcısı

Tanık olarak ifade veren hâkimin, aynı olayın konu olduğu yargılamada hâkimlik görevinde bulunamayacağından görevinden çekileceğine dair hüküm, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı bakımından geçerli değildir¹³⁴. Bununla birlikte savcılar açısından gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerekse Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hâkimin reddine benzer nitelikte bir hüküm yer almaktaysa da adil yargılama ilkesinden hareketle savcının kendisinin ilgilisi olduğu bir olayda savcı olarak hareket edemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır¹³⁵. Keza Türk öğretisinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan “*Cumhuriyet savcısı, maddî 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 hükmün, savcıyı hâkimin konumuna yaklaştırdığına dikkat çekilmiştir¹³⁶. Bu çerçevede hâkimde belirtilen nedenlere benzer olarak savcılıkla tanıklık görevinin kural olarak birbiriyle uyuşmadığı belirtilebilir¹³⁷. Nitekim iddianame hazırlayan ve her ne kadar lehe olan delilleri de toplaması gerekse dahi en nihayetinde sanıklar hakkında belirli ithamlarda bulunan, bu kapsamda aleyhe delillere de yer veren ve bu tanıklık ifadeleri üzerinde bir değerlendirme yapan¹³⁸ muhakeme süjesi Cumhuriyet savcısının kanuni görevleri ve fonksiyonu, bir ispat aracı olan tanığın yükümlülükleriyle uyumlu görünmemektedir. Buna rağmen şüphesiz ki kendisine karşı yargılama yürütülmemen herkes tanık olabileceğinden bir savcının dava konusu olayla ilgili olay ve olgular üzerine bilgisi olduğunda tanıklık yapması mümkündür ve hatta zorunludur¹³⁹. Savcının tanıklık yapması gerektiğinde tanıklık önceliklidir ve söz konusu savcı, daha önceki duruşmalardan birine katılmış olsa bile tanıklık yapabilir¹⁴⁰. Bununla birlikte savcının duruşmalardan birinde salt tanık olarak isimlendirilmesi, tanık olması gerektiğinin belirtilmesi, savcıyı hemen tanık haline getirmez, dolayısıyla da bu durum hemen savcılık görevinin sona ermesine neden olmaz¹⁴¹. Yine müdafinin esasa ilişkin sorusunun yanıtlanması, savcıyı tanık haline getirmez¹⁴².

Savcı, savcılık görevini üstlendiği olaya ilişkin yargılamada tanık olarak dinlenebilirse de aynı oturumda kesintisiz şekilde görevini ifa etmesi gerektiğinden duruşma içerisinde hem savcılık hem tanıklık görevini üstlenemez, kendisi tanıklık yaparken mutlaka o esnada başka bir savcı, savcılık görevini üstlenmiş olmalıdır¹⁴³, aksi takdirde mahkeme teşekkül etmemiş olacağı için mutlak bozma

¹³⁴ OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 7; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; MOSBACHER, Andreas: “Aktuelles Strafprozessrecht”, *Juristische Schulung (JuS)*, 2019, s. 131; FEYZİOĞLU, s. 56; CENTEL / ZAFER, s. 285.

¹³⁵ IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 41. Aksi görüş için bkz. KARAKEHYA, s. 224.

¹³⁶ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302.

¹³⁷ ROGALL, vor § 48, kn. 51; MOASBACHER, s. 131; ÜNVER / HAKERİ, s. 256; SOYASLAN, s. 458. *Karakehya*, tanıklığın savcının tarafsızlığını etkileyecek bir husus olduğu yönündeki fikri yersiz olarak nitelendirmektedir (KARAKEHYA, s. 224).

¹³⁸ KÜHNE, kn. 806.

¹³⁹ MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 14; EISENBERG, kn. 1017; BEULKE / SWOBODA, kn. 288; OTTE, § 48, kn. 19; GEPPERT, s. 87; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 7; DOSE, Norbert: “Der Sitzungsvertreter und der Wirtschaftsreferent der Staatsanwaltschaft als Zeuge in der Hauptverhandlung”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1978, s. 349; FEYZİOĞLU, s. 56; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40; CENTEL / ZAFER, s. 285; KARAKEHYA, s. 224; ÖZEN, s. 321.

¹⁴⁰ OLG Celle v. 05.07.1983 - 1 Ss 214/83, NStZ 1984, 316 OTTE, § 48, kn. 19; SCHMITT, vor § 48, kn. 17; BADER, vor § 48, kn. 11); GERCKE, vor § 48, kn. 9; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 41; JOECKS, vor § 48, kn. 10; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 29; GEPPERT, s. 87; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 7; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40; CENTEL / ZAFER, s. 285; ÖZEN, s. 321.

¹⁴¹ DOSE, s. 350; BADER, vor § 48, kn. 11; SCHMITT, vor § 48, kn. 17; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 14; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 7; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 312.

¹⁴² BGH 25.09.1985 - 3 StR 335/85, NStZ 1986, 133 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 14; SCHMITT, vor § 48, kn. 17; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 41).

¹⁴³ BGH 26.01.1996 - 2 ARs 441/95, StV 1996, 469 (BADER, vor § 48, kn. 11; OTTE, § 48, kn. 19; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 14); BGH NStZ-RR 1997, 71 (ALSBERG / DALLMEYER, kn. 312); BGHSt 14, 265 (KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 11; EISENBERG, kn. 1018; KÜHNE, kn. 806); IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 41; ROGALL, vor § 48, kn. 51; GEPPERT, s. 87; HARTMANN / SCHMITT, kn. 291; GERCKE, vor § 48, kn. 9; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 29; PFEIFFER, vor § 48, kn. 2; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; DOSE, s. 349, 350; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302; KARAKEHYA, s. 224.

nedeni gündeme gelecektir (CMK m. 289/1-e)¹⁴⁴. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan hükümde aıka hüküm vermekle görevli kişilerle savcılığın ve kalemde bir zabıt kâtibinin kesintisiz Şekilde duruşmada hazır bulunmaları gerektiği ifade edilmiştir (Ő 226 I). Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da “*Duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafinin hazır bulunması Şarttır.*” Şeklinde benzer bir hükme (m. 188/1) yer verilmişse de düzenlemede “zorunlu mdafı” kapsama dâhil edilmiş, buna rağmen duruşmada hazır bulunma ifadesine “kesintisiz” ibaresi eklenmemiştir. Bununla birlikte hükmün “*Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir.*” Şeklindeki ikinci cümlesinden hareketle mdafı dışındaki kişilerin duruşmada başka bir görev üstlenmeleri halinde duruşmaya devam edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir, böylelikle söz konusu ifadenin eksikliğinden kaynaklı ortaya çıkabilecek sorunun önüne geçilebilir. Kaldı ki aynı hükmün üçüncü fıkrasında “*Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek ye bulundurulabilir.*” hükmüne yer vermek suretiyle bir kişinin aynı duruşmada iki görevi birden yapmasının mümkün olmadığı iyice pekiştirilmiştir. Bu noktada duruşma uzun sürmüş olabilir ki duruşmanın ilk oturumunda savcılık görevini yapan bir Cumhuriyet savcısının, bir sonraki oturumda yerine başka bir savcının görevlendirilmesi Şartıyla olayla ilgili tanıklık görevini yerine getirmesi mümkün görülebilir. Tüm bunlar bir tarafa bırakıldığında bu konuda somut bir düzenleme bulunmasa bile aynı esnada bir kişinin hem tanıklık hem savcılık yapamayacağı, bu sjelerin hak ve yükümlülükleri dikkate alındığında da ifade edilebilir¹⁴⁵.

Bu konu kapsamında iki sorun üzerine tartışma yürütülmektedir. Birincisi, savcının kendi ifadesi öncesinde ve başka tanıkların ifadesi süresince Cumhuriyet savcısı olarak görev yapıp yapmayacağıdır. Öğretide hâkim grř¹⁴⁶, tanık olarak davet edilen savcının kendi ifadesi alınana kadar savcılık makamında önceki tanıkların ifadelerine katılmasına müsaade edilebileceği yönündedir. Bu görüşe göre her tanığın ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinleneceğine dair hüküm (CMK m. 52/1; Alm.CMK Ő 58 I) sadece düzenleyici bir hüküm olarak grlr¹⁴⁷. Bu fikre karşı Şüpheyle yaklaşan diğer grř¹⁴⁸ ise bu Şekilde tanıklık yapacak olan bir savcının tanıklığı öncesinde diğer tanıkların ifadesini almasına müsaade edilmemesi gerektiğini, nitekim bu savcının soruşturma aşamasındaki olay ve olgular üzerine de tanık olarak bilgi vermesi gerektiği hususunun hesaba katılması gerektiğini, keza duruşmada bulunarak diğer tanıkların ifadelerini dinleyen bir savcının kendi ifadesini, dinlemiş olduğu tanıkların ifadeleri üzerinden Őekillendirip Őekillendirmeyeceđi hususunda tam olarak karar verilemeyeceğini belirtmektedir. *Kanaatimiz*, bu görüşün daha makul olduğu ve kanuni düzenlemelerle daha uyumlu olduğu yönündedir. Şayet bir savcının daha en baştan tanıklık yapacağı belli ise artık savcılık değil, tanıklık sıfatı ön plana çıkar ve kendisi bakımından bu kanuni düzenlemeler uygulama alanı bulur. Bununla birlikte soruşturma aşamasında Şüphelinin beyanının alınmasına katılmış olan savcının, bu işlemlle ilgili olarak kovuşturma evresinde tanıklığına ihtiyaç duyulması halinde artık bu andan itibaren tanıklık yönü ön plana ıkar¹⁴⁹ ve her ne kadar bu ana kadar diğer tanıkların dinlenmesine katılmış olsa da bu aşamadan itibaren yukarıdaki bilgiler doğrultusunda aynı oturumda olmamak kaydıyla tanık hakları ve yükümlülükleri kendisi üzerinde vuku bulur.

Bu noktada tartışılan ikinci sorun, savcının tanıklık görevini yerine getirmesinden sonra yargılamanın devamına savcı sıfatıyla katılıp katılamayacağı ya da hangi kapsamda görev alabileceği, yargılamada kendi ifadelerini de değerlendirmesi gerekeceğinden objektifliğini sağlayıp sağlayamayacağıdır ki bu

¹⁴⁴ CENTEL / ZAFER, s. 285; KARAKEHYA, s. 225.

¹⁴⁵ DOSE, s. 351.

¹⁴⁶ BGHSt 21, 85 (KINDHUSER / SCHUMANN, Ő 21, kn. 10); ALSBERG / DALLMEYER, kn. 312; SCHMITT, Ő 243, kn. 8; SCHNEIDER, Hartmut: in *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, Ő 243, kn. 15.

¹⁴⁷ SCHMITT, Ő 58, kn. 15; EISENBERG, kn. 1017; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 312.

¹⁴⁸ IGNOR / BERTHEAU, vor Ő 48, kn. 41.

¹⁴⁹ CENTEL / ZAFER, s. 285.

konunun çok fazla gereği gibi tartışılmadığına işaret edilmiştir¹⁵⁰. Bu çerçevede Alman Krallık Yüksek Mahkemesi, genel olarak savcının ifadesinden sonra iddia makamında bulunamayacağı, tanıklık makamıyla kamusal iddia makamının uyumunun kanuna aykırı olmasa bile yapısal olarak birbirine uygun olmadığı görüşünden hareket etmiştir¹⁵¹. Alman öğretisinde günümüzde halen bu görüşte olan yazarlar¹⁵² bulunmakta olup bu düşünce sahipleri, tanıklık ifadesinin içeriğiyle ilgilenmemekte, yargılamada bir savcının tanıklık yapması gerekirse tanık olarak ifade vermesinin ardından genel olarak artık bu yargılamayla ilgili olarak savcılık görevinden söz edilemeyeceğini belirtmektedirler. Türk öğretisinde¹⁵³ de yaygın şekilde bu görüşün kabul edildiği belirtilebilir. Hatta *Şahin / Göktürk*, hâkimin reddine dair hükümün savcı bakımından da kabul edilmesinin uygun olacağını vurgulamışlardır¹⁵⁴.

Bununla birlikte Alman Federal Yüksek Mahkemesi, başlangıçta kararlarında herhangi bir sınırlama getirmeksizin Krallık Yüksek Mahkemesinin kararlarına dayanmışsa da¹⁵⁵ sonrasında uygulamada bilhassa da kapsamı oldukça geniş olan yargılamalarda savcının rastgele değiştirilebilir olarak görülmesinin ortaya çıkardığı zorluklar nedeniyle¹⁵⁶ anlayışında değişikliğe giderek belirli koşullar altında savcının görev almasında bir engel olmayabileceği sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede günümüz Alman mahkeme kararlarının¹⁵⁷ da dâhil olduğu Alman öğretisindeki diğer görüş¹⁵⁸, kural olarak savcının yargılamaya savcı olarak katılamayacağını, ancak bunun cevabının tanıklık ifadelerinin kapsamına bağlı olduğunu kabul etmektedir. Buna göre savcının tanıklık ifadesiyle devamında duruşmaya katılması arasında ayrılmaz nitelikte bir bağlantı söz konusu ise¹⁵⁹, söz gelimi savcı yargılama konusu olan “fiilin ispatına ilişkin sorular üzerine” ifade verirse başka bir savcının bu ifadeyi mutlaka değerlendirmesi gerekeceğinden gerekli tarafsızlık ve objektifliğin tehlikeye düşürülmemesi adına savcının bu yargılamada artık göreve devam etmemesi gerekir (CMK m. 160/2; Alm.CMK § 160 II)¹⁶⁰. Buna karşılık tanıklık ifadelerinin, sadece önemsiz yan sorulara ilişkin olması ve esas fiilin ispatından ayrılabilir yapıda olması halinde savcının bu davada görevine devam edebileceği yönünde bir istisnanın mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁶¹. Yine örneğin savcının ifadesi, sanıklardan yalnızca birinin işlediği fiil üzerine ise diğer sanıklar bakımından iddianame düzenlemesine engel bir durumun varlığından söz edilemeyeceği belirtilmektedir¹⁶². Alman mahkeme kararlarındaki bu görüş değişikliğinin temel nedeni, bilhassa geniş kapsamlı davalarda savcının ikinci bir konuda tanık olarak

¹⁵⁰ GEPPERT, s. 87.

¹⁵¹ RGSt 29, 236 (ALSBERG / DALLMEYER, kn. 313; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 42; MOASBACHER, s. 132; DOSE, s. 351).

¹⁵² HANACK, Ernst-Walter: “Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht”, *Juristenzeitung (JZ)*, 1971, s. 91.

¹⁵³ FEYZİOĞLU, s. 56, 59; ÜNVER / HAKERİ, s. 256; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 587; ÖZEN, s. 321; YURTCAN, s. 213. Aksi görüş için bkz. KARAKEHYA, s. 224.

¹⁵⁴ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40.

¹⁵⁵ IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 42. Nitekim BGH v. 07.06.1956-3 StR 148/56 kararında yargılamada duruşmada görev yapan hâkimin aynı olaya dair tanıklık yapması halinde reddedilmesine dair bir hüküm bulunmasına karşılık aynı durumun savcı bakımından geçerli olmadığı, böyle bir durumda savcının reddedilmeyeceği, bununla birlikte tanıklık yaptıktan sonra savcının aynı olaya dair yeniden görev üstlenmesinin hâkim görüşüne göre mahkeme kararlarına göre savcının konumuyla uyumlu olmadığı, savcının kendi ifadesini çok nadir hallerde değerlendirmek zorunda kalmayacağı, bu bakımdan aynı olayla ilgili olarak tanıklık yapan savcının görevine devam etmemesi gerektiği ifadelerine yer verilmiştir. Kararın özeti için bkz. DALLINGER, Wilhelm: “Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen”, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1957, s. 16; DOSE, s. 352.

¹⁵⁶ ALSBERG / DALLMEYER, kn. 314.

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf StV 1991, 59 (BADER, vor § 48, kn. 11); BGH JR 2019, 160 (BEULKE / SWOBODA, kn. 288); BGHSt 21, 85 (KÜHNE, kn. 806; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 29); BGH NStz 1989, 583 (PFEIFFER, vor § 48, kn. 2); BGH NStz 2008, 353 (MOASBACHER, s. 132).

¹⁵⁸ BEULKE / SWOBODA, kn. 288; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 7; KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 12; SCHMITT, vor § 48, kn. 17; GERCKE, vor § 48, kn. 9; MOASBACHER, s. 132; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 14; BADER, vor § 48, kn. 11; OTTE, § 48, kn. 19; GEPPERT, s. 87; OSTENDORF, kn. 298; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; DOSE, s. 353.

¹⁵⁹ BGH 5 StR 529/75 (BADER, vor § 48, kn. 11); BGH NStz 18, 482 (SCHMITT, vor § 48, kn. 17); BGHSt 21, 89 (GERCKE, vor § 48, kn. 9; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 42); GEPPERT, s. 87.

¹⁶⁰ BGH NStz 1983, 135 (BADER, vor § 48, kn. 11); BGH NStz 2007, 419 (SCHMITT, vor § 48, kn. 17); GEPPERT, s. 87; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 7.

¹⁶¹ BGHSt 14, 265 (KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 12; SCHMITT, vor § 48, kn. 17; JOECKS, vor § 48, kn. 10); BGH NJW 1996, 2239 (JOECKS, vor § 48, kn. 10); BGH NStz-RR 2001, 107 (von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 29; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 315); DOSE, s. 350.

¹⁶² BGH 21, 85, 89 (BADER, vor § 48, kn. 11; SCHMITT, vor § 48, kn. 17; JOECKS, vor § 48, kn. 10); ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 7.

ifadesinin alınması sağlanarak duruşmada savcı olarak görev yapmasının önüne geçilmesi ve bir başka savcının görevlendirilmesinin sağlanmasının yargılamanın sürdürülmesi açısından arzu edilmeyen ve kaçınılmaz zorlukları beraberinde getirmesidir¹⁶³.

Tüm bu bilgiler çerçevesinde savcının kendisinin suçtan zarar görmüş olması halinde artık fiilin ispatına ilişkin beyanlarda bulunacağından ve kendi ifadelerini de esasa matuf şekilde değerlendirmesi gerektiğinden bu olayla ilgili olarak savcılık görevinde bulunmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak yine de *kanaatimize* göre hâkimde olduğu gibi savcının da tarafsızlığını şüpheye düşüren bu tür durumlarda muhakemeden çekinmesi ve reddine ilişkin bir kanuni düzenleme yapılmasına yönelik ihtiyacın bulunduğu yönündeki görüş¹⁶⁴ oldukça makul görünmektedir. Aksi takdirde bu derece önemli bir konu, birçok farklı görüşün ortaya çıkmasına neden olacak şekilde bir belirsizliğe mahkûm edilmiş olacaktır.

C. Müdafî

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 53'üncü paragrafının birinci fıkrasında meslek sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında avukatların, patent avukatının, noterlerin ve baroların diğer üyelerinin de sayılmış olması, bununla birlikte müdafinin görevinden yasaklanmasına ilişkin düzenleme (§ 138a) kapsamında tanıklık yapmanın müdafilik görevinin sonlanma nedenlerinden biri olarak öngörülmemiş olması nedeniyle Alman öğretisinde müdafinin, görevini bırakmadan aynı olaya dair tanık olabileceği görüşünden hareket edilmektedir¹⁶⁵. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki tanıklığa ve müdafiliğe ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda Türk hukukunda da pekâlâ benzer bir sonuca ulaşılabilir¹⁶⁶. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46'ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler nedeniyle tanıklıktan çekinebilecekleri düzenlenmiştir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun müdafinin görevinden yasaklanmasını hüküm altına alan 151'inci maddesinde tanıklık yapma, yasaklılık hallerinden biri olarak gösterilmemiştir. Ayrıca çok daha önemlisi, Alman öğretisindeki hâkim görüş¹⁶⁷ tarafından tüm bu düzenlemelerden hareketle mahkemenin tanıklık yapan müdafinin tanıklıktan sonra müdafilik görevini sonlandırma yetkisine sahip olmadığı yönündeki anlayışı da Türk hukuku bakımından kabul edilebilir.

Bu çerçevede ilk olarak tanık olarak ifade vermiş olan müdafinin, devam eden duruşmalara müdafî sıfatıyla katılmasına müsaade edilip edilmeyeceği ve ikinci olarak tanıklık yapacak olan müdafinin, tanıklık ifadesi öncesinde diğer tanıkların dinlenmesi esnasında duruşma salonunu terk etmesinin gerekip gerekmediği soruları üzerine bir tartışma ortaya çıkmaktadır. Kanuni düzenlemelerde en azından müdafiler özelinde bu konuda bir açıklık bulunmadığından Alman Krallık Yüksek Mahkemesi, müdafinin ceza muhakemesindeki rolünü ve fonksiyonunu dikkate alarak tanıklığın yükümlülükleriyle müdafinin konunun uyuşmadığı, tanıklık ifadelerinin de dâhil olduğu ispat araçlarıyla gerçeğe ulaşmaya yönelik menfaatin ve buna bağlı olarak başka bir kişinin ifadeleriyle ikamesi mümkün olmayan müdafinin tanıklık ifadesinin, özgür şekilde müdafî seçme özgürlüğü ile müdafinin hakları karşısında üstün olduğu düşüncesinden hareketle müdafinin tanıklık yapması ve görevine devam etmemesi yönünde bir yaklaşım sergilemiş, tanıklık yaptıktan sonra müdafinin görevine devam etmesi halinde çok fazla düzene uygun bir savunmanın mevcut sayılamayacağı, böyle bir durumda söz konusu müdafinin savunma yapmasının

¹⁶³ BGH NStZ 1989, 583 (BADER, vor § 48, kn. 11).

¹⁶⁴ MOASBACHER, s. 132; CENTEL, s. 35; CENTEL / ZAFER, s. 286; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40.

¹⁶⁵ BGH 19.05.1953 - 2 StR 116/53, NJW 1953, 1600 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 23; EISENBERG, kn. 1014); BGH StV 1984, 499 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 45; KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 13); BGH NStZ 1985, 514 (BEULKE / SWOBODA, kn. 289); SCHMITT, vor § 48, kn. 18; KÜHNE, kn. 809; BADER, vor § 48, kn. 12; ROGALL, § 48, kn. 61, 65; EISENBERG, kn. 1016; OTTE, § 48, kn. 20; GEPPERT, s. 88; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 8.

¹⁶⁶ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÛTÛNCÛ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302; FEYZİOĞLU, s. 42; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40.

¹⁶⁷ SENGE, Lothar: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, vor § 48, kn. 12; SCHMITT, vor § 48, kn. 18; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 45; DAHS, s. 1385; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 9; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 8.

engellenmesinin bir yargılama hatası olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır¹⁶⁸. Bununla birlikte müdafinin tanıklık ifadesi önemsiz ise sadece yan konulara değinen bir öneme sahip ve esas duruşmadan ayrı şekilde çözümlenebilir durumda ise müdafinin tanıklık yapmasının mümkün olduğunu kabul eden Krallık Yüksek Mahkemesi, müdafinin soruşturma aşamasında ifade vermiş olması halinde müdafilik görevini üstlenebileceğini belirtmiş¹⁶⁹, dolayısıyla tanıklık yapan avukatın istisnaen müdafilik yapabileceği yönünde bir kural ortaya koymuştur. Krallık mahkemesi, ilerleyen süreç içerisinde yaklaşımını biraz yumuşatmış ve bu kuralı tersine çevirmiş, müdafinin tanıklık ifadesinden sonra savunmaya devam etmesini sıkıntılı hale getirecek türden bir öneme sahip olması halinde müdafinin istisnaen görevden alınması konusunda mahkemenin yetkili olduğu görüşünü benimsemiştir¹⁷⁰. Alman Anayasa Mahkemesi, çok daha katı bir yaklaşım sergilemiş, mahkemenin tanık müdafinin görevine son verme yetkisini ve tanıklık yükümlülüğünün müdafinin savunma hakkı karşısındaki önceliğini reddetmiştir¹⁷¹. Buna uygun şekilde Alman Federal Yüksek Mahkemesi, tanıklık rolüyle müdafilik rolünün kural olarak birbirleriyle uyumlu olduğu, müdafinin sadece istisnaen -zorunlu müdafilik durumunda- görevden el çektirilmesinin gerekli ve mümkün olduğu görüşünden hareket etmiştir¹⁷².

Nihayetinde günümüzde müdafilik sıfatının sona ermesi için kanunda sayılan nedenler arasında tanıklık yapmış olma (Alm.CMK §§ 138a, 138b) yer almadığından gerek Alman mahkeme kararlarında¹⁷³ gerekse Alman öğretisinde¹⁷⁴ benimsenen görüşe göre müdafinin tanık olarak ifadesinin alınmasından sonra da müdafilik görevine devam etmesi mümkün görülmemekte, zorunlu müdafilik durumu söz konusu olmadığı sürece müdafinin tanıklık ifadesi süresince dahi müdafilik görevini yerine getirmesine müsaade edilmekte, mahkemenin müdafinin görevine son verme yetkisi kabul edilmemektedir. Her ne kadar Türk öğretisinde hâkim görüş tarafından¹⁷⁵ avukatın lehe ya da aleyhe ayırım yapılmaksızın tanıklık yaptığı olayla ilgili müdafilik görevini üstlenemeyeceği ifade edilmekte ve esasen Alman Krallık Yüksek Mahkemesi'nin benimsediği görüşten hareket edilmekteyse de bu konudaki *kanaatimiz*, daha evvel belirttiğimiz üzere Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemelerin (CMK m. 46/1-a; m. 151), Alman öğretisinde ve mahkeme kararlarında günümüzde kabul gören anlayışın Türk hukuku bakımından da benimsenmesine uygun olduğu ve hatta bunu gerekli kıldığı yönündedir¹⁷⁶. Bununla birlikte yalnızca somut olayda bir *zorunlu müdafilik* görevi söz konusu ise bu müdafin tanık olarak ifadesinin alınması süresince söz konusu sanığa mutlaka başka bir müdafilik görevlendirilmelidir. Zira bir avukat, tanık olarak müdafinin hak ve yükümlülüklerini gözetemeyeceğinden aynı kişinin, aynı anda hem müdafilik hem de tanıklık görevini üstlenmesinden söz edilemez¹⁷⁷. Aksi durumda duruşmada bulunması gereken kişinin yokluğundan bahisle hukuka kesin aykırılık halinden (CMK m. 289/1-e) bahsedilebilir¹⁷⁸.

¹⁶⁸ RGSt 24, 104 (ROGALL, § 48, kn. 63; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 48).

¹⁶⁹ RGSt 24, 107, 108 (ROGALL, § 48, kn. 63).

¹⁷⁰ RGSt 55, 219 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 48).

¹⁷¹ BVerfGE 16, 217, 219 (PFEIFFER, vor § 48, kn. 2; ROGALL, vor § 48, kn. 64).

¹⁷² BGH NJW 1953, 1601 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 48).

¹⁷³ BVerfG 11.06.1963 - 1 BvR 156/63, BVerfGE 16, 214 = NJW 1983, 1771 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 23); BGH NJW 1964, 404 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 48).

¹⁷⁴ KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 15; HARTMANN / SCHMITT, kn. 293; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 47; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 23; SCHMITT, kn. 18; GERCKE, vor § 48, kn. 10; BECKER, Jögr-Peter: in *Löwe-Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, Band 6, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston, 2020, § 243, kn. 23; SCHNEIDER, § 243, kn. 15; OTTE, § 48, kn. 20; PFEIFFER, vor § 48, kn. 2.

¹⁷⁵ FEYZİOĞLU, s. 54, 55; YURTCAN, s. 214. Hatta *Şahin / Göktürk*, hâkimin reddine ilişkin açıkça düzenlenen hükmün müdafilik bakımından da kabul edilmesinin uygun olacağını belirtmektedir (ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40). Yine *Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır* da avukatların da savcı ve hâkim gibi yargı görevi gören kişiler olduğunu, suça ilişkin bilgiye sahipse sadece tanıklık yapıp müdafilik görevini üstlenmemeleri gerektiğini ifade etmişler, benzer bir görüş ortaya koymuşlardır (GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286). *Özen*, avukatın müdafilik yaparsa tanıklık yapamayacağını, tanıklık yaparsa müdafilik yapamayacağını, avukatın olayın tek tanığı ise bu defa tanıklık yapmak zorunda kalacağını ifade etmiştir (ÖZEN, s. 321, 322). Tüm bu görüşlere karşılık *Karakehya*, müdafinin tanıklık yapmasına rağmen görevine devam etmesinde bir sakınca bulunmadığını belirtmiştir (KARAKEHYA, s. 225).

¹⁷⁶ CENTEL / ZAFER, s. 286; ÜNVER / HAKERİ, s. 256.

¹⁷⁷ RGSt 54, 175 (ROGALL, § 48, kn. 61); BGH NJW 1953, 1601 (ROGALL, § 48, kn. 61; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 47; BADER, vor 48 kn. 12; EISENBERG, kn. 1015); BGH 26.06.1985 - 3 StR 145/85, NJW 1986, 78 (OTTE, § 48, kn. 20; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 23); BGH StV 1996, 469 (KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 14; HARTMANN / SCHMITT, kn. 293; JO-

Keza müdafinin tanıklık ifadesinin müvekkilin lehine olabileceği gibi aleyhine de olabileceği yönündeki gerçek karşısında mdafı, müvekkilini suçlayıcı ifadede bulunup kendi ifadesini değerlendirmesinin özel önem arz ettiği bir durumda her ne kadar Alman öğretisinde müvekkilin kendisi mdafiyi görevden azletmediği ya da müdafinin kendisi görevden çekinmediği sürece müdafilik görevinin sırf aleyhe tanıklık ifadesi nedeniyle sona ermeyeceği, bu türden rol karmaşasının olduğu durumlarda bile kanunda müdafilik görevinin sona ermesi gerekçeleri arasında bu durum yer almadığından müdafinin görevine devam edip etmeyeceğine mahkemenin değil, ancak müdafinin kendisi ya da müvekkili karar verebileceği görüşü ileri sürülmüşse de¹⁷⁹ *kanaatimize* göre artık avukatın müdafilik görevini üstlenmesi ya da sürdürmesinin müdafiliğin varlık sebebine aykırı olduğundan, bu durumun müvekkilin adil yargılama hakkının ihlali sonucunu beraberinde getirebileceğinden hareket edilmesi gerekir¹⁸⁰. Dolayısıyla müdafinin aleyhe tanıklığı durumunda müvekkil azletmese ve mdafı kendisi görevden ekinmese bile mahkeme tarafından görevinden azledilebilmelidir.

Tanıklık yapacak olan müdafinin tanıklık ifadesi öncesinde duruşma salonunu terk etmesinin gerekip gerekmediği sorusu bakımından ise hâkim görüşe göre müdafinin duruşmada hazır bulunma hakkı, tanıkların bireysel olarak ve daha sonra dinlenecek tanıkların yokluğunda dinlenmeleri şeklindeki uslden daha önemli addedilmekte ve müdafinin tanık olarak ifadesinin alınmasından önce diğer tanıklar gibi duruşma salonunda bulunmaması yönünde bir gerekliliğe ihtiyaç duyulmamaktadır¹⁸¹. Bununla birlikte tanıkların ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinleneceğine dair hükmün (CMK m. 52/1; Alm.CMK ř 58 fıkra 1) ihlal edilmesi ihtimalinden sakınmak adına mahkemenin, tanık mdafiyi önceki bir zamanda dinleyebileceği önerisinde bulunulmaktadır¹⁸². Tüm bu açıklamalardan sonra kısaca müdafinin tanıklık ifadesinden önce ya da sonra duruşmalara katılmasına ve savunma yapmasına müsaade edilmesi gerektiği, müdafinin mahkeme salonunda kalarak gerektiğinde diğer tanıklarla yzleştirilebilmesinin de mümkün olduğu belirtilmelidir¹⁸³.

Bu noktada yanıtlanması gereken son husus, müdafinin müvekkiliyle mesleki ilişkisi nedeniyle edindiği bilgilerin tanıklık ifadesinin konusu olup olamayacağı, buna ne ölçüde müsaade edilebileceğidir. Esasında bir mdafı, müvekkilinin bilgilerini açıklayamaz, bu konuda tanıklık yapamaz. Bu husus, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36'ncı maddesinde açıkça, "*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.*" şeklindeki ifadelerle ortaya konmuştur. Aksi takdirde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun (Türk Ceza Kanunu m. 134) görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesinden (Türk Ceza Kanunu m. 137/1) bahsedilebilecektir¹⁸⁴. Bununla birlikte müvekkili tarafından sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulmuş olan (CMK m. 46/1-a, 2; Alm.CMK ř 53 II 1; Alman Ceza Kanunu ř 203 fıkra 1 Nr. 3) müdafinin bu bilgileri açıklaması bakımından artık hukuki ya da cezai anlamda bir sorumluluktan söz edilemez ve bu bakımdan mdafı, mesleki niteliği gereği müvekkili tarafından kendisine verilen bilgiler hakkında tanıklık yapabilir¹⁸⁵. Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36'ncı maddesindeki hükmün devamı, "*Avukatların birinci fıkrapada*

ECKS, vor ř 48, kn. 11); SCHMITT, vor ř 48, kn. 18; GERCKE, vor ř 48, kn. 10; BADER, vor ř 48, kn. 12; KÜHNE, kn. 809; GEP-
PERT, s. 88; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN /
TTNC / ÖZAYDIN / ALTINOK VLLEMN / TOK, s. 302; CENTEL / ZAFER, s. 286; KARAKEHYA, s. 225.

¹⁷⁸ KARAKEHYA, s. 226.

¹⁷⁹ ROGALL, ř 48, kn. 62; GERCKE, vor ř 48, kn. 10.

¹⁸⁰ BVerfGE 16, 217 (ROGALL, ř 48, kn. 62); BVerfG NJW 1963, 1771 (GERCKE, vor ř 48, kn. 10); IGNOR / BERTHEAU, vor ř 48,
kn. 45; BADER, vor ř 48, kn. 12; EISENBERG, kn. 1014.

¹⁸¹ KINDHUSER / SCHUMANN, ř 21, kn. 15; IGNOR / BERTHEAU, vor ř 48, kn. 47; HARTMANN / SCHMITT, kn. 293; MAIER /
PERCIC, vor ř 48, kn. 23; BECKER, ř 243, kn. 23; IGNOR / BERTHEAU, vor ř 48, kn. 46, 47; SCHNEIDER, ř 243, kn. 15; SCH-
MITT, vor ř 48, kn. 18.

¹⁸² IGNOR / BERTHEAU, vor ř 48, kn. 47; MAIER / PERCIC, vor ř 48, kn. 23.

¹⁸³ IGNOR / BERTHEAU, vor ř 48, kn. 47.

¹⁸⁴ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / DURSUN, Selman: *Türk Hukukunda Müdafii Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.
78.

¹⁸⁵ BGH StV 2010, 287 (BEULKE / SWOBODA, kn. 289); IGNOR / BERTHEAU, vor ř 48, kn. 45.

yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır.” şeklindedir. Şu hâlde müvekkil onay vermediği sürece müdafinin müvekkile ait bilgileri tanık sıfatıyla vermek bir tarafa müdafî sıfatıyla dahi açıklaması uygun görülmemektedir¹⁸⁶.

Bununla birlikte müvekkil, avukata verdiği bilgilerin açıklanmasına dair muvafakat göstermiş olsa bile avukat, tanıklık yapmaya zorlanamaz, yine de tanıklık yapmaktan çekinebilir. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda avukatlar dışındaki meslekler gereğince tanıklıktan çekinebilecek kişiler açısından ilgilinin rızasının varlığı halinde tanıklıktan çekinemeyeceklerine dair bir hükme yer verilmiş, böylelikle avukatların sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulmuş olmalarına rağmen tanıklık yapmaya zorlanamayacakları hüküm altına alınmıştır¹⁸⁷. Keza benzer sonuca Avukatlık Kanunu’ndaki “...bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz...” yönündeki hükümden de ulaşılabılır. Görüldüğü üzere tanıklık yapmaktan kaçınan avukatın herhangi bir şekilde hukuki ya da cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği de madde hükmüne sonradan (02.05.2001) eklenmiştir. Maddede yapılan bu değişiklik, CMUK m. 48’teki “Müdafiler bu sıfatları... vakıf oldukları sırlar hakkında çekinebilirler. Ancak sır sahibi muvafakat ederse tanıklıktan çekinemezler.” şeklindeki avukatı müvekkilin onayı halinde tanıklık yapmaya mecbur bırakan anlayışın¹⁸⁸ değişmesinin bir sonucudur. Böylelikle avukatlar, diğer meslek sahiplerinden farklı bir yere konmuş, müvekkilin onayının tanıklık yapma yükümlülüğü değil, yalnızca tanıklık yapma hakkı tanınması kabul edilmiştir¹⁸⁹. Buradan hareketle müvekkilin onayına rağmen avukatın kendisi, müvekkiline ait bilgileri açıklamama yönünde bir takdirde bulunabilir. Bunun en temel nedeni, mesleğe duyulan güvenin korunması ve çok önemlisi adaletin gereği gibi tesis edilmesidir. Zira avukata verdiği bilgilerin hiçbir surette açıklanmayacağına güvenen müvekkil, her türlü bilgiyi açıkça ve çekinmeden müdafîyle paylaşabilir, bu bilgilerin savunmaya hizmet etmesi amacıyla kullanılmasını temin edebilir¹⁹⁰.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda CMUK m. 48 hükmüne benzer bir düzenleme bulunması nedeniyle Alman hukukunda müvekkilin müdafîyi sır saklama yükümlülüğünden muaf tutmuş olması halinde artık müdafinin tanıklıktan çekinme imkânı bulunmamaktadır. Buna karşılık söz gelimi din adamları bakımından durum farklıdır ve sırrı veren kişi, din adamını sır saklama yükümlülüğünden muaf tutmuş olsa bile tanıklık kapsamında bu sırrı açıklayıp açıklamamak, tamamen din adamının takdirine bırakılmıştır. İşte Alman hukukunda avukatın müvekkili tarafından sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulduğunda dahi tanıklıktan çekinebileceğine dair bir hüküm bulunmadığından Alman öğretisinde, sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulmuş olan ilgili müdafinin müvekkille ilişkisinden kaynaklı olan her türlü bilgiyi söylemesinin gerekli olup olmadığı sorusu tartışılmaktadır. Burada sırf müvekkilin müdafîyi sır saklama yükümlülüğünden muaf tuttuğu gerekçesiyle müdafinin müvekkiliyle ilgili her şeyi açıklamasının gerekli görülmesi, hem avukat-müvekkil ilişkisine dayalı tanıklıktan çekinme hakkını tamamen anlamsız hale getirir hem de avukat tıpkı diğer tanıklarda olduğu gibi genel kurallara tabi hale gelmiş olur ki bu açıdan böyle bir anlayış, hiçbir şekilde meslek gereği tanıklıktan çekinmeye ilişkin kanuni düzenlemelerle uyumlu olmayacaktır. *Ignor / Bertheau*, bu konuda din adamlarının sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulmuş olmalarına rağmen ifade verip vermeyeceklerini ve hangi kapsamda ifade vereceklerini tamamen kendilerinin belirlemelerine imkân veren anlayışın benzer şekilde müdafiler bakımından da uygulanabileceğine işaret etmişlerdir¹⁹¹. Bu çerçevede iki hususa dikkat çekmek gerekir. Birincisi, öğretilde müdafinin bizzat kendi araştırma ve kontakları

¹⁸⁶ Bununla birlikte müdafinin müvekkilinden suçlu olmadığına dair bilgiler öğrenmesi ve fakat beraat edebilecek olmasına rağmen müvekkilin bu bilgilerin mahkemede açıklanmasına onay vermemesi halinde müvekkile rağmen müdafinin bu bilgileri duruşmada açıklayıp açıklayamayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. MAHMUTOĞLU / DURSUN, s. 88.

¹⁸⁷ “...sanıkların soruşturma aşamasında müdafîlik görevini üstlenen avukat...’ın, sanıklar tarafından verilmiş bir muvafakat işlemi bulunmadığı ve tanıklıktan çekinme hakkı da hatırlanmadığı halde tanık sıfatıyla dinlenmesi ile beyanlarının hükme esas alınması...” Y. 17. CD., T., 03.05.2016, 13365/6633 (YAŞAR, C. I, s. 447).

¹⁸⁸ MAHMUTOĞLU / DURSUN, s. 90.

¹⁸⁹ MAHMUTOĞLU / DURSUN, s. 89.

¹⁹⁰ MAHMUTOĞLU / DURSUN, s. 79, 80.

¹⁹¹ IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 45.

sayesinde müvekkili üzerine yaptığı işlemler çerçevesinde elde ettiği bilgileri müvekkilinin tasarrufuna bırakmasından söz edilemeyeceği görüşünün benimsenmiş olması¹⁹², ikincisi ise Alman Federal Yüksek Mahkemenin 5. Senatosunun görüşüne göre müdafine karşı belirli yönde bir beyanda bulunarak esasında muhakemedeki ifadesinin ağırlığını pekiştirme amacıyla olan bir sanığın bu savunma stratejisi karşısında müdafinin tanıklık ifadesinin ispata yönelik önemli bir etki göstermesi yönündeki anlayışın kabul edilmiyor olmasıdır¹⁹³. Federal Mahkeme, savunma stratejisinin içeriği ve türü üzerindeki karar vermeye yönelik böylesi durumların kural olarak mahkeme tarafından tanıklık beyanından çıkartılıp savunma kapsamında addedebileceği yönünde bir karara ulaşmıştır¹⁹⁴. En nihayetinde tüm bu açıklamalardan sonra özellikle ifade edilmelidir ki Türk hukuku, bu konuda hukuki düzenleme bakımından Alman hukuku karşısında çok daha ileridedir. En baştan müdafinin tanıklık yapma konusunda her türlü konuda kendi takdirine bırakılmış, Alman öğretisindeki söz konusu tartışmalara yer bırakılmamıştır. Öyle ki Alman öğretisindeki tartışma, müvekkili tarafından sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulan ve tanıklık yapacak olan müdafinin bizzat kendi çabalarıyla müvekkil hakkında araştırıp bulduğu tespitlerin müvekkilin takdirine bırakılmayacağı, müvekkilinin bizzat kendisinin verdiği bilgiler üzerinden tanıklık ifadelerinin ise bu yöntemin bir savunma stratejisi olarak kullanılması ihtimali karşısında çok fazla güvenilir addedilmemesi gerektiği yönündeki bilgiler çerçevesinde anlamsız kalmaktadır. Bu açıdan Türk hukukunda müdafiyeye, müvekkilinin muvafakati halinde dahi tanıklıktan çekinmesi yönünde bir hakkın tanınmış olması gayet makul görünmektedir.

D. Şüpheli ve Sanık

Şüpheli ya da sanık, Anglo-Amerikan sisteminden farklı olarak¹⁹⁵ kendisine karşı yürütülen soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili olarak taraf konumunda bulunduğundan tanık sıfatıyla dinlenemez, tanıklıkla şüpheli ya da sanıklık konumu birbiriyle uyuşmaz¹⁹⁶. Nitekim bir şüpheli ya da sanığın anayasal anlamda aleyhine delil vermeye zorlanamaması ve susma hakkının varlığı karşısında tanığın ifade verme ve gerçekleri söyleme yükümlülüğü bir çelişki oluşturacaktır¹⁹⁷. Daha da önemlisi, mahkeme önünde “ifadeye karşı ifade” gibi tuhaf durumlar söz konusu olabilir¹⁹⁸. Buradan hareketle esasa ilişkin açıklamalara hazır olduğunu bildiren bir şüphelinin ya da sanığın beyanları, kendisine karşı ispat aracı olarak kullanılamaz¹⁹⁹. Dolayısıyla tanıkların yalan söylemesi halinde yalan tanıklık suçundan (TCK m. 272 vd.) söz edilmekteyken sanıkların kimliklerine ilişkin bilgiler (KK m. 40) dışında yalan beyanda bulunmaları durumunda herhangi bir cezalandırılabilirlikten söz edilmemektedir²⁰⁰.

¹⁹² BEULKE / SWOBODA, kn. 290; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 45.

¹⁹³ BGH NStZ 2008, 115 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 48).

¹⁹⁴ BGH NStZ 2008, 115 (IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 48).

¹⁹⁵ KREY / HEINRICH, kn. 1215; EISENBERG, kn. 1005; ROGALL, vor § 48, kn. 40; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 4; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; YAŞAR, C. I, s. 418; YURTCAN, s. 213; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 299; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 586; ÖZEN, s. 322.

¹⁹⁶ RGSt 52, 138 (KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 16); BGH NJW 64, 1034 (SCHMITT, vor § 48, kn. 20); BGH v. 18.10.1956 - 4 SIR 278/56, BGHSt 10, 8 (OTTE, § 48, kn. 21); IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 8; HARTMANN / SCHMITT, kn. 249; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 3; PFEIFFER, vor § 48, kn. 3; KREY / HEINRICH, kn. 1212; BADER, vor § 48, kn. 7; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 320; ROGALL, vor § 48, kn. 40; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 28; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 11; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; GEPPERT, s. 82; HILLENKAMP, Thomas: “Der praktische Fall - Strafrecht: Das Aufnahmeitual und seine Folgen”, *Juristische Schulung (JuS)*, 2001, s. 166; FEYZİOĞLU, s. 45; YURTCAN, s. 213; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 586; ÜNVER / HAKERİ, s. 255; CENTEL / ZAFER, s. 287; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302; Yaşar, C. I, s. 418; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286; ÖZEN, s. 322.

¹⁹⁷ BGHSt 10, 8 (KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 16; HARTMANN / SCHMITT, kn. 249); VOLK / ENGLÄNDER, § 20, kn. 2; ROGALL, vor § 48, kn. 40; EISENBERG, kn. 1005; HILLENKAMP, s. 166; GEPPERT, s. 82; CENTEL / ZAFER, s. 287; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 586; ÜNVER / HAKERİ, s. 255; ÖZEN, s. 322.

¹⁹⁸ HEGER / POHLREICH, kn. 366a.

¹⁹⁹ ROGALL, vor § 48, kn. 40.

²⁰⁰ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 278; ÜNVER / HAKERİ, s. 255; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302.

Benzer durum, kural olarak suçun işlenişine katkı sağlayan bütün suç ortakları bakımından geçerlidir ki buna bağlı olarak istisnai durum haricinde suç ortaklarının birbirleri hakkında tanık olmalarına müsaade edilmez²⁰¹. Ancak uygulamamızda da görüldüğü üzere suç ortakları tanık olarak dinlenebilmektedir²⁰² ki bu çerçevede gerçekten istisnaen suç ortaklarının diğer suç ortakları bakımından tanıklık yapıp yapamayacakları ya da hangi ölçüde yapabilecekleri, esasında şüpheli ve sanık kavramlarının belirlenmesine ve bu kavramların zamansal anlamda sınırlarına bağlıdır²⁰³. İşte Alman öğretisinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin tek tek ele alınmasından sonra bunların birbirinden ne ölçüde ayrıldığı, olay şeklindeki şu örnekler üzerinden daha makul şekilde anlaşılabilir:

Birinci ihtimalde yağma suçunu birlikte işleyen X ve Y isimli şahısların yakalanıp gözaltına alındığı ve tutuklanmak üzere hâkim huzuruna çıkartıldığı bir olayda X, itiraf niteliğinde kapsamlı ve güvenilir bir beyanda bulunurken Y, konuya ilişkin beyanda bulunmayı reddetmiştir. İşte tam bu kapsamda tartışılan sorun, hâkimin Y'nin işlediği fiil üzerine X'i tanık olarak kabul edip tanık sıfatıyla ifadesini almasının mümkün olup olmadığıdır²⁰⁴. *İkinci ihtimal* olarak X ve Y'ye karşı yürütülen arama kararı sonucunda Y'nin yakalandığı, Almanya vatandaşı olan X'in ise Almanya'ya kaçtığı ve Türkiye'ye iade edilmediğinden dolayı savcının sadece Y hakkında tutuklama talebinde bulunduğu olay kapsamında duruşmada X'in Y aleyhine tanıklık yapmasının kabul edilip edilemeyeceği ele alınabilir²⁰⁵. *Üçüncü ihtimal* olarak yağma suçunu birlikte işledikleri için X ve Y hakkında duruşma yapıldığı, ancak mahkemenin X'in yaşamsal tehlike arz eden nitelikte hasta olması nedeniyle X'e karşı yürütülen davayı Y'ye karşı olandan ayırmaya karar verdiği olayda sürekli yatağında yatar halde olan X'in, Y'ye karşı yürütülen yargılama ile ilgili olarak tanıklık yapmasına engel bir durum bulunmadığı takdirde tanıklık görevinde bulunup bulunamayacağı irdelenmelidir²⁰⁶. Nihayet *dördüncü ihtimal* olarak X ve Y hakkında cinsel saldırı suçunu birlikte işledikleri için ikisiyle ilgili yapılan kovuşturmada Y, esasa ilişkin ifadesinde fiili inkâr ederken X kapsamlı ve inandırıcı bir ifade vermiştir. Buradan mahkeme, X'e karşı olan yargılamayı bir kararla ayırmış ve devamında Y'nin fiile yönelik katkısıyla ilgili olarak X'e tanıklık görevi vermiş, tanıklık görevinin icrasından sonra bu ikisine karşı yürüttüğü yargılamaları birleştirmiştir²⁰⁷.

a) Alman mahkeme kararlarında²⁰⁸ ve Alman öğretisinde hâkim görüş²⁰⁹ tarafından *şekli anlamda şüpheli veya sanık* kavramı savunulmuştur. Türk öğretisinde kısım karşılık bulunduğu²¹⁰ ifade edilebilecek olan bu görüşe göre suç ortakları bakımından *ataç*²¹¹ etkisi gösteren yalnızca “yargılama ortaklığı” yönündeki şekli kriterdir²¹². Bu açıdan yargılamanın bağlı olması söz konusu ise bu defa bu kişilerin birlikte suç işlemiş mi olduklarının ya da şüphelisi ya da sanığı olmasalar bile bir fiilin işleniş-

²⁰¹ BGH 18.10.1956 - 4 StR 278/56, BGHSt 10, 8 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 24; BADER, vor § 48, kn. 7); KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 17; HARTMANN / SCHMITT, kn. 249; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5; SCHMITT, vor § 48, kn. 21; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 28; OTTE, § 48, kn. 22; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 11; GÖKTÜRK, s. 374; İNCE TUNÇER, s. 83.

²⁰² ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 586.

²⁰³ ROGALL, vor § 48, kn. 43.

²⁰⁴ KREY / HEINRICH, kn. 1217.

²⁰⁵ KREY / HEINRICH, kn. 1222.

²⁰⁶ KREY / HEINRICH, kn. 1222.

²⁰⁷ KREY / HEINRICH, kn. 1229.

²⁰⁸ RGSt 46, 88 (KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 18); BGHSt 10, 8 (SCHMITT, vor § 48, kn. 22); BGHSt 34, 44 (ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5); BGH NStZ 1984, 464 (KREY / HEINRICH, kn. 1220); BGH 3, 142 (PFEIFFER, vor § 48, kn. 3).

²⁰⁹ SCHMITT, vor § 48, kn. 21; ROGALL, vor § 48, kn. 43; BADER, vor § 48, kn. 7; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 28; OTTE, § 48, kn. 22; PFEIFFER, vor § 48, kn. 3; KREY / HEINRICH, kn. 1225.

²¹⁰ KUNTER, s. 634. Buna göre *Feyzioğlu*'nun suç işlediği şüphesi bulunsa dahi kişiye suç isnadında bulunulmadığından bahisle şüpheli konumundaki kişinin tanık olarak dinlenebileceğini, bununla birlikte bu kişinin ifadesinin şüpheli olduğu dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini belirttiği (FEYZİOĞLU, s. 49) ifadelerinden hareketle şekli anlamda şüpheli ve sanık kavramından hareket ettiği sonucuna ulaşılabilir.

²¹¹ BADER, vor § 48, kn. 8; KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 18; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 28; PFEIFFER, vor § 48, kn. 3; OSTENDORF / BRUNING, § 16, kn. 11.

²¹² BGH 23.04.1984 - 4 StR 781/83, NJW 1985, 76 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 25); OTTE, § 48, kn. 22.

ne katkı mı sağladıklarının bir önemi olmaz²¹³. Bu kişilerin yargılması, her ne sebeple olursa olsun birbirine bağlı olduğu sürece (Alm.CMK §§ 2, 3, 237) şüpheli veya sanıkların birbirleri hakkında tanıklık yapmalarından söz edilemez, bu şekilde bir tanıklık geçersiz kabul edilir²¹⁴. Aynı muhakeme aşamasında ilgili kişinin ya tanık olduğu ya da şüpheli yahut sanık olduğundan hareket edilir ki bu anlamda bir kişi aynı muhakeme evresinde hem tanık hem şüpheli veya sanık olamaz²¹⁵.

Bu görüşe göre birden fazla suç ortağına karşı ortak dava açılmamışsa ya da başka nedenlerle aynı duruşmada sanık olarak bulunmuyorlarsa ortak davanın varlığından bahsedilemeyeceğinden²¹⁶ kovuşturma aşamasında bir suç ortağının suç ortağı olan sanık hakkında tanık olup olmayacağı, bu kişinin kendisine karşı da kovuşturma başlatılıp başlatılmadığına göre belirlenir. Kişinin kendisine karşı soruşturma başlatılmış olsa bile henüz kendisine karşı kovuşturma başlatılmış olmayan bir kişi, sanık konumundaki diğer kişiler bakımından tanıklık yapabilir²¹⁷, yeter ki kişinin kendisinin iştirak etmediği ya da kendisini ilgilendirmeyen bir fiil nedeniyle tanıklık yapması talep edilmiş olsun²¹⁸. “Yargılama ortaklığı” yönündeki şekli kriter çerçevesinde bu yargılama ortaklığına son verildiğinde, yani söz gelimi sanığın kamu görevlisi olması nedeniyle yargılamanın ayrı yürütölmesine ya da sanığın beraat etmesine karar verildiğinde artık yargılama ortaklığından bahsedilemeyeceğinden bu kişinin bu andan itibaren diğer sanıklar hakkında tanıklık yapmasından söz edilebilir²¹⁹. Bu görüş kapsamında sanığın kendisi aleyhine etki etmeyecek olması²²⁰ ve ortak işlenen fiil olmadıđı²²¹ sürece sırf tanık olarak beyanına başvurabilmek amacıyla davanın hâkim tarafından geçici olarak ayrılması da mümkün görölmektedir²²². Nitekim bu şekilde gerek Alman Krallık Yüksek Mahkemesi gerekse Federal Yüksek Mahkeme tarafından sırf suç ortaklarından birinin tanık olarak ifadesine başvurmak amacıyla yargılamanın sıklıkla ayrılması yönünde bir yöntemle başvurulduğuna dikkat çekilmiřtir²²³. Bu nedenle bu görüş, kasıtlı olarak rol değişiminin sağlanması bağlamında bir manipölasyon yapılarak rollerin dolanıldığı gerekçesiyle sorunlu görölmüş ve sert şekilde eleřtirilmiřtir²²⁴. İşte bu görüşe karşılık tepkisel olarak şekli-maddi şüpheli veya sanık anlayışı ve bilhassa da maddi anlamda şüpheli veya sanık anlayışı ortaya çıkmıřtır²²⁵.

İlk ihtimal bakımından bu görüşe göre aynı muhakeme aşamasında eş zamanlı takip içerisinde yargılama ortaklığı esas alındığından ve olayda soruşturma aşamasında hâkim tarafından sanıkların ortak ifadeleri alındığından tanıklık kabul edilmeyecektir²²⁶. *İkinci ve üçüncü ihtimallerde* ise

²¹³ BGH v. 15.08.1952 - 3 StR 267/52, BGHSt 3, 149 (OTTE, § 48, kn. 22).

²¹⁴ BGHSt 27, 139 (BEULKE / SWOBODA, kn. 290); KREY / HEINRICH, kn. 1220; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 35; SCHMITT, vor § 48, kn. 21; GERCKE, vor § 48, kn. 8; FEYZİOĞLU, s. 53.

²¹⁵ ROGALL, vor § 48, kn. 44.

²¹⁶ BGH NStZ 1984, 464 (KREY / HEINRICH, kn. 1220); IGNOR / BERTHEUA, vor § 48, kn. 36; SENGE, vor § 48, kn. 8.

²¹⁷ BGH 18.10.1956 - 4 StR 278/56, BGHSt 10, 8 = NJW 1957, 230 (PRITTWITZ, Cornelius: “Der Mitbeschuldigte - ein unverzichtbarer Belastungszeuge?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1981, s. 463; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 25); ROGALL, vor § 48, kn. 39; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5. Benzer şekilde bkz. FEYZİOĞLU, s. 51.

²¹⁸ ROGALL, vor § 48, kn. 44.

²¹⁹ BGH 23.04.1984 - 4 StR 781/83, NJW 1985, 76 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 26); von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 28; PFEIFFER, vor § 48, kn. 3.

²²⁰ BGH v. 25.04.1964 - 1 StR 13/64, NJW 1964, 1034 (OTTE, § 48, kn. 23); FEYZİOĞLU, s. 53, 54.

²²¹ BGH v. 17.01.1984 - 5 StR 970/83, StV 1984, 186 (OTTE, § 48, kn. 23).

²²² RGSt 69, 390 (ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5); BGH v. 18.10.1956 - 4 StR 278/56, BGHSt 10, 8 (OTTE, § 48, kn. 23); BGH NJW 1964, 1934 (SCHMITT, vor § 48, kn. 22); JOECKS, vor § 48, kn. 11; von SCHLIEFFEN, vor § 48, kn. 28; PFEIFFER, vor § 48, kn. 3.

²²³ RG GA 36, 168; BGH NJW 1964, 1034 (PRITTWITZ, NStZ 1981, s. 464).

²²⁴ ROGALL, vor § 48, kn. 46; IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 36; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5; DUNNEBIER, Hanns: “Die Verbindung von Strafsachen nach §§ 2 bis 4, 13 StPO”, *Juristische Rundschau (JR)*, 1975, s. 3; GERCKE, vor § 48, kn. 8; KREY / HEINRICH, kn. 1230; GEPPERT, s. 85; PRITTWITZ, s. 464; LUDERSSEN, Klaus: “Rollenkonflikte im Verfahren: Zeuge oder Beschuldigte”, *wistra-Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (wistra)*, 1983, 232.

²²⁵ ROGALL, vor § 48, kn. 46; PRITTWITZ, s. 464.

²²⁶ KREY / HEINRICH, kn. 1221.

X'in Y'ye karşı yapılan duruşmada tanık olarak ifade vermesi mümkün görülür²²⁷. Nitekim X ve Y, her ne kadar her iki olayda da şüpheli olsalar bile tanıklık rolünün reddedilmesi için gerekli olan yargılama ortaklığı bulunmamaktadır. Zira X, Y'ye karşı yapılan duruşmada ortak yargılanan kişi konumunda değildir. İkinci ihtimalde tutuklama talebi sadece Y hakkında ileri sürülmüşken üçüncü olayda X'e karşı yargılamanın esastan ayrılmasıyla birlikte yargılama ortaklığı ortadan kaldırılmıştır²²⁸. *Dördüncü ihtimalde* davanın sırf diğer sanığın ifadesinin alınması için ayrılmasına uygun gözüyle bakılsa bile tanıklık ifadesinin kişinin kendisinin de suçlanmasına yol açmayacağı fiile ilişkin olmasına izin verilir. Dolayısıyla X ve Y'nin birlikte işledikleri suç nedeniyle dava ayrılrsa bile bu kişilerden birinin diğerinin işlediği fiil hakkında tanıklığına başvurulamaz²²⁹.

- b) Alman öğretisinde bir kısım görüş sahibi²³⁰, *maddi anlamda şüpheli veya sanık* anlayışından hareket etmekte, yargılamanın tekliği şeklindeki şekli kriteri önemsiz görmekte, her şüpheli ya da sanığı yargılamadaki şekli konumu dikkate almadan “aynı fiile iştirak etmiş suç ortakları olarak aynı fiilin şüphelisi” şeklinde değerlendirmektedir. Yargılamanın ayrılması, şüpheye dair hiçbir şeyi değiştirmez ve dolayısıyla bu kişilerin şüpheli ya da sanık olmaları noktasında bir değişikliğe neden olmaz. Şekli anlamdaki görüşte olduğu gibi yargılamada rol alan kişilerde yargılamanın ayrılması üzerinden yapılan kasıtlı rol değişimi, tamamen uygunsuz bir manipülasyon olarak görülür ve bu bakımdan suç ortakları, yargılamanın ayrılmasından sonra da hiçbir şekilde tanık sıfatıyla dinlenemez²³¹. Hatta bu görüşte ortak yargılamada bir şüpheli ya da sanığın ifadesinin diğerinin aleyhine kullanılmasına izin verilmez, zira bu durumda suç ortaklarından biri esasa göre tanık konumuna getirilmiş olacaktır. Bu görüşün, Türk öğretisinde savunulduğu ifade edilebilir. Nitekim *Şahin/Göktürk*'e göre ileride suç şüphesi altında kalması muhtemel kişiler de tanık olarak dinlenmemeli, dinlenmişlerse bile kişiler şüpheli ya da sanık olduğunda bu ifadeler soruşturma ya da kovuşturma aşamasında kullanılmamalıdır²³². Keza *Ünver / Hakeri*'ye göre de suç işleyen kişilerin birbirleri aleyhine tanıklık yapmaya hiçbir şekilde zorlanamamaları gerekmektedir²³³.

Schmitt, bu görüşün oldukça katı olduğunu, nitekim tanık olarak ifade veren bir kişinin bir anda söz konusu yargılamanın şüphelisi haline gelebileceğini, yine tam tersi şüpheli olarak ifade veren kişinin hakkında kovuşturma başlatılmayabileceğini, bu öğreti çerçevesinde kabul edilen anlayışla birlikte bu tür durumlarda da tanıklığın kabul edilmeyeceğini ifade etmiştir²³⁴. Ayrıca bu görüş, kovuşturma konusunu teşkil eden olayla suçlanan veya bu olaya iştirak ettikleri iddia edilen yahut suçluyu kayırma ya da suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi suçunu işlediği şüphesi altında bulunan kişilerin yeminsiz dinlenmelerine yönelik Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun § 60 Nr. 2 hükmü karşısında bu kimselerin her şekilde tanıklığının mümkün olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir²³⁵. Bu bakımdan bu görüşün Türk hukukunda da kabulü, pek mümkün görünmemektedir. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki bu hükme benzer bir hükme Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre mevcut olan soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanların yeminsiz dinlenecekleri öngörülmüştür (CMK m.

²²⁷ BGH St 10, 8, 11 (KREY / HEINRICH, kn. 1224); IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 36; SENGE, vor § 48, kn. 8.

²²⁸ KREY / HEINRICH, kn. 1224.

²²⁹ KREY / HEINRICH, kn. 1230.

²³⁰ DUNNEBIER, s. 3, 4; KÜHNE, kn. 803; RENGIER, Rudolf: “Anmerkung: BGH, Urt. v. 4.11.1986 - 1 StR 498/86”, *Der Strafverteidiger (StV)*, 1988, 467.

²³¹ KÜHNE, kn. 803; RENGIER, s. 467; BEULKE / SWOBODA, kn. 290; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5.

²³² ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39. Benzer yönde bkz. SOYASLAN, s. 458; İNCE TUNÇER, s. 86.

²³³ ÜNVER / HAKERİ, s. 257.

²³⁴ SCHMITT, vor § 48, kn. 21.

²³⁵ ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 25; KREY / HEINRICH, kn. 1225; GEPPERT, s. 85.

50)²³⁶. Nitekim bu düzenleme, Türk öğretisinde bazı yazarlar²³⁷ tarafından eleştirilmekte, sanıkların birbirlerine karşı hiçbir şekilde tanıklık yapmaları uygun görülmemektedir.

İlk ihtimal bakımından bu görüş çerçevesinde her iki kişi de suçu ortak işleme nedeniyle şüpheli oldukları için evleviyetle birlikte sanık konumunda olacaklardır ve birbirleri hakkında tanıklık görevinde bulunamayacaklardır²³⁸. *İkinci ve üçüncü ihtimalde* de X'in tanıklığına müsaade edilmez. Zira X ve Y, birlikte şüphelidir ve bu durum X'in tanıklık yapmasına engel teşkil eder²³⁹. Bu görüş kapsamında zaten şekli sanık anlayışı sırf tanıklık ifadesi için yargılamanın ayrılmasını uygun görmesi nedeniyle eleştirildiğinden *dördüncü ihtimalde*ki durum hiçbir şekilde uygun görülmez.

- c) Nihayet bizim de yakın durduğumuz *şekli-maddi şüpheli veya sanık* anlayışını esas alan görüşe²⁴⁰ göre şekli sanık kavramını esas alan görüşteki gibi aynı şekilde “yargılanan fiil”den hareket edilir, ancak burada tek başına fiile yönelik şüphe esas alınmaz. Bu anlayışta şekli unsur, ilgili fiil nedeniyle gerçek anlamda yetkili makamlar tarafından ceza soruşturmasının başlatılmasına yönelik iradenin varlığı (şekli unsur), maddi unsur ise kişilerin yargılamaadaki şekli rollerinden bağımsız olarak aynı fiil nedeniyle şüpheli olup olmadıklarına bakılmaksızın fiilin işlenişine katkı sağlamış olmalarıdır. Dolayısıyla şekli sanık anlayışından farklı olarak aynı fiil bakımından soruşturulan bir şüphelinin, sanık konumundaki suç ortağı hakkında tanıklık yapmasından söz edilemez. Zira her ikisi hakkında da aynı fiil nedeniyle soruşturma başlatılmıştır. Bu görüşe göre “aynı fiile ilişkin olmak” kaydıyla davanın ayrılmasından sonra da sanığın tanıklık beyanında bulunması söz konusu olamaz. Bununla birlikte bağlı yargılama içerisinde tanıklığa, yargılama konusu fiile dayalı olan ve fakat davadaki diğer kişinin ilgili olmayıp bilgi sahibi olması halinde müsaade edilebilir. Buna göre bir kişiye karşı birlikte yaralama suçunu işleyen iki kişinin yargılandığı bir davada sanıklardan birine diğerinin yaralama dışında mağdura karşı işlediği hakaret suçu bağlamında bilgi sorulabilir²⁴¹.

Bu görüş, haklı olarak şekli anlamda sanık anlayışı kapsamında sanıklardan birinin tanıklık yapmasını sağlamak amacıyla hâkime istediği zaman geçici olarak yargılamanın ayrılmasına karar verme yetkisi verilerek yargılama ilgili kişinin haklarının yargılama organlarının keyfine bırakılmasına izin verilmemesi gerektiği anlayışından hareketle şekli anlamda sanık anlayışını da ikna edici görmemekte ve bu anlayışın daraltılması gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir²⁴². Bağlantının bulunduğu bir yargılama içerisinde bir sanığın tanık sıfatıyla ifadesinin alınmasına, ancak “yargılama konusu fiile dayalı olarak yargılanmaması” şartıyla müsaade edilebilir. Ayrıca yargılama kendisine karşı tamamen sona erdirilmişse artık özel koruma değeri sona ermiş olduğundan önceden sanık sıfatını haiz olmuş olsa bile bir kişi, tanık olarak dinlenebilir²⁴³. Bu noktada sanığın yargılamanın ayrılmasıyla sadece başka bir sanığı ilgilendiren konuda tanık olarak ifade vermesine müsaade edilebileceği şerhi düşülmektedir²⁴⁴. Hatta böyle bir durumda, artık kişinin tanıklığa ve hatta yemin etmeye zorlanması gündeme gelebilir, buna direnmesi halinde hakkında disiplin hapsi (CMK m. 60) uygulamasına dahi başvurulabilir²⁴⁵. Dolayısıyla yargılama ayrılmasına rağmen iştirak halinde işlenen fiiller bakımından sanığın tanıklık yapması, bu kişinin esasen kendi

²³⁶ CENTEL / ZAFER, s. 287; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 586.

²³⁷ ÜNVER / HAKERİ, s. 257; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39.

²³⁸ KREY / HEINRICH, kn. 1221.

²³⁹ KREY / HEINRICH, kn. 1223.

²⁴⁰ BGH 23.04.1984 - 4 StR 781/83, NJW 1985, 76 (MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 25); IGNOR / BERTHEAU, vor § 48, kn. 36; BEULKE / SWOBODA, kn. 290; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5; GEPPERT, s. 86; HILLENKAMP, s. 167; LUDERSSEN, s. 232; PRITTWITZ, s. 469.

²⁴¹ KINDHÄUSER / SCHUMANN, § 21, kn. 20.

²⁴² HILLENKAMP, s. 167; PRITTWITZ, s. 467, 468; BEULKE / SWOBODA, kn. 290; KREY / HEINRICH, kn. 1219.

²⁴³ BEULKE / SWOBODA, kn. 290.

²⁴⁴ BGH NJW 1964, 1034 (BADER, vor § 48, kn. 9).

²⁴⁵ CENTEL / ZAFER, s. 287.

yargılamasında tanıklık yapması olarak görüleceğinden ve bu, kendi aleyhine ifade vermeye zorlama anlamına geleceğinden buna izin verilemez²⁴⁶, bu kişi tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilir, bu şekilde tanıklık yapmaya zorlanamaz²⁴⁷. Zira böyle bir durumda rol değişimi değil, izin verilmeyen şekilde rollerin dolanılması gündeme gelecektir²⁴⁸. Bundan daha da önemlisi hâkimin kendi takdiri kapsamında davaları ayırma ve birleştirmesi suretiyle süjeler üzerinde rol değişimine müsaade edilmekteyse de²⁴⁹ şekli sanık anlayışından farklı olarak yargılamanın sırf sanığın tanıklık yapabilmesi amacıyla geçici olarak ayrılmasına müsaade edilmez. Buna göre yalnızca sanığın ifadesinin alınması amacına yönelik olarak yargılamanın geçici şekilde ayrılması, takdir hakkının kötüye kullanılması olarak görülür ve buna izin verilmez²⁵⁰. Böyle bir durumda suç ortağının tanıklık yapmaya ve yemine zorlanması söz konusu olamaz, bu nedenle hakkında disiplin hapsi uygulamasına gidilemez²⁵¹. Bu görüş kapsamında her ne kadar ceza muhakemesinde suç ortağı *sui generis* tanık olarak görülmesi de²⁵² Prittwitz'e göre ispat aracı olarak şüpheli ve sanıkların tanıklığı bakımından ceza muhakemesinde bir kanuni boşluk olup bu boşluğun doldurulması gerekmektedir²⁵³. Diğer bir deyişle bu tartışmaların sonlandırılması adına haklı olarak bu tespitlerin kanuna bir şekilde yansıtılması, faydadan da öte bir ihtiyaç olarak kendini göstermektedir.

Bu açıdan *ilk ihtimal* bakımından bu görüşle birlikte aynı fiil nedeniyle yargılama ortaklığı içerisinde aynı fiil nedeniyle soruşturuldukları için şekli anlamda muhakemedeki rollerinden bağımsız olarak tanıklık yapmalarından söz edilemez²⁵⁴. *İkinci ve üçüncü ihtimal* açısından X'in tanıklık yapmasına müsaade edilmez. Çünkü X ve Y'ye karşı aynı fiil nedeniyle soruşturma yürütülmekte ve X'in şekli anlamda davada bir rolü bulunmaktadır. Bu görüşe göre ayırmadan sonra dahi X'in Y'ye karşı yapılan duruşmada tanık olmasından söz edilemez²⁵⁵. *Dördüncü ihtimal* rollerin dolanılması olarak görülür ve buna izin verilmez.

E. Diğer Kişiler

1. Mağdur

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre katılanın tanık olarak dinlenecek olmasına rağmen katılma isteğinin kabul edilmesinden sonra duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemeden (§ 397 I) hareketle katılanın tanıklık yapabilmesi ve hatta sonrasında duruşmalara katılması, katılanın sahip olduğu tüm hakları kullanabilmesi mümkün görülmektedir²⁵⁶. Buna karşılık Alman öğretisinde hâkim şekilde şikâyetçi konumunda bulunan kişinin tanık olamayacağı görüşü kabul edilmektedir²⁵⁷.

Bununla birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, "*Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.*" şeklindeki hükmü (m. 236/1) nedeniyle mağdurun tanık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, bunun yanı sıra yalan tanıklık suçunun faili olup ola-

²⁴⁶ BGHSt 24, 257 (BEULKE / SWOBODA, kn. 290); BGH JR 1969, 148 (SCHMITT, vor § 48, kn. 22); BADER, vor § 48, kn. 9; GERCKE, vor § 48, kn. 8; CENTEL / ZAFER, s. 287.

²⁴⁷ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 303.

²⁴⁸ HILLENKAMP, s. 167; ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 5; SCHMITT, vor § 48, kn. 22; GERCKE, vor § 48, kn. 8; LUDERSSEN, s. 233.

²⁴⁹ BADER, vor § 48, kn. 9.

²⁵⁰ BGH GA 1968, 305; BGH MDR 1971, 897 (BADER, vor § 48, kn. 9).

²⁵¹ CENTEL / ZAFER, s. 287.

²⁵² LUDERSSEN, s. 232.

²⁵³ PRITTWITZ, s. 469.

²⁵⁴ KREY / HEINRICH, kn. 1221.

²⁵⁵ KREY / HEINRICH, kn. 1223.

²⁵⁶ BEULKE / SATZGER, kn. 291.

²⁵⁷ BEULKE / SATZGER, kn. 291; ALSBERG / DALLMEYER, kn. 316.

mayacağı öğretide tartışılmaktadır. Türk öğretisinde hâkim görüş²⁵⁸, mağdurun tanık olarak kabul edilemeyeceği yönündedir. Zira bu kişiler, ilgili olayda zarar gördüklerinden taraf konumundadır ve bu nedenle beyanlarının taraf beyanı olarak addedilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan bu kişilere yemin ettirilmez ve doğruyu söyleme mecburiyetleri bulunmamaktadır. Buna karşılık öğretideki diğer görüş²⁵⁹, mağdurun davaya ancak katılmış olması halinde taraf haline geleceğini ve bu durumda yalan söylemiş olsa bile yalan tanıklık suçunun faili olamayacağını, buradan hareketle davaya katılmamış olan mağdurun tanıklık yapabileceğini belirtmektedir.

Bu konudaki *kanaatimiz*, her ne kadar kanuni düzenlemede mağdurun tanık olarak dinlenmesinden söz edilmekte ve tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağından bahsedilmekteyse de hem incelemenin tanım kısmında belirtildiği üzere tanığın kural itibariyle sanık ya da mağdur olarak yargılamada yer almayan kişi olmasından hem de bu hükmün davada katılan sıfatıyla yer alabilme yetkisine sahip olan ve böylelikle dosyayı sınırsız şekilde inceleme yetkisini haiz taraf konumundaki mağduru objektif anlamda tanık hale getirmeyeceği yönündedir. Nitekim Yargıtay kararında da açıkça suç soğurtmasında suçun mağduru olan ve yargılamanın süjesi konumunda bulunan sanığın yalan tanıklık suçunun faili olamayacağı vurgulanmıştır²⁶⁰. Kaldı ki katılan sıfatına sahip mağdurun, şüpheli veya sanığın CMK m. 45'te yer alan yakınlarından biri olması ve bu hükme binaen ifade vermektan çekinmek istediğini belirtmesi halinde artık katılan sıfatının sona ereceği ve katılmanın hükümsüz kalacağı (CMK m. 243) yönündeki görüş²⁶¹ de yargılamada suçtan zarar gören olarak taraf konumundaki mağdurun tam anlamıyla tanık olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki düşünceyi doğrulamaktadır. Bu nedenle mağdur, uyuşmazlığın tarafı olarak kabul edildiğinden davaya katılan olsun ya da olmasın yeminsiz şekilde dinlenir ve yalan tanıklık suçunun faili olamaz²⁶². Bununla birlikte bu durum, mağdurun duruşmadaki beyanlarının delil olarak kullanılmasın engel teşkil etmezse de²⁶³ kuşkusuz ki mağdurun ifadeleri dikkatli şekilde incelenmeli ve diğer delillerle birlikte değerlendirilmelidir²⁶⁴.

2. Bilirkişi ve Uzman Kimseler

Bilirkişi, tanıklıktan farklıdır ve esas itibariyle tanık gibi olay ve olgular üzerine algıladığı hususları aktarmaz, bu olay ve olgular üzerine tespitlerde bulunur²⁶⁵. Bilirkişilik, çoğu zaman yetkili muhakeme merci tarafından alanında uzman herhangi bir kişinin görevlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilir²⁶⁶ ve bu bakımdan bu konumda bulunan kişi, tanık gibi vazgeçilemez ya da değiştirilemez bir nitelik

²⁵⁸ CENTEL / ZAFER, s. 288; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 40; TOROSLU / FEYZİOĞLU, 207; GÖKTÜRK, s. 374; İNCE TUNÇER, s. 88.

²⁵⁹ ÜNVER, Yener: *İftira, Suç Uydurma, Suç stlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 210; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 588; ÜNVER / HAKERİ, s. 256. *FeYZioğlu*, katılanın tanık sıfatıyla dinlenemeyeceğini belirterek (FEYZİOĞLU, s. 43, 44) esasen bu görüş içerisinde telakki edilebilir. Nitekim *yazar*, kişinin ancak kendisinin zarar gördüğü fiille ilgili olmayan davalarda tanıklık yapabileceğini işaret etmiştir (FEYZİOĞLU, s. 45). Yine *Yurtcan*, katılan sıfatını haiz kişinin tanık olamayacağını açıkça belirtmekteyse de katılan olmayan mağdurun tanık olup olamayacağı konusunda açık bir ifadeye yer vermemektedir ki bu nedenle *yazarın* da bu görüşten yana olduğu sonucuna ulaşılabilir (YURTCAN, s. 213, 214). *Yenisey / Nuhoğlu*'nun tanıklığın tanımında "tarafardan olmayan fakat olayın tanığı olmuş" ifadesinden (YENİSEY / NUHOĞLU, s. 536) hareketle adeta mağdurun tanık olamayacağı sonucuna ulaşılabilirse de hemen devamında mağdur ve şikâyetçi dâhil herkesin tanık olabileceğini belirtmesi (YENİSEY / NUHOĞLU, s. 537) *yazarların* bu görüşten yana olduklarını göstermektedir. Yine bu görüş için bkz. SOYASLAN, s. 458. *Karakehya*, kanuni düzenleme nedeniyle mağdurun tanık olarak dinlenmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir (KARAKEHYA, s. 226).

²⁶⁰ Y. 9. CD., T., 20.02.2013, E., 2012/11127, K., 2013/2434 (İNCE TUNÇER, s. 88). Benzer şekilde bkz. GÖKTÜRK, s. 374.

²⁶¹ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: "Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 206, 207.

²⁶² YENİSEY / NUHOĞLU, s. 518; CENTEL / ZAFER, s. 288; ÖZEN, s. 323. *nver*, suçtan zarar görenin ve yine müdahil olmamış ise mağdurun bu suçun faili olabileceğini belirtmiştir (ÜNVER, s. 210).

²⁶³ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 518; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39.

²⁶⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TTNC / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 303; CENTEL / ZAFER, s. 288.

²⁶⁵ ALSBERG / DALLMEYER, kn. 303; FEYZİOĞLU, s. 27.

²⁶⁶ HEGER / POHLREICH, kn. 366a.

arz etmez²⁶⁷. Bir kimsenin tanık mı yoksa bilirkişi mi olduğu, çağrı kâğıdındaki isimlendirmeye göre değil, aslında çağrı kâğıdının içeriğine göre belirlenir²⁶⁸. Bununla birlikte şüphesiz ki bir bilirkişi de tanıklık yapabilir²⁶⁹. Bu iki şekilde olabilir: Birincisi, görevi gereği olay ve olgular üzerine belirli bir idrake varan kişinin mahkemede ifadesine başvurulmasıdır ki bunlar, uzmanlıklarının kazandırdığı bilgileri de aktardıklarından “tanık bilirkişi” olarak nitelendirilirler²⁷⁰. Hatta kaza yerinde mağduru tedavi eden hekimin uzman tanık olarak çok daha doğru şekilde bilgilendirmede bulunabileceğine işaret edilmektedir²⁷¹. Buna göre kaza mahallinde bulunan bir hekim, yaralının durumunu teknik bilgilerini kullanarak tanımlarsa²⁷² ya da “A’yı 01.01.2001 yılında muayene ettim ve onun 4 aylık hamile olduğunu tespit ettim.” ifadesini kullanırsa tanık bilirkişi olarak görülür²⁷³. Keza bir kimyager, incelemek üzere kendisine getirilen maddenin uyuşturucu madde olduğunu belgelediğini mahkeme önünde beyan ederse tanık bilirkişi olarak nitelendirilir²⁷⁴. Bu durumda bilirkişilikten farklı olarak tanık bilirkişinin yerine başka bir bilirkişinin görevlendirilmesinden söz edilemez²⁷⁵. Bilirkişinin tanıklık yapabileceği ikinci hal ise bilirkişilik görevinden bağımsız olarak olayla ilgili belirli hususları idrak etmesi ve tanıklık yapmasıdır. Buna göre bilirkişilik görevi yapan bir kimse, görevinden bağımsız olarak kaza yerinde tesadüfen bulunduğu için bir olayla ilgili olarak bazı hususları idrak ederse artık tanık bilirkişi değil, yalnızca tanık olarak telakki edilir²⁷⁶.

Esas itibarıyla Alman öğretisinde tanıklıkla bilirkişiliğin, karşılıklı olarak birbirini ortadan kaldıran kavramlar olmadığına işaret edilmektedir²⁷⁷. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bir bilirkişinin hâkimin reddini haklı gösteren sebeplerle reddedilebileceğinin belirtildiği hükmün (§ 74 I, ilk cümle) hemen devamında bilirkişinin tanık sıfatıyla dinlenmiş olmasının ret sebebi teşkil etmeyeceği (§ 74 I, ikinci cümle) ifadesine yer verilmiştir. Bu hükme benzer bir düzenleme 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda (m. 67/2) yer almaktaydı. Benzer şekilde kanun tasarısında da (m. 70) tanıklığın bilirkişiliğe engel olmadığı hükmüne yer verilmiş olmasına rağmen Türkiye Barolar Birliği’nin değişiklik önerisinde “*Tanıklık, bilirkişi olmaya engeldir.*” şeklinde tam aksi bir hükmün teklif edilmesiyle birlikte²⁷⁸ nihayetinde mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tanıklar bakımından yalnızca hâkimin reddini gerektiren sebeplerin, bilirkişi hakkında da geçerli olduğu ifadesiyle (madde 69/1) yetinildiği görülmektedir. Şu hâlde Türk hukukunda mevcut düzenleme gereğince hâkimin reddinde olduğu gibi algıladığı olaylarla ilgili olarak tanıklık yapan bir kimsenin bilirkişilik yapmasından

²⁶⁷ HEGHMANN, kn. 420; GEPPERT, s. 82; FEYZİOĞLU, s. 27, 28.

²⁶⁸ GEPPERT, s. 81, 82.

²⁶⁹ ROGALL, vor § 48, kn. 26; BEULKE / SWOBODA, kn. 291; SCHMITT, vor § 48, kn. 23; MAIER / PERCIC, vor § 48, kn. 30; ROGALL, vor § 48, kn. 68; HEGER / POHLREICH, kn. 366a; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 285.

²⁷⁰ FEYZİOĞLU, s. 65; SOYASLAN, s. 458; YURTCAN, s. 213; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 586. 2004 CMUK Tasarısında tanık bilirkişiye dair ayrı olarak düzenlemeye yer verilmiş olup söz konusu hükme göre özel bilgi elde edilmeksizin değerlendirilemeyen geçmiş olayları saptamak için bilirkişi sıfatıyla dinlenmeleri gerekli olanlar hakkında tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Hükmün tasarıdaki gerekçesi ise şu şekildedir: “*belli bir muayeneyi veya incelemeyi yaparken değişme ve gelişmelere tanıklık yapan kişi, tanık gibidir. Bu çeşit bilirkişiye, “tanık bilirkişi” denilir. Geçmişte gerçekleşmiş olan bir olay veya durumu, sahip olduğu özel bilgi ile açıklayıp raporunu yazan bilirkişi, bu olayın adeta tanığı olmaktadır. Bu gibi hallerde hem uzmanlık derecesindeki bilgi nedeniyle bilirkişi, hem de belli olay veya durumlara ait bilgisi nedeniyle tanığı olduğu için bilirkişiye ayrı bir statü verilmesi gerekli sayılmıştır. Talat Paşa’nın öldürülmesi ile ilgili olarak yıllar sonraki bir davada dinlenen bilirkişi bunun tipik örneğidir.*” Bilgi için bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 586, dn. 762.

²⁷¹ KÜHNE, kn. 798.

²⁷² CENTEL / ZAFER, s. 289; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 301.

²⁷³ ROXIN / SCHUNEMANN, § 26, kn. 3; BEULKE / SWOBODA, kn. 304; YURTCAN, 213; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 301; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 285; FEYZİOĞLU, s. 65.

²⁷⁴ SOYASLAN, s. 458.

²⁷⁵ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÜTÜNCÜ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 301.

²⁷⁶ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 285.

²⁷⁷ GEPPERT, s. 82.

²⁷⁸ ÜNVER / HAKERİ, s. 257.

söz edilemeyecek, aksi takdirde reddi bakımından talepte bulunulması gündeme gelebilecektir²⁷⁹. Burada kişinin bilirkişilik yapmasına engel teşkil eden husus, kişinin olay ve olgular üzerine algılamalara sahip olması değil, bunlar üzerine tanıklık görevini icra etmesidir²⁸⁰. Bu tanıklıkla birlikte artık bu kişinin bu dava konusu olayla ilgili olarak bilirkişilik yapmasından söz edilemez²⁸¹.

3. Adli Kolluk Görevlileri ve Zabıt Kâtibi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Cumhuriyet savcısının, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebileceği hükmüne yer verilmiş (CMK md 161/1), adli kolluk görevlilerinin, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir (CMK m. 161/2). Buradan hareketle adli kolluk görevlileri de savcının yardımcısı sıfatıyla şüpheli ve sanığın lehine ve aleyhine olan delilleri toplanmasına katılacağından görev yaptıkları olayla ilgili olarak tanıklık yapmaları gerektiğinde savcı gibi değerlendirilmeleri gerekir. Görevlerini yerine getirirken edindikleri bilgilerle ilgili olarak kolluk görevlilerinin tanıklık yapmaları pekâlâ mümkündür²⁸². Bununla birlikte muhakeme içerisinde, bilhassa soruşturma aşamasında belirli olay ve olgulara ilişkin algılamalara sahip olan adli kolluk görevlisinin bu olaya dair tanıklık yapması mümkün olsa da bu tanıklığın soruşturma aşamasında hukuka aykırı şekilde başvuru delil elde etme yöntemleri karşısında söz konusu delillerin kullanılmayacak olması nedeniyle bu işlemi yapan kolluk görevlisinin tanık olarak dinlenmesi suretiyle söz konusu hukuka aykırılığın dolanılması yönündeki tehlike mutlaka dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede söz gelimi hukuka aykırı şekilde başvuru teknik takip işlemi nedeniyle elde edilen delilin kullanılmayacak olması karşısında hâkimin, söz konusu teknik takip işlemi yerine getiren kolluk görevlisinin tanıklığına başvurması ve ifadelerini delil olarak kullanıp hükme esas alması mümkün görülmemeli, bu ifade yasak deliller kapsamında telakki edilmelidir. Buna karşılık kolluk görevlilerinin bilgi alma işlemi çerçevesinde edindikleri bilgilerden bahisle tanıklık yapmaları mümkündür²⁸³. Kolluk görevlilerinin tanıklık yaptıkları olayla ilgili olarak görev alınamayacakları konusunda savcıya ilişkin açıklamalara bakılmalı ve bu çerçevede kolluk görevlileri açısından da benzer bir değerlendirme yapılmalıdır.

Bu kapsamda son olarak zabıt kâtibinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hâkimle birlikte düzenlenmiş olması ve Kanun'un 32'nci maddesinde "Bu Bölümde yazılı hükümler zabıt kâtipleri hakkında da uygulanır." yer verilmiş olması karşısında bir zabıt kâtibinin tanıklık yaptığı olayla ilgili olarak görev yapması halinde reddinin gündeme geleceği ifade edilmelidir²⁸⁴.

SONUÇ

Bir kişinin olay ve olgulara ilişkin algılamaları ve bunları ifade ediş şekli, kişinin tamamen kendisine özgü olduğundan tanıklık şahsi bir nitelik arz eder ve çoğu zaman tanık konumundaki kişinin bir başka kişiyle ikamesi mümkün görülmez. Bu nedendir ki tanıklık, günümüzde de halen en yaygın kullanılan ispat araçlarından biridir ve ceza muhakemesi uygulamasında oldukça önemli bir yere sa-

²⁷⁹ ÜNVER / HAKERİ, s. 257; ÖZEN, s. 323.

²⁸⁰ CENTEL / ZAFER, s. 289.

²⁸¹ KÜHNE, kn. 805; ÖZEN, s. 323.

²⁸² FEYZİOĞLU, s. 60. Aksi görüş için bkz. GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286; ÖZEN, s. 324; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÛTÛNCÛ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 302.

²⁸³ FEYZİOĞLU, s. 72; ÖZEN, s. 324.

²⁸⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / TÛTÛNCÛ / ÖZAYDIN / ALTINOK VİLLEMİN / TOK, s. 212; SOYASLAN, s. 458; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 286; YAŞAR, C. I, s. 419. *Feyzioğlu*, zabıt kâtibi açısından tutanakları tutarken kasıtlı şekilde taraflı hareket etmesinin her zaman olmasa da ihtimal dâhilinde olduğuna dikkat çekmiştir (FEYZİOĞLU, s. 63, 64).

hiptir. İncelememizde tanık konumundaki kişiyi, kural olarak kendisinin herhangi bir şekilde *sanık ya da mağdur olarak yer almadığı* bir yargılamada, içsel ya da dışsal olgular üzerine algılamalarını, her durumda pozitif veya negatif yöndeki *ifadeleriyle* ortaya koyabilecek olan ve yetkili makam tarafından davet edildiğinde huzurda bulunup kanuni bir neden olmaksızın beyanda bulunma konusunda *hukuken yükümlü olan* kimse şeklinde tanımlamaya çalıştık ki çalışmamız kapsamındaki açıklamalar bu tanıma uygun biçimde gelişim göstermiştir. Bununla birlikte makalede temel olarak şu sonuçlara ulaşıldığı ifade edilebilir:

1. Dolaylı tanıklık adı verilen kulaktan duyma tanıklık mümkün olmakla birlikte şayet yetkili mercinin delilin esas kaynağına ulaşma imkânı varsa, söz gelimi olay ya da olguyu ilk idrak eden kişiye erişme ihtimali söz konusu ise artık ilk kaynağa ulaşılmalı, en azından bu konuda bir çaba sarf edilmeli, dolaylı tanıklıkla yetinilmemelidir. Zira olay ve olguları ilk idrak edenle bu kişiden bunları duyan kişi arasında ne kadar fazla kişi varsa ifadenin ispat değeri de o kadar düşük olacaktır. Yetkili merci, mümkün olduğunca delilin ilk kaynağına ulaşmaya çalışmalıdır.
2. Hiç kimse ilk baştan tanıklığa elverişsiz görülemez. Kişinin kusur yeteneğine ilişkin durumu nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmuyor olması, tanıklık yapmasına engel teşkil eder bir husus değildir. Bu çerçevede algılama yeteneğine sahip olması ve bu algıladığı hususları anlatabilecek durumda olması kaydıyla akıl hastaları ve çocuklar da tanıklık yeteneğine sahiptir. Dolayısıyla tanıklık yapacak kişinin hem ifade verilecek konuya ilişkin genel idrak etme durumu hem de ifade konusuyla ilişkili olarak bireysel anlamda yeteneği her bir somut olay çerçevesinde yetkili makam tarafından tespit edilir ki bu nedenle tanığın huzurda bulunması beklenir, tanığa çağrı üzerine huzurda bulunma yükümlülüğü yüklenir. Bununla birlikte yetkili merci tarafından bir uzman yardımıyla faydalanılabilir. Hatta akıl hastalığı gibi bazı durumlarda uzmana başvurmadan kişinin tanıklık yapmaya elverişli olmadığı yönünde karar verilmesi, hukuka aykırı olacaktır.
3. Hukuki görüşlerle birlikte tecrübeden kaynaklı kişisel yorumlar, şüphe, tahmin ve ön yargılardan oluşan çıkarım ve değerlendirmeler, tanıklığın konusu olamayacağından tanık konumundaki kişi, bu tür sorulara cevap vermekten kaçınabilirse de belli oranda değerlendirici ifadeler kaçınılmazdır ve bu bağlamda tanık beyanının yetkili makam tarafından dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Buna göre örneğin tanıklık ifadesinde fiilin işlendiği esnada havanın aydınlık olduğu, kişinin kendini kaybetmişcesine sarhoş olduğu, şoförün aracı hızlı sürdüğü gibi olay açısından resmin ortaya çıkartılmasına etki eden çıkarımlar, tanıklığın konusu olabilir. Buna karşılık tanık konumundaki kişi, bir kimsenin kusur yeteneği üzerine bir yorumda bulunamaz, ancak kusur yeteneğinin mahkeme tarafından değerlendirilmesine yardımcı olabilecek nitelikteki olay ve olgular hakkında bilgi verebilir.
4. Bir hâkimin görev yaptığı bir dava konusu olay bakımından tanıklık yapması gerekiyorsa bu mümkün olmanın ötesinde aynı zamanda gereklidir. Ancak dava konusu olayda tanık olarak ifade veren hâkim, kanuni düzenleme gereğince aynı olayın konu olduğu yargılamada hâkimlik görevinde bulunamayacağından görevinden çekilir ve bu hâkimin yerine başka bir hâkim görevlendirilir. Şayet hâkim görevinden çekinmezse hâkimin reddi istenebilir. Bu noktada bir hâkimin tanık olarak kabul edilme ihtimali, hâkimin reddi için yeterli olmayıp bunun için muhakemenin herhangi bir aşamasında yetkili merciler tarafından olayın esasına dair hâkimin tanık sıfatıyla beyanına başvurulmuş olması gerekli ve yeterlidir. Zira aksi durumda sanık, sırf hâkim konumundaki kişinin hâkimlik sıfatının sona ermesi ya da yargılamayı sürdüncemede bırakmak için hâkimin tanıklık yapması talebinde bulunabilir. Bununla birlikte bir hâkimin devam eden yargılamaya ilişkin olarak ya da halen görülmekte olan duruşma esnasında görevinden kaynaklı olay ve olgulara ilişkin edindiği algı ve izlenimler üzerine duruşmada izin verildiği ölçüde kullandığı ifadeler, mesleki bilgisi olarak adlandırılır ve yargılamadan çekinmesini ya da reddedilmesini gerekli kılmaz.

5. Tanıklık yapması gerektiğinde daha önce duruşmalara katılmış olsa bile tanıklık öncelikli olduğundan bir savcı da tanıklık yapabilir. Ancak savcı, aynı oturumda kesintisiz şekilde görevini ifa etmesi gerektiğinden duruşma içerisinde hem savcılık hem de tanıklık görevini üstlenemez, kendisi tanıklık yaparken mutlaka o esnada başka bir savcı, savcılık görevini üstlenmiş olmalıdır, aksi takdirde mahkeme teşekkül etmemiş olacağı için mutlak bozma nedeni gündeme gelir (CMK m. 289/1-e). Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "*Duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafinin hazır bulunması şarttır.*" şeklinde bir hükme (m. 188/1) yer verilmişse de düzenlemede "*zorunlu müdafî*" kapsama dâhil edilmiş, buna rağmen duruşmada hazır bulunma ifadesine "*kesintisiz*" ibaresi eklenmemiştir. Buna karşılık hükmün, "*Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir.*" şeklindeki ikinci cümlesinden hareketle söz konusu kişilerin duruşmada başka bir görev üstlenmeleri halinde duruşmaya devam edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir, böylelikle söz konusu ifadenin eksikliğinden kaynaklı ortaya çıkabilecek sorunun önüne geçilebilir. Kaldı ki aynı hükmün üçüncü fıkrasında "*Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilir.*" hükmüne de yer verilmek suretiyle bir kişinin aynı duruşmada iki görevi birden yapmasının mümkün olmadığı iyice pekiştirilmiştir. Bununla birlikte savcının kendisinin suçtan zarar görmüş olması halinde artık fiilin ispatına ilişkin beyanlarda bulunacağından ve kendi ifadelerini de esasa matuf şekilde değerlendirmesi gerekeceğinden bu olayla ilgili olarak savcılık görevinde bulunmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilirse de hâkimde olduğu gibi savcının da tarafsızlığını şüpheye düşüren durumlarda muhakemeden çekinmesi ve savcının red-dine ilişkin bir kanuni düzenleme yapılmasına yönelik bir ihtiyaç söz konusudur.
6. Müdafinin tanıklık yapması halinde ise kural, bu müdafinin görevine devam etmesi şeklinde olmalıdır. Bununla birlikte somut olayda bir *zorunlu müdafilik* görevi söz konusu ise bu müdafin tanık olarak ifadesinin alınması süresince söz konusu sanığa mutlaka başka bir müdafî görevlendirilmelidir. Ayrıca müdafinin tanıklık ifadesi, müvekkilinin aleyhine olduğunda avukatın müdafilik görevine devam etmesi müdafiliğin varlık sebebine aykırı olacak ve adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle böyle bir durumda müdafî görevinden azledilmezse ya da çekinmezse mahkeme tarafından görevinden azledilmelidir. Ayrıca müvekkilin bizzat kendisi de avukata verdiği bilgilerin açıklanmasına dair muvafakat göstermiş olabilir. Kuşkusuz ki böyle bir durumda dahi avukat, tanıklık yapmaya zorlanamaz, yine de tanıklık yaptıktan çekinebilir. Bu konuda yapılan kanuni değişikliklerle birlikte avukatlar, tanıklıktan çekinme konusunda diğer meslek sahiplerinden farklı bir yere konmuş, müvekkilin onayının tanıklık yapma yükümlülüğü değil, yalnızca tanıklık yapma hakkı tanınması yönünde bir anlayış kabul edilmiştir. Buradan hareketle müvekkilin onayına rağmen avukatın kendisi, müvekkiline ait bilgileri açıklamama yönünde bir takdirde bulunabilir. Bunun en temel nedeni, mesleğe duyulan güvenin korunması ve çok önemlisi adaletin gereği gibi tesis edilmesidir. Şüphesiz ki bu konuda Türk hukuku, müvekkilin müdafiyî sır saklama yükümlülüğünden muaf tutmuş olması halinde artık müdafinin tanıklıktan çekinme imkânı bulunmadığı Alman hukukundan çok daha ileri bir durumdadır. En baştan müdafinin tanıklık yapma konusunda her türlü konuda kendi takdirine bırakılmış, Alman öğretisindeki söz konusu tartışmalara yer bırakılmamıştır.
7. Kural olarak sanık ya da şüphelilerin birbirileri hakkında tanıklık yapmaları kabul edilmese de Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanların yeminsiz dinleneceklerine dair hükümden hareketle bazı hallerde suç ortaklarının tanık olarak dinlenebilmesi mümkün olabilmelidir. Her ne kadar öğretilerde, bu düzenleme eleştirilmekteyse de kanun koyucunun iradesinin suç ortaklarının birbirleri hakkında tanıklık yapabilmelerini kabul etmek yönünde olduğu açıktır. Şu hâlde şüpheli ya da sanıkların birbirleri hakkında tanıklık yapabilmeleri durumunun sınırı belirlenmelidir. Bu noktada

“yargılanan fiil”den hareket edilmeli, bağlantının bulunduğu bir yargılama içerisinde bir sanığın tanık sıfatıyla ifadesinin alınmasına, ancak “yargılama konusu fiile dayalı olarak yargılanmaması ve bağlantının sona ermesi” şartıyla müsaade edilmelidir. Bu noktada sırf suç ortaklarından birinin tanık olarak ifadesine başvurmak amacıyla yargılamanın ayrılması yönünde bir yonteme başvurulmamalı, kasıtlı olarak rol değişimi yapılmamalıdır. Bununla birlikte yargılama kendisine karşı tamamen sona erdirilmişse artık özel koruma değeri sona ermiş olacağından önceden sanık sıfatını haiz olmuş olsa bile bir kişi, tanık olarak dinlenebilir.

KAYNAKÇA

- ALSBERG, Max / DALLMEYER, Jens: *Der Beweisantrag im Strafprozess*, 7. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019.
- ARNTZEN, Friedrich: "Untere Altersgrenze der Zeugeneignung", *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)*, 1976, s. 20.
- AYDIN, Devrim: *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- BADER, Markus: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2019.
- BECKER, Jgr-Peter: in *Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 6*, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston, 2020.
- BEULKE, Werner / SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*, 15. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2020.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- CENTEL, Nur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hkimin Tarafsızlığı*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.
- DALLINGER, Wilhelm: "Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen", *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1957, s. 13-17.
- DOSE, Norbert: "Der Sitzungsvertreter und der Wirtschaftsreferent der Staatsanwaltschaft als Zeuge in der Hauptverhandlung", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1978, s. 349-354.
- DUNNEBIER, Hanns: "Die Verbindung von Strafsachen nach §§ 2 bis 4, 13 StPO", *Juristische Rundschau (JR)*, 1975, s. 1-5.
- DURŞUN, Selman: *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- EISENBERG, Ulrich: *Beweis der StPO, Spezialkommentar*, 10. Auflage, C.H.Beck, Mchen, 2017.
- FEYZİOğLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- GEPPERT, Klaus: "Der Zeugenbeweis", *Juristische Ausbildung (Jura)*, 2001, s. 80-88.
- GERCKE, Björn: *Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar*, 6. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2019.
- GLEY, Chrisra: "Psychologische Grundlagen und Kriterien der Beurteilung von Zeugenaussagen bei Kindern und Jugendlichen", *Der Strafverteidiger (StV)*, 1987, s. 403-410.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / AKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- GÖKTÜRK, Neslihan: "Yalan Tanıklık Suu (TCK m. 272)", *Gazi niversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 1, s. 347-409.
- HANACK, Ernst-Walter: "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht", *Juristenzeitung (JZ)*, 1971, s. 89-92.
- HARTMANN, Arthur / SCHMITT, Rolf: *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, Rolf Schmidt Verlag, Hamburg, 2018.
- HEGER, Martin / POHLREICH, Erol: *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2018.
- HEGHMANN, Michael: *Strafverfahren*, Springer, Heidelberg, 2014.
- HILLENKAMP, Thomas: "Der praktische Fall - Strafrecht: Das Aufnahmeterminal und seine Folgen", *Juristische Schulung (JuS)*, 2001, s. 159-167.
- HOLTZ, Günter: "Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen", *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1977, s. 105-109.
- IGNOR, Alexander / Bertheau, Camilla: *Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2*, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2018.

- İNCE TUNÇER, Asuman: *Yalan Tanıklık Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- JOECKS, Wolfgang: *Strafprozessordnung Studienkommentar*, 4. Auflage, C.H.Beck, München, 2015.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- KINDHÄUSER, Urs / SCHUMANN, Kay H.: *Strafprozessrecht*, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- KOCA, Mahmut: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 1, s. 207-225.
- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- KUDLICH, Hans / ROY, René: “Die Zeugnisverweigerungsrechte der StPO”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2003, s. 565-573.
- KUNTER, Nurullah: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*, 9. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2015.
- LUDERSSEN, Klaus: “Rollenkonflikte im Verfahren: Zeuge oder Beschuldigte”, *wistra-Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (wistra)*, 1983, s. 231-233.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / DURSUN, Selman: *Türk Hukukunda Müdafii Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 191-210.
- MAIER, Stefan / PERCIC, Marcus: *Münchener Kommentar Strafprozessordnung*, 1. Auflage, C.H.Beck, München, 2014.
- MICHEL, Norbert: “Der Richter als Zeuge im Strafverfahren”, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1992, s. 1026.
- MIEBACH, Klaus: “Die freie Beweiswürdigung der Zeugenaussage in der neueren Rechtsprechung des BGH”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Report (NSZ-RR)*, 2014, s. 233-238.
- MOSBACHER, Andreas: “Aktuelles Strafprozessrecht”, *Juristische Schulung (JuS)*, 2019, s. 129-133.
- NESTLER, Nina: “‘Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht...’ - Falschaussage, Glaubhaftigkeit, Lügendetektor”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2017, s. 10-16.
- OSTENDORF, Heribert / BRUNING, Januque: *Strafprozessrecht*, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- OTTE, Lars: in *Henning Radtke/Olaf Hohmann Strafprozessordnung Kommentar (HH)*, Verlag Franz Vahlen, München, 2011.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / GEZER, Özge Sırma / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / TÜTÜNCÜ, Efser Erden / ÖZAYDIN, Özlem / ALTINOK VİLLE-MİN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- PFEIFFER, Gerd: *Strafprozessordnung Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2005.
- PRITTWITZ, Cornelius: “Der Mitbeschuldigte - ein unverzichtbarer Belastungszeuge?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)*, 1981, s. 463-469.
- RENGIER, Rudolf: “Anmerkung: BGH, Urt. v. 4.11.1986 - 1 StR 498/86”, *Der Strafverteidiger (StV)*, 1988, s. 465-468.

- ROGALL, Klaus: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band I*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018.
- ROXIN, Claus / SCHUNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, C.H.Beck, München, 2017.
- SCHMITT, Bertram: in *Beckische Kurz Kommentar, Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 64. Auflage, C.H.Beck, München, 2021.
- SCHNEIDER, Hartmut: in *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2019.
- SEEBODE, Manfred / SYDOW, Fritz: “‘Hörensagen ist halb gelogen’ Das Zeugnis vom Hörensagen im Strafprozeß”, *Juristenzeitung (JZ)*, 1980, s. 506-516.
- SENGE, Lothar: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2019.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÜNVER, Yener: *İftira, Suç Uydurma, Suç stlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- VOLK, Klaus / ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*, 10. Auflage, C.H.Beck, München, 2021.
- von SCHLIEFFEN, Jasper Graf: in *AnwaltKommentar StPO Strafprozessordnung*, 2. Auflage, Deutscher Anwalt Verlag, Bochum, 2010.
- WIDMAIER, Gunter: “Anforderungen an Beweisantrag”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1993, s. 602-604.
- YAŞAR, Osman: *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt 1*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi^(*)

Internal Directive in Joint Stock Companies and the Impact of the Internal Directive to the Liability of the Board of Directors

Hasan KARSLIOĞLU

Doktor Öğretim Üyesi

İstanbul Teknik Üniversitesi

İşletme Fakültesi

İşletme Mühendisliği Bölümü



Anahtar Kelimeler

*Yetki Devri,
Sorumluluk,
İç Yönerge,
Torba Kanun,
Hükümler Arası
Çelişki.*

Öz

İç yönerge kavramı, anonim şirketlerde iki farklı durumda gündeme gelmektedir. Bunlardan biri genel kurul toplantı esaslarının düzenlendiği iç yönerge olup diğeri ise anonim şirketin yönetimine ilişkin iç yönergedir. Yönetime ilişkin iç yönerge bakımından anonim şirketlerde yönetim kurulunun haiz olduğu yetkileri usulüne uygun biçimde devredebilmesi, bu konuda esas sözleşmede bir hükmün yer alması ve bununla birlikte iç yönerge metninin bir yönetim kurulu kararı ile yürürlüğe girmesiyle mümkün olur. İç yönerge, özellikle taşıdığı işlev bakımından önem kazanmakta ve esasen sorumluluğun sınırlandırılması amacına hizmet etmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızda anonim şirketlerde yönetim kurulu iç yönergesi bağlamında yetki devrinin kapsamı, devrin yasal şartları, devrin sorumluluk üzerindeki etkisi ile birlikte 6552 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri inceleme konusu yapılmakta ve yeni düzenlemenin doğurduğu sonuçlara dair güncel tartışmalar ele alınmaktadır.

Keywords

*Delegation,
Liability,
Internal Directive,
Omnibus Bill,
Conflict Between
Provisions.*

Abstract

The concept of internal directive comes to the fore in two different situations in joint-stock companies. One of them is the internal directive on the organization of the general assembly meeting principles, and the other is the internal directive on the management of the joint-stock company. In terms of the internal directive regarding management, in joint-stock companies, the board of directors can delegate its authorities duly, with a provision in the articles of association in this regard, and with this, the text of the internal directive to come into force by a decision of the board of directors. The internal directive gains importance, especially in terms of its function, and essentially serves the purpose of limiting liability. In this respect, in our study, the scope of the delegation of authority in the context of the internal directive of the board of directors in joint-stock companies, the legal conditions of the delegation, the impact of the delegation on responsibility, as well as the relevant provisions of the Law No. 6552 are examined and current debates about the results of the new regulation are discussed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.11.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 10.01.2022.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 365'inci maddesi uyarınca anonim şirketler yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil edilir. Yönetim kurulunun yönetim ve temsil görevinden doğan sorumluluk da TTK'nın 553'üncü maddesi uyarınca yine yönetim kuruluna aittir. Ancak iç yönergeye göre atanan yöneticilerin/temsilcilerin, şirkete ya da üçüncü kişilere zarar vermesi halinde sorumluluk meselesinin tayininin sorumluluğu düzenleyen TTK m. 553/2 düzenlemesinin doğuracağı sonuçlarla bağdaşır bağdaşmadığı hususunun ortaya koyulması bir gerekliliktir. Bu kapsamda, iç yönergenin yöneticilerin/temsilcilerin sorumluluğunun belirlenmesi noktasındaki etkisi son derece önemlidir. Bu hususların TTK'daki yönetim kurulunun sorumluluğuna dair hükümler ve yönetimin iç yönerge aracılığıyla devredilmesi hususundaki hükümler ile karşılaştırılarak incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu nedenle tüm bunlar inceleme konusu yapılmadan önce yönetim kavramının genel hatlarıyla ele alınmasında fayda mütalaa etmekteyiz. TTK sistematigi bağlamında işlevsel olarak yönetim kavramı, şirketin faaliyet konusunun gerçekleştirilmesine yönelik her çeşit kararın alınması ve alınan kararların gerek şirketin iç işleyişinde gerekse dış ilişkilerde somutluk kazanmasını, dolayısıyla uygulanmasını ifade etmektedir¹. Bu doğrultuda yönetim kavramının muhtevasını, her şeyden önce şirketin kısa ve/veya uzun vadeli hedefleri ve bu hedeflere ulaşma yolunda kullanılan araçlar oluşturmaktadır. Dolayısıyla yönetme kavramının, işletme stratejisi ile sıkı bir bağlılık içerisinde olduğunu ifade etmek mümkündür². Anonim şirket yönetim kurulu, işletme stratejisi bakımından iki farklı işleviyle karşımıza çıkmaktadır. Kurul, bir taraftan şirketin yönetim organı olma özelliğini taşıırken diğer taraftan da temsil organı sıfatıyla şirketin haklara ve borçlara ehil olmasını sağlamaktadır. Kural bu olmakla birlikte yönetim kurulunun yönetim hakkı ile temsil yetkisini bizzat kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır³. Zira kanun koyucu TTK'daki ilgili düzenlemelerle söz konusu hak ve yetkilerin devredilebilmesine imkân vermiştir. Böylelikle yönetim kurulunun gerektiğinde gözetim organına benzer şekilde çalışabileceği esnek bir sistem ihdas edilmiştir⁴. Bu kapsamda, yönetim kurulunun yetkilerini devredip etmediğine bakılmaksızın her durumda geniş yetkiyi haiz yasal bir organ olduğu ifade edilebilir.

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun geniş yetkilere sahip olması, buna paralel olarak sorumluluğu da beraberinde getirmektedir. Kanun koyucu, şirket yönetimindeki kişilerin sınırsız karar alma yetkisi ile donatılmaması, bu kişilerin bağımsız olarak görevlerini icra edebilmesi ve yönetim kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılması⁵ gibi amaçlarla TTK'nın iki farklı hükmünde yönetim kurulu iç yönergesine dair kurallar ihdas etmiştir⁶. Doktrinde kabul edildiği üzere, TTK'nın yönetim kurulunun vazgeçilmez ve devredilmez yetkilerini düzenleyen 375'inci maddesinde bahse konu vazgeçilmez ve devredilmez yetkiler sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) uyarınca düzenlenmemiştir⁷. Konu bu kapsamda ele alındığında iç yönergeyle hangi yetkilerin devredilebileceği, iç yönergenin hazırlanması ve kapsamı, hazırlanan iç yönergenin yönetim kurulunun sorumluluğunu nasıl etkileyeceği gibi hususlar önem kazanmakta ve çalışmamızın odak noktasını oluşturmaktadır.

¹ DEMİREL, Duygu: "Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 214; ŞENER, Oruç Hami: *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 352; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 307; MANAVGAT, Çağlar / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / KIRCA, İsmail: *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 528.

² PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, (*Genel Esaslar*), s. 410; ÖZER, Akif: "İşletmelerde Stratejinin Önemi Üzerine Değerlendirmeler", *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 14, s. 74.

³ TTK 367/1 Madde Gerekçesi; PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 2, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (*Şerh*), s. 1358.

⁴ TTK 367/1 Madde Gerekçesi.

⁵ TTK m. 367 hükmünün gerekçesinde, devrin organsal işlevleri içermesi nedeniyle sorumluluk yönünden önemli sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir. Aynı yönde ve devrin sorumluluğu sınırlaması yönünde bkz. ŞENER, s. 372.

⁶ TTK m. 367'de yönetim yetkisinin devri, TTK m. 370/2'de ise temsil yetkisinin devri düzenlenmiştir.

⁷ HELVACI, Mehmet: "Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 117-118, s. 128.

I. ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİMİN ORGANİZASYONU VE YETKİ DEVRİNİN ANLAMI

TTK'nın 365'inci maddesi gereğince, anonim şirketin yönetimi ve temsili ile yetkilendirilmiş yasal organ yönetim kuruludur. Kurul yetkilerini Kanun'dan almaktadır. Bu bağlamda yönetim kurulu hem şirketin işletme konusunu gerçekleştirmeye yönelik kararlar almakla, hem de dış ilişkide temsil yetkisini kullanarak şirketin hak ve borçlara ehil olmasını sağlamakla görevlidir.

Yönetim kurulu, anonim şirkette yetkileri itibari ile, şirket açısından “uygulayıcı” sıfatına sahip organ olarak hareket etmektedir⁸. Bunun yanında yönetim yetkisi, kural olarak yönetim kuruluna ait bir yetki olmakla birlikte bu yetki ancak esas sözleşmeye dayanılarak çıkartılan iç yönerge kapsamında yönetim kurulu üyelerinden birine veya birkaçına devredilebilir⁹. Zira TTK'nın benimsediği sistem organlar arası işlev ayrılığı esasına dayanmakta olup yönetim ve icra organı olarak kanun koyucu tarafından genel kurul değil, yönetim kurulu yetkilendirilmiştir¹⁰.

II. YÖNETİM KURULU YETKİLERİNİN DEVREDİLMESİ

Yönetim kurulu, TTK 367/1'inci madde hükmü uyarınca, konulardaki uzmanlık, deneyim vb. nedenlerle esas sözleşmenin verdiği yetkiye dayanarak görevlerinin bir kaçını veya hepsini yönetim kurulu üyelerinden birine veya birkaçına devredebilir. Bu devir bir iç yönerge metni ile gerçekleşecektir. İç yönerge yapılacak yetki devrinin esaslarını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır¹¹. İlgili iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler¹².

İç yönerge ile yönetim yetkisinin devrinin muhatabı yönetim kurulu üyesi olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Böylelikle TTK'da ikili sisteme benzeyen esnek bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir¹³. Bu sistemde yetkiyi devreden üyelere, yetki ve görevleri devralanları gözetme, bir diğer anlatımla ikili sistemde söz konusu olan gözetim kuruluna benzer şekilde çalışma görevi ve/veya imkânı verilmiştir¹⁴. TTK 375'inci maddenin (e) bendi gereğince, yönetimle görevli kişilerin faaliyetlerini gözetim ve denetleme görevi yönetim kurulunun vazgeçilemez yetkilerinden olduğundan, üst gözetim görev ve yetkisi devrin kapsamına dâhil olamamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da bu hususa vurgu yapılmıştır¹⁵. Üst gözetim görevinin devre konu olamamasının, bu devrin doğrudan yetkili olmayan kurul üyelerini sorumluluktan kurtarma etkisini zayıflatabileceği belirtilmektedir. Zira, eğer kapsamı ve esasları iyi bir şekilde tayin edilmezse bir şirkette gerçekleşen bütün usulsüzlüklerden, üst gözetim görevi gerekçe gösterilerek, en geniş anlamda tüm zararlardan yönetim kurulu sorumlu tutulabilir. Ancak yetkinin devri halinde yönetim kurulunun yal-

⁸ PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 411; KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 536.

⁹ PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 410; KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 536.

¹⁰ TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 215.

¹¹ TTK 367 Madde Gerekçesi.

¹² BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, (*Ortaklıklar Hukuku*), s. 230.

¹³ İkili (düalist) sistemde gözetim ve yürütme kurulu olmak üzere iki ayrı organ bulunmakta ve organların görevleri konusunda kesin ve katı bir ayrıma gidilmiş bulunmaktadır. Yürütme kurulu şirket idaresinden ve şirket işlerini yürütmekten sorumlu iken gözetim kurulu ise yürütme kurulunu denetlemek gözetmek ve tavsiyede bulunmak suretiyle yürütme kuruluna yol göstermekle sorumlu tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY, Mehmet Ali: “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013 Cilt 17, Sayı 1-2, s. 54.

¹⁴ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 592. Yine bu yönde anonim şirketlerde yönetim yetkisinin devriyle birlikte şirketin uzman kişiler tarafından yönetilmesinin önünün açıldığı ifade edilmektedir. Aynı yönde bkz. CEYLAN, Nurgün: “Anonim Şirketlerde Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devrinin Anlamı, Sonuçları ve TTK m. 371 f. 7 ile Karşılaştırılması”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 1, s. 6.

¹⁵ AYM, T. 30.05.2019, E. 2015/11192, K. 2019/769 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 24.11.2021): “Bu bağlamda 6102 sayılı Kanun'un 375. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi uyarınca yönetim kurulunun, şirket yöneticilerinin üst gözetiminden sorumlu olduğuna dikkat çekmek gerekir. Nitekim yöneticilere gerekli talimatın verilmesi de yönetim kurulunun görevleri arasındadır. Buna göre yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindedir. Böylece yönetim yetkisinin devredilmesi halinde yönetim kurulunun üst gözetim yetkisine sahip olduğu hükümde açıkça öngörülmüştür”.

nızca gözetim yetkisinin varlığına dayanılarak, yetkiyi devretmiş olmasına rağmen zararlardan sorumlu tutulmasının kanun koyucu tarafından amaçlanmadığı TTK m. 553/3 hükmü göz önüne alındığında rahatlıkla ifade edilebilir¹⁶. Zira bahse konu hükümde açıkça bir yönetim kurulu üyesinin görevi ve yetkisi dışında kalan hususlar ile ilgili olarak sorumlu tutulamayacağı, hatta yalnızca üst gözetim ve sair görevleri olduğu için o üyeye yetkileri dışındaki konularda sorumluluk yüklenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

TTK'da yönetim kurulunun yetkilerini devretmesi birtakım yasal şartların yerine getirilmesine bağlı tutulmuştur. Bu bağlamda öncelikle bu konuda şirket esas sözleşmesinde buna cevaz veren bir düzenleme bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte TTK'nın 367'nci maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen asgari unsurları içeren bir iç yönerge metni hazırlanması ve yönetim kurulunda yetki devrine ilişkin bir karar alınması gerekmektedir¹⁷. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, kanun koyucu yönetim ve temsil yetkisinin devrini birbirinden ayrı olarak düzenlemiş ve 367'nci maddenin gerekçesinde açıkça bunu belirtmiştir¹⁸. Bu şekilde yönetim kurulunun yetkilerinin ayrı ayrı düzenlenmesinin anlamı, yönetim ve temsil yetkisinin ayrı ayrı ve açıkça devredilebilmesidir¹⁹. Temsil yetkisi devredilmek isteniyorsa iç yönergede bu husus ayrıca ve açıkça belirtilmeli ve bu halde iç yönerge tescil ve ilan edilmelidir²⁰. Ayrıca belirtilmelidir ki, iç yönergede örgüt şeması verilmeli; karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticari ve hukuki açıdan yönetimine ilişkin düzenlemeler de bulunmalıdır²¹. Bunun yanında yetkilerin her ne kadar ayrı ayrı devredilmesi mümkünse de bizce, yetki devredilen kişi veya kişilerin amacına uygun olarak çalışabilmesi, etkinliğin sağlanabilmesi için yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devredilmesinde fayda bulunmaktadır.

A. Yetki Devrinin Kapsamı

Yetki devrinin kapsamının belirlenebilmesi devrin sınırının tayin edilmesiyle mümkündür. İşte bu noktada, yukarıda da değindiğimiz üzere, yetki devrinin sınırını TTK 375'inci maddede belirtilen yönetim kurulunun vazgeçilmez ve devredilemez nitelikteki yetkileri oluşturmaktadır. TTK'nın 375'inci maddesi hükmünün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere bu maddede sayılan yetkilerin TTK'nın 367'nci maddesi kapsamında devri mümkün değildir. TTK'nın 375'inci maddesinde sayılan yönetim kurulunun vazgeçilmez ve devredilemez nitelikteki görev ve yetkilerinin genel kurula veya başka bir üçüncü kişiye bırakılmasına kanun koyucu izin vermemiştir. Nitekim maddede sayılan görev ve yetkiler dışında, özellikle genel kurulun bir icra organı vasfı taşımasına bağlı olarak, genel kurula devredilemeyecek, münhasıran yönetim kurulu tarafından yapılabilecek iş ve işlemler de bulunmaktadır²². Örneğin TTK m. 379/2 hükmü gereğince genel kurul şirketin kendi paylarının iktisabında sadece yönetim kurulunu yetkilendirebilir²³.

Yetkiyi devretme iradesi taşıyanlar, TTK'nın 375'inci maddesindeki görev ve yetkiler haricinde, yönetim kurulunun uhdesine bırakılmış her çeşit iş ve işlemler hakkındaki karar alma yetkisini devredebilirler. Burada altını çizmek istediğimiz bir başka husus ise esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile yetki devrine sınırlama getirilebileceğidir. Gerçekten de örneğin, esas sözleşmede yetkilerin salt yönetim kurul üyesine ya da sırf üçüncü kişiye devrinin mümkün olduğu, bir kısım yetkilerin de yönetim kurulunda kalacağı kararlaştırılabilir. Bunun dışında esas sözleşmeyle yetki devrine müdahale edilmesi

¹⁶ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 615.

¹⁷ DEMİREL, s. 221; KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 599.

¹⁸ TTK 367 Madde Gerekçesi; KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 593.

¹⁹ ŞENER, s. 369.

²⁰ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 600.

²¹ BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 230.

²² KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 533; ŞENER, s. 371. Bu hususta örnek olarak bkz. TTK m. 145, 147, 166, 169, 185, 186, 199, 353/1, 368, 376, 377, 378, 379/2, 446/1.c, 457, 461/3, 481-483, 486/2, 514, 530/1; Sermaye Piyasası Kanunu m. 17/3.

²³ ŞENER, s. 371.

mümkün değildir²⁴. Zira yetki devri münhasıran yönetim kurulunun gerçekleştirebileceği bir işlemdir. Bu şekilde kendisine yetki devredilen kişiler organ sıfatını haiz olacaklar ve bu sebeple yönetim kurulu üyeleri ile aynı sorumluluk rejimine tabi olacaklardır (TTK m. 369, 553/1)²⁵. Zaten yetki devrinin önemi de burada, yani sorumluluk bakımından doğuracağı etki yönünden önem kazanmaktadır²⁶.

B. Yetkinin Geçerli Olarak Devri

1. Esas Sözleşmede Yetki Devrine İzin Veren Açık Hükümün Varlığı

TTK'nın 367 ve 370'inci maddeleri uyarınca usulüne uygun bir yetki devrinden bahsedilebilmesi için şirket esas sözleşmesinde bu konuda açık bir düzenlemenin var olması gerekmektedir²⁷. Esas sözleşmedeki söz konusu düzenleme, şirketin kuruluş aşamasında esas sözleşme tanzim edilirken düzenlenebileceği gibi daha sonra esas sözleşmenin tadil edilmesiyle de yapılabilir²⁸. Bu hususta yapılacak esas sözleşme değişiklikleri bakımından genel olarak halka kapalı şirketler için TTK'nın 421'inci maddesindeki nisaplar esas alınırken, halka açık şirketler için ise Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPKn) 29/3'üncü maddesindeki nisaplar esas alınacaktır. Dolayısıyla TTK m. 418 uyarınca halka kapalı şirketler yönünden sermayenin yarısına sahip pay sahiplerinin hazır olduğu toplantıda toplantıya katılanların çoğunluğunun olumlu oyuyla işbu karar alınabilir.

Usulüne uygun bir yetki devrinden bahsedilebilmesi için, yukarıda da değindiğimiz gibi, şirket esas sözleşmesinde bu yönde bir düzenlemenin var olması gerekir. Esas sözleşmede yer verilecek bu hükümle esasında yönetim kurulunun yetki devri yapabilmesi için gerekli şartlar sağlanmış olmaktadır. Bu konuda bir bağlantı kurmak gerekirse Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 506'ncı madde hükmü, kendisine yetki verildiği hallerde vekilin işi başkasına yaptırabileceğini düzenlemiştir. Vekâlet akdine dair bu hüküm nazarında vekilin (yönetim kurulu üyesinin) işi başkasına (yetkinin devredileceği kişilere) yaptırmak için sahip olması gereken yetki, esas sözleşmedeki yetki devrine izin veren açık hükümle sağlanmaktadır²⁹. Esas sözleşmede bu yönde hüküm bulunmaması durumunda yapılan yetki devri hukuki sonuç doğurmayacak, sorumluluk devredilmemiş olacaktır. Esas sözleşmede bu yetkinin yönetim kuruluna verilmesi uygulamada "iç yönerge çıkartılmasına izin verilmesi" olarak karşılık bulmaktadır.

2. İç Yönerge Düzenlenmesi

TTK'nın 367'nci maddesinde ifadesini bulan yönetim yetkisinin devri ancak usulüne göre yapılmış ve imza altına alınmış bir iç yönergeyle mümkün olabilecektir. Bu kapsamda usulüne uygun olarak yapılmış bir iç yönerge esas sözleşmeden sonra yönetim ve temsil ile ilgili ikincil nitelikte bir düzenleme olarak nitelendirilebilir³⁰. Başka bir ifadeyle esas sözleşme devre izin veren bir üst norm içermekte, iç yönerge de devrin uygulanmasına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu doğrultuda usulüne uygun bir yetki devrinin söz konusu olabilmesi için iç yönerge düzenlenmesi tek başına yeterli değildir. Şirket esas sözleşmesinde yetki devrine izin veren açık bir düzenlemenin varlığı, iç yönergenin usulüne göre toplanmış bir yönetim kurulu kararıyla kabul edilmesi ve yönetim kurulunun yetki-

²⁴ "Örneğin ne yönetimin devredileceği kişinin esas sözleşmeyle belirlenmesi, dolayısıyla devrin bizzat esas sözleşmeyle yapılması ne yönetimin devri mecburiyeti getirilmesi, ne de esas sözleşme hükmüyle yönetimin devrinin genel kurula bırakılması mümkündür". KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 601.

²⁵ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 629; KOÇ, Himmet: *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 143.

²⁶ Gerekçe TTK m. 367.

²⁷ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 317. Aksi yönde olarak bu hususta bir esas sözleşme hükmüne gerek kalmaksızın da yönetimin devrinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak da böyle bir hükmün varlığının, yetkinin kullanılmasını genel kurulun uhdesine bırakabileceği ve bunun da yetkiyi devredilemez ve vazgeçilemez olmaktan çıkaracağı belirtilmektedir. Bkz. KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 618.

²⁸ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 600.

²⁹ Yukarıda ifade edilenler doğrultusunda yönetim yetkisinin devrine ilişkin esas sözleşme hükmüne örnek olarak şu gösterilebilir: "Yönetim kurulu, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkilidir".

³⁰ PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 39.

sini bu iç yönergeye göre devrettiğine dair karar vermesi gerekmektedir. Son olarak devrin içeriğinin temel kanuni sınırlama niteliğindeki TTK 375'inci maddenin kapsamına girmemesi gerekir³¹.

Ancak burada belirtmek gerekir ki, iç yönerge yalnızca yönetim ve/veya temsil yetkisinin devri amacıyla değil, şirketin iç işleyişine dair bir düzen getirmek veya ihtiyacı karşılayabilecek gerçek bir organizasyon şeması oluşturmak amacıyla da düzenlenebilir³². Dolayısıyla iç yönerge düzenlenmesi sadece yetki devri halinde değil, yönetim kurulunun yönetim hakkını bizzat yerine getirdiği durumda da önem taşımaktadır³³. Zira iç yönerge, her kademedeki yöneticinin unvanlarını, iş tanımlarını, raporlama ile bilgi akışını, yöneticiler ve yönetim yetkisini devralacak olan kişiler ile üst derece diğer şirket yöneticileri arasındaki hiyerarşiyi³⁴, toplantılarının icrası ile kararların alınmasını ve özellikle kurumsal yönetim ilkeleri bağlamında kararların tanzimi ve icrasıyla hangi üyenin yetkili olduğunu göstermesi açısından belirleyici olmaktadır. Bu bağlamda yetki devri söz konusu olmasa dahi iç yönerge düzenlenmesi şirket işleyişi bakımından faydalı olabilmektedir. Zira iç yönerge şirketin işletme konusunu gerçekleştirmeye yönelik iş ve işlemlerde genel ve temel nitelikte bir düzen temin etmektedir. İç yönerge ile yetki devri yapılması durumunda ise söz konusu yetkiler konunun uzmanları tarafından kullanıldığından yönetim profesyonel bir nitelik kazanmakta, böylece daha hızlı ve etkili kararlar alınabilmesi mümkün olmaktadır. Öyle ki iç yönerge, özellikle yönetici sayısı fazla olan büyük şirketlerde, karar alınmasını kolaylaştırmaya; bunun yanında şirketin profesyonellerce yönetilmesine ve işlerin daha kurumsal bir yapı içerisinde yürütülmesine hizmet etmektedir³⁵.

3. İç Yönergenin Kabulüne Dair Yönetim Kurulu Kararı Alınması

Usulüne uygun bir devir için iç yönergenin kabulüne yönelik TTK'nın 390'ıncı maddesindeki nisaplara uyularak yönetim kurulu kararı alınması gerekmektedir³⁶. Bu yönde bir yönetim kurulu kararının alınması hususunda belirli pay gruplarına imtiyaz tanınabileceği ve iç yönergeye dair alınacak yönetim kurulu kararlarının bu imtiyazlı paylara sahip üye(ler)in olumlu oyu ile alınmasının zorunlu kılınabileceği kanaatindeyiz. Buna ek olarak esas sözleşmede iç yönergeyle ilgili kararların daha yüksek bir karar nisabına bağlanması da mümkündür.

Belli şartlarda yönetim kurulu kararlarının iptale konu olabileceğine doktrinde ve yargı kararlarında³⁷ işaret edilmektedir. Bu kapsamda iç yönergeyle ilgili yönetim kurulu kararının batıl olduğunun tespitinin de mahkemeden istenebilmesi TTK'nın 391'inci maddesi uyarınca mümkün olabilmektedir. Konumuzla sınırlı olarak kısaca şunu ifade etmek isteriz ki, yetki devrinin ve buna ilişkin kararların batıl olduğu elbette ilgili hüküm kapsamında ileri sürülebilir. Böylelikle iç yönergenin amacı dışında kullanılmasının önüne geçilebilir. Örneğin olası bir ihtilafta TTK'nın 391'inci maddesinin (b) veya (d) bentleri uyarınca yönetim kurulunun üst gözetim görevini de iç yönergeyle devrettiğine dair bir kararın batıl olduğu ileri sürülebilecektir³⁸.

4. Yetki Devrinin Mümkün Olması

Yukarıda da değindiğimiz üzere, yönetim kurulu tarafından devre konu edilen yetkiler TTK'nın 375'inci maddesinde sayılan vazgeçilemez ve devredilemez nitelikteki yetkilerden olmamalıdır. An-

³¹ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 599.

³² PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 412; KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 604.

³³ PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 412.

³⁴ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 317.

³⁵ DEMİREL, s. 244.

³⁶ TTK 390/1 hükmü uyarınca esas sözleşmede iç yönergenin kabulü için ağırlaştırıcı bir hüküm olmadığı müddetçe, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanacak ve kararını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alacaktır. Bkz. KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 604.

³⁷ ERİŞ, Gönen: *Anonim Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 268; ÖZKORKUT, Korkut: *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1996, s. 93 vd.

³⁸ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 520.

cak vazgeçilmez ve devredilemez nitelikteki görev ve yetkiler dışında kalan yetkilerin devri mümkün kılınmıştır. Bu noktada şu soru karşımıza çıkmaktadır; temsil yetkisinin tamamının kurul üyesi olmayan üçüncü kişilere devri mümkün müdür? Bu hususta TTK'nın 370/2'deki hükmü temsil yetkisinin tamamının üçüncü kişilere devrine engel olmaktadır³⁹. Düzenlemedeki en az bir kurul üyesinin temsil yetkisine sahip olması gerektiği kuralı gereğince yönetim kurulunun yukarıda bahsettiğimiz gibi tamamen gözetim kurulu gibi çalışmasına olanak tanınmamıştır⁴⁰.

Bu durumda şirketin temsili görevinin tamamen üçüncü kişilere devrinin mümkün olmadığı ifade edilebilir. Mülga 6762 sayılı TTK'da da aynı hüküm mevcut olup bu durumun benimsenen tekli sistemin bir sonucu olduğu görülmektedir. Neticede Türk hukuku bakımından gözetim ve icra organı olmak üzere iki ayrı yapılanmaya gidilmesine izin verilmemiştir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine sahip olması şartıyla yetki devri gerçekleştirilebilir.

III. İÇ YÖNERGE

Yönetim kurulunun temsil yetkisinin devredildiği kişiye “murahhas üye (*delegierte*)” adı verilmektedir⁴¹. Benzer şekilde, yönetim kurulu üyesi olmayan kişiye yapılan devirde bu kişi de “murahhas müdür (*direktoren*)” olarak anılmaktadır⁴². Bu kapsamda murahhaslara yetki devri, yukarıda da değindiğimiz üzere, yönetim kurulunca yazılı şekle tabi bir iç yönerge düzenlenmesiyle mümkün olmaktadır. Doktrinde iç yönergelerin anonim şirketler hukuku bakımından oldukça önemli bir mekanizma olduğu isabetli bir şekilde ifade edilmektedir⁴³. Bu açıdan açıkça Kanun'da bir zorunluluk olmasa da kurumsal yönetim ve verimliliğin artırılması vb. nedenlerle şirketlerin iç yönerge çıkarması oldukça yerinde bir durum olacaktır. Başka bir ifadeyle gerek düzenlemenin lafzından gerekse Kanun'un gerekçesinden anlaşıldığı üzere, yönetim veya temsil yetkisi devredileceği zaman bir iç yönerge hazırlanması gerekmektedir. Ancak burada belirtmek istediğimiz husus şirketlerin iç yönerge düzenlemesinin bir zorunluluk olmadığıdır. Zira böyle bir önerme de yerinde olmayacaktır. Çünkü yönetimin devriyle amaçlanan sorumluluğun sınırlandırılması ve iç yönergenin şirkete getireceği düzen veya iş bölümü uygulamasıdır. Bu uygulamalar da şirketin işletme hedeflerine ulaşması için bir araç olarak kendini gösterecektir. Bu araç ise beraberinde aynı yönde bir iradenin varlığını gerektirmektedir. Bu kapsamda iç yönergenin anonim şirket için bir zorunluluk olmadığı ifade edilebilir. Dolayısıyla iç yönergenin şirket içi düzeni temin etmesi, bilgi akışı sağlaması ve kurumsallaşmaya hizmet etmesi gibi faydalar sağlaması nedeniyle önemli bir araç olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

İç yönergenin şirketlerde yetki devrinin usulüne uygun olarak yapılıp yapılmasının doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından önemi bulunmaktadır. Zira iç yönergeye dayanmaksızın, yahut iç yönerge hükmüne aykırı olarak gerçekleştirilen yetki devri TTK m. 367/1 hükmü uyarınca öngörülen hukuki sonuçları doğurmayacak, kendisine yetki devredilen kimsenin yaptığı işlemler geçersiz olacak, şirket bu işlemlerle bağlı olmayacaktır⁴⁴. Bu anlamda usulüne aykırı bir yetki devri durumunda iç yönergeyle temin edilmeye çalışılan sorumluluğun sınırlandırılması da mümkün olmayacaktır. Fiilen gerçekleştirilen yetki devri TTK m. 553/2 uyarınca yönetim kurulunun sorumluluğunu etkilemeyecek, kurulun

³⁹ Maddeye göre “... En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır”. Bu nedenle yönetim kurulu temsil yetkisini tamamen kurul dışındaki kişilere devrederek kendini tam sorumsuz konuma sokamaz (TTK m. 370/2).

⁴⁰ KUTGİ TAŞAN, Ayşe Selcen: *Anonim Şirketlerde Temsil Yetkisinin Yönetim Kurulu Tarafından Kullanılması*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 69.

⁴¹ Ancak önemle belirtmek isteriz ki, İsviçre hukukunda murahhas anlamına gelen “*delegierte*” kavramı, İsviçre Borçlar Kanunu m. 718/2 uyarınca sadece temsil yetkisinin devredilmesinde kullanılmakta buna karşın yönetimin devrinde ise söz edilmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 1355.

⁴² PULAŞLI, Şerh, s. 1354; ŞENER, s. 369.

⁴³ Özellikle işçilerin tabi olacakları kuralları içeren metinler olmaları ve şirket içi düzeni sağlaması bakımından iç yönergelerin büyük önem taşıdığı ifade edilmektedir. Bkz. KOÇ, Himmet: “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Hukuki Kurumlarla Olan İlişkisi”, *Medeniyet ve Toplum Dergisi*, 2017, Cilt 1, Sayı 2, (İç Yönerge), s. 3.

⁴⁴ DEMİREL, s. 227; ORAN, Ozan: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu İç Yönergesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 34; KOÇ, s. 29.

sorumluluğu aynen devam edecektir. Oysaki iç yönerge düzenlenmesindeki temel gaye yönetim kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılmasıdır⁴⁵. Dolayısıyla yetki devrinin amaca hizmet edebilmesi devrin iç yönergede belirlenen hususlara uygun olarak yapılmış olmasına bağlıdır.

Bu aşamada konumuzla dolaylı olarak ilintili olduğu için yetkisiz temsil hususuna değinmekte fayda görmekteyiz. TBK hükümleri dairesinde temsil yetkisinin bulunmadığı ya da mevcut yetkinin sınırlarının aşıldığı durumlarda yetkisiz temsilden bahsedilebilir⁴⁶. Yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlem ancak temsil olunan tarafından onandığı takdirde bağlayıcı hale gelmektedir⁴⁷. TBK m. 46/2 hükmünden çıkardığımız sonuca göre bu onamın verilmediği durumlarda ise üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan yetkisiz temsilci sorumlu olabilecektir. Durum bu olmakla birlikte TBK üçüncü kişilerin zararların giderilmesi taleplerinin kabulünü iyiniyetli olmaları şartına bağlamıştır (TBK m. 47/1). Bu açıdan bakıldığında TTK m. 371/7 hükmü uyarınca yapılacak yetki devri için hazırlanan iç yönergenin tescil ve ilana tabi olduğu kuralının göz önünde bulundurulması gerekir. Buradaki tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁴⁸. TTK m. 36 uyarınca tescil ve ilanın en temel hukuki sonucu ise üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmasıdır. Öyle ki iç yönerge ile kendisine yetki devredilen kişilere ilişkin muhtemel bir yetkisiz temsil tartışmasında, iç yönergenin tescil ve ilanı zorunlu olduğundan yetkisiz temsil ile ilgili tartışmaların en baştan önüne geçilmiş olmaktadır⁴⁹. Zira tescil, muhtemel iyiniyet iddiasını ortadan kaldırmakta; iç yönergeye göre atanmış ve bu atama kararı tescil edilmiş bir temsilcinin yaptığı işlemlerden doğan hak ve borçlar temsil edilene, yani şirket tüzel kişiliğine ait olmaktadır.

IV. ŞİRKET VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİ ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda öncelikle şirket ile kurul üyeleri arasındaki ilişkinin niteliğini tespit etmekte fayda vardır. Zira bu durumun açıklığa kavuşturulması, tarafların hukuki sorumluluğunun ve haklarının belirlenmesi, sorumluluk şartlarının incelenmesi, görevli mahkemenin tespiti ve sorumluluktan kurtulma şartları ile zamaşımı konularının incelenmesi hususunda temel teşkil edecektir⁵⁰. TTK'nın 126'ncı maddesinin atfı ile TBK m. 630 hükmü⁵¹ birlikte ele alındığında şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, "vekâlet" niteliğinde olduğu isabetli olarak savunulmaktadır⁵². Bunun yanında bu ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır⁵³.

⁴⁵ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 317.

⁴⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 336.

⁴⁷ İcazet verilmediği halde susmanın onam anlamına geldiği yönünde bkz. Yargıtay, 11. HD., T. 30.11.1993, E. 1992/9367, K. 1993/8158: "... Yetkisiz temsilde temsil edilenin, yetkisiz temsilcinin kendi adına imza atmasına ses çıkarmayarak, yetkisiz temsil imzasının sonuçlarını yüklediği durumlarda sorumluluğu vardır".

⁴⁸ KOÇ, s. 12.

⁴⁹ Doktrinde anonim ve limited şirketler dışında kalan gerçek kişi tacirler ile kollektif, komandit ve paylı komandit şirketler açısından aynı düzenleme getirilmemesi eleştirilmektedir. Bu bağlamda örneğin bir komandit şirkete atanan, sınırlı yetkiyi haiz ticari vekil ile diğer tacir yardımcılarının yetkileri sınırlandırılrsa bile tescil ve ilan edilemeyeceğinden üçüncü kişileri bağlamayacaktır. Somutlaştırmak gerekirse A Bankası "Bu ticari vekil temsil yetkisini aşmıştır, bu işlemle bağlı değilim." diyebilirken B Kollektif Şirketi, aynı gerekçeyi ileri süremeyecektir. Dolayısıyla Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olarak düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir. Yine bu düzenlemenin hiç kimsenin ticaret siciline bakmadan işlem yapamaması gibi bir sonuç doğuracağı ve yapılan her işlem dolayısıyla şirketin sorumsuzluk iddiaları ile karşı karşıya kalacağı serdedilmektedir. Bkz. AKDAĞ GÜNEY, Necla: "6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371'e Eklenen 7'nci Fıkraya İlişkin Değerlendirmeler", (6552 Sayılı Torba Kanun), (<http://www.arslanlibilimarsivi.com/node/25>, E.T.: 14.03.2021), s. 4, 21.

⁵⁰ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 453; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 306; BALABAN, Mahmut Furkan: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Davası*, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 58; KAPLAN, İbrahim: "6102 sayılı YTTK Hükümlerine Göre Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 3501.

⁵¹ TBK'nın 630'uncu maddesinde yer alan "Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir." hükmü amirdir.

⁵² KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 456-458. Şirket ile kurul üyesi arasında vekâlet ilişkisi olduğu yönünde bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 305; Yargıtay da verdiği bir kararda "Şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir vekâlet akdi ilişkisi bulunduğundan, üyelerin şirkete karşı vekil gibi sorumlu olmaları doğaldır." şeklinde tespitlerde bulunmuştur. Bkz. Yargıtay, HGK, T. 07.07.2010, E. 2010/9-328, K. 2010/370 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 28.11.2021).

⁵³ AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 176.

Ücret ve uzun süre bir iş sahibine bağımlılık içerisinde hizmet etmek hizmet sözleşmesinin objektif esaslı noktalarındandır (TBK m. 393 vd.). Nitekim Yargıtay da hizmet sözleşmesinin objektif esaslı noktaları hususunda ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarına işaret etmiştir⁵⁴. Buna karşılık, bizim de katıldığımız yaklaşıma göre yönetim kurulu üyesi/üyelerinin şirketten ücret alıyor olması, şirket ile kurul üyesi arasındaki ilişkinin “temel unsuru” olmadığından sözleşmenin hizmet akdi olarak değerlendirilmesi isabetli değildir⁵⁵. Bu konuda ücret, aradaki ilişki bakımından objektif esaslı nokta değildir. Hukuki kavramın tanımında var olan ve bu kavramın esaslı bir parçasını oluşturan hususlar genel olarak objektif esaslı konular olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Bu bağlamda şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkiye nitelik kazandıran temel hususun ücret olmadığı görüşüne katılmaktayız. Çünkü bir organ olarak görev ifa eden yönetim kurulunun “ana işlevi” şirketin yönetimi ve temsilidir. Kaldı ki yönetim kurulu üyeliği görevini ifa karşılığında ödenen para ücret değil huzur hakkı olarak karşımıza çıkmakta olup ücret ve huzur hakkı birbirlerinden tamamen farklı kavramlardır. Bu konuda ücretin bir şirketler hukuku kavramı olmadığı ifade edilebilmekle birlikte, Yargıtay kararlarında da huzur hakkının İş Kanunu kapsamında bir hak olmadığına açıkça işaret edilmektedir⁵⁷. Bu kapsamda huzur hakkı, yönetim kurulu üyelerinin yönetim/temsil görevi için harcadıkları emeğin veya zamanın bir karşılığı olarak ödenen meblağ olarak tanımlanmakta ve ücret kavramından tamamen ayrılmaktadır⁵⁸. Bu açıdan yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayandığı fikrine bizler de katılmıyoruz. Yönetim kurulu üyesi/üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet akdi ilişkisi olduğu görüşünde üyelerin şirkete karşı vekil gibi sorumlu olduğu ileri sürülmektedir⁵⁹. Mevcut ilişkinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşünün bir diğer ve belki de en önemli dayanağı bağımlılık unsurudur. Gerçekten de iş sözleşmesinin karakteristik unsuru olan bağımlılık, şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkide temel unsur değildir⁶⁰. Bu nedenlerle öncelikle şirket ile kurul üyeleri arasında sözleşmesel bir ilişki bulunduğu kabul görmekte, sonrasında ise bu ilişkinin niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir⁶¹. Kanaatimizce de niteliği bakımından şirket-yönetim kurulu ilişkisi *vekâlet* sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır.

V. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE YÖNETİCİLERİN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak Yönetim Kurulunun Hukuki Sorumluluğu

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile kastedilen, kendilerine esas sözleşme ve/veya kanun tarafından yüklenen yükümlülükleri kusurları ile yerine getirmemelerinden sınırsız ve şahsi olarak sorumlu tutulmalarıdır⁶².

Yönetim ve temsil yetkilerini haiz yönetim kurulunun şirket ad ve hesabına yaptığı iş ve işlemlerden dolayı şirket hak elde etmekte ve borç altına girmektedir. Yönetim kurulu veya yöneticiler şirketi bu şekilde haklara ehil ve borçlardan sorumlu hale getirirken, kendilerine yüklenen görev ve yükümlülükleri yerine getirmediklerinde şirkete karşı sorumlu olacaklardır. Ticaret Kanunu'nun yöneticilere karşı sorumluluk davası açma olanı tanıdığı pay sahipleri ve alacaklılar açacakları davalarda sözleşmeye aykırılık sebebine

⁵⁴ Yargıtay, 9. HD., T. 30.01.2013, E. 2010/241994, K. 2013/3671 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 28.11.2021).

⁵⁵ Yargıtay, HGK, T. 05.02.2003, E. 2003/982, K. 2003/65 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 28.11.2021).

⁵⁶ KILIÇOĞLU, s. 86.

⁵⁷ Yargıtay, 2. HD., T. 27.10.2015, E. 2014/15625 K. 2015/30078 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 24.11.2021).

⁵⁸ Yargıtay, 11. HD., T. 10.05.2010, E. 2010/5400, K. 2010/5060 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 26.11.2021).

⁵⁹ Yargıtay, HGK, T. 07.07.2010, E. 2010/9-328, K. 2010/370 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 23.11.2021).

⁶⁰ Durum bu olmakla birlikte her somut duruma göre yönetim kurulu üyesinin çalışma koşulları, bu anlamda emir ve talimat alıp almadığı, sigorta primlerinin hangi esaslara göre yatırıldığı gibi noktalara bakılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 306.

⁶¹ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 456-458. Şirket tüzel kişiliği ile kurul üyesi arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisine yakın olduğu yönünde bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 305; Yargıtay, 9. HD., T. 07.07.2011, E. 2011/2810, K. 2011/23208 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 26.11.2021).

⁶² AKDAĞ GÜNEY, *Yönetim Kurulu*, s. 165-167; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 470; PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 629-633.

dayanabilirler⁶³. Mülga kanunun aksine 6102 sayılı TTK sistematüğinde 549 ilâ 561'inci maddeleri ile yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin tüm düzenlemelerin isabetli bir şekilde bir araya toplandığı ve bu şekilde düzenlemelerin birlik arz edecek hale getirildiğı görölmektedir⁶⁴.

Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğuna ve dolayısıyla sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olduğuna yukarıda değinmiştik. Ancak sorumluluğun belirlenmesinde, tek başına sözleşme ilişkisi görüşü yeterli olmamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının tayininde, hem sözleşmesel ilişki hem de haksız fiil sorumluluğunun dikkate alınması gerektiğı görüşüne katılmaktayız⁶⁵. Zira TTK m. 553 hükmüne bakıldığında sorumluluğun kaynağı olarak bunlardan herhangi birinin dışlanmadığı görölmektedir. Hükmün gerekçesine bakıldığında bizim inceleme konumuz ile doğrudan ilgili olan *yönetim kusurunun* açık bir sorumluluk hali olarak düzenlendiğı görölmektedir. Burada önemle belirtmek gerekir ki, yargı mercileri yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu yerinelik incelemesi yapmak suretiyle değil, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlere aykırılık olup olmadığını dikkate alarak tespit etmektedir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “... bu itibarla, davalı yönetim kurulu üyelerinin durumları anılan yasa maddeleri uyarınca değerlendirilerek oluşan davacı zararlarından dolayı sorumluluklarının bulup bulunmadığının somut olayın özelliklerine göre tartışılarak sonucu kararlaştırması⁶⁶” şeklinde bu hususa vurgu yapmıştır.

6762 sayılı mülga TTK'da kabul edilmiş olan *müteselsil sorumluluk* ilkesinden farklı olarak 6102 sayılı TTK'nın kabul ettiğı farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre bir zararın varlığından söz edilebilmesi için bunun ispatlanması ve miktarının hesaplanabilmesi gerekmektedir⁶⁷. Anonim şirketler hukukunda sorumluluğun temeli kusura dayanmaktadır⁶⁸. Zira TTK sistematüğü kusursuz sorumluluk ilkesini benimsememiş, bu türden sorumluluk için açıkça kusurlu davranışı bir unsur olarak kabul etmiştir. Kasıt yahut ihmal şeklinde gerçekleşen kusur, hukuk düzeni tarafından istenmeyen bir davranışın yapılması şeklinde tanımlanabilmektedir⁶⁹. Böylelikle TTK'nın 553'üncü maddesinde açıkça vurgulandığı üzere kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ancak kusurla ihlal edilmesi halinde sorumluluğun söz konusu olabileceğı anlaşılmaktadır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, çalışmamızın odak noktasını oluşturan TTK m. 371/7 hükmünün son cümlesi kusura dayanan sorumluluk-kusursuz sorumluluk ayrımı da yapmamış olup maddede belirtilen kişilerin verecekleri her türlü zarardan yetkiyi devreden üyelerin müteselsil olarak sorumlu olacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla 6552 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme, kusura dayanan sorumluluğa ilişkin temel ilkelere de aykırılık taşımaktadır.

VI. YETKİ DEVRİNİN SORUMLULUĞA ETKİSİ

Anonim şirketlerde yöneticilerin, yönetim kurulunun ve üyelerinin sorumluluğu konusu esasında TTK m. 553/2 ile hüküm altına alınmış ve bu maddede sorumluluğun temel ilkeleri düzenlenmiştir. Bu ilkelere göre eğer yönetim kurulu üyeleri usulüne uygun şekilde bir yetki devri yapmışlarsa ve bu yetki devrini yaparken yetkiyi devralacak kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermişlerse artık yetkiyi devralan kişilerin kusurlarıyla meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmayacaklardır.

TTK'nın 367, 370 ve 371/7 hükümleri uyarınca yapılan yetki devri, kanuna dayanan ve kanuna uygun olan devir olarak karşımıza çıkar⁷⁰. Yukarıda ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere usulüne uy-

⁶³ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku* I, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 390.

⁶⁴ 6552 sayılı Kanun hükmü ile eklenen m. 371/7 hükmünün son cümlesi söz konusu yeknesaklığı bozar niteliktedir.

⁶⁵ BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 396.

⁶⁶ Yargıtay, 23. HD., T. 23.09.2019, E. 2016/4567, K. 2019/4567 (Sinerji İçtihat Bankası, E.T.: 26.11.2021).

⁶⁷ OKTAY KILIÇ, Duygu: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2016, s. 46.

⁶⁸ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 476.

⁶⁹ KILIÇOĞLU, s. 319; OĞUZ, Habip: “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Cilt 1, Sayı 28, s. 273.

⁷⁰ TTK m. 553 hükmünün gerekçesinde de belirtildiğı üzere, 553/2 organsal işlev olarak devir halinde söz konusu olmaktadır. Maddede yer alan “kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar” hükmü amirdir.

gun bir yetki devri için bir iç yönerge hazırlanmalı, bu iç yönergede devrin çerçevesi çizilmeli ve en nihayetinde bir yönetim kurulu kararıyla iç yönergeye uygun olarak yetki devri gerçekleştirilmelidir. TTK'nın 367, 370 ve 371/7'nci hükümlerine göre Kanun'daki usule ve esasa uygun olarak yetki devredildiği takdirde iç yönergeye göre yetkili/görevli olmayan üyelerin veya zarara sebebiyet verdiği iddia edilen eylem ile ilgili görevli olmayan yöneticilerin/üyelerin sorumluluktan kurtulması söz konusu olmalıdır. Zira hüküm uyarınca yetkinin devredildiği kişilerin seçiminde gerekli özenin gösterilmesi şartıyla bu kişilerin eylemlerinden yönetim kurulu sorumlu olmayacaktır⁷¹.

Söz konusu özen yükümlülüğü⁷² yalnızca yetkinin devredildiği kişilerin seçimi sırasında değil, bu kişilere şirketin işletme konusunu gerçekleştirmeye yönelik iş ve işlemlerle ilgili talimat verilmesi sırasında da devam etmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, anonim şirket ile kurul üyeleri arasında vekâlet ilişkisi olduğundan vekaletle ilişkin TBK'nın 507/2 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. TBK'nın 507/2 hükmünde "*Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür*" hükmü amirdir. Dolayısıyla bu düzenleme gereğince yetkiyi devreden kişilerin özen yükümlülüğü sadece yetkinin devredildiği kişilerin seçiminde değil, bu kişilere talimat verilmesi sırasında da devam edecektir.

Kanun koyucu her ne kadar sorumsuzluğun temini için yönetim kuruluna gözetim açısından özen şartı getirirse de bu durumun bir sakıncası bulunmaktadır. Yönetim kurulunun uhdesinde kalan, devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki üst gözetim yükümlülüğünün⁷³, üyeleri sorumluluktan kurtarma etkisini zayıflatmış ileri sürülmektedir⁷⁴. Zira özellikle ticari hayatta yönetim kurulu üyelerinin hayatın normal akışına aykırı şekilde, bir insanın yapabileceğinin çok üstünde, oldukça kapsamlı bir gözetim yükümlülüğü ile her türlü zarardan doğrudan sorumlu olmalarına neden olacak bir yaklaşımın benimsendiği gözlemlenmiştir⁷⁵. Dolayısıyla Türk hukukunda benimsenen sistemde gözetim yükümlülüğünün sınırlarının belirsiz olması, yetki devriyle temin edilmek istenen yönetim kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılması etkisini zayıflatmaktadır⁷⁶. Ancak konumuzla sınırlı olarak şunu ifade etmeliyiz ki, kanaatimizce yönetim kurulu esas sözleşmedeki açık bir hükme dayanarak yukarıda ifade ettiğimiz usule uygun bir iç yönerge hazırlar ve bunu da tescil/ilan ettirirse sorumluluk buna göre belirlenmelidir. Yani söz konusu iç yönerge metninde yetki derecelerine göre ayrı ayrı nelerin yetki devri kapsamına girdiği belirtilir ve bu metin ticaret siciline tescil/ilan ettirilirse sorumluluğun tayini artık yapılan yetki devrine göre gerçekleşmelidir. Bu kapsamda iç yönergede yönetim kurulunun kendi arasında veya diğer yöneticilere yetki devri yapılması esnasında kurulun açıkça özensiz ve dikkatsiz davrandığı ispat edilemediği sürece yetkiyi devralan kişilerin eylemleri ile oluşan şirket zararlarından, bu konuda kendilerine doğrudan bir kusur atfedilememesi şartı ile, diğer yetkisiz üyelerin/kurulun sorumlu olmaması gerekmektedir. Bizce TTK 367, 370, 371 ve 553'üncü maddeleri beraber değerlendirildiğinde amaçsal yorum ile bu sonuca ulaşılabilmelidir. Aksi yaklaşımın TTK'nın sorumluluk ve iç yönerge ile ilgili temel anlayışına ters düştüğü kanaatindeyiz.

Burada yine belirtmek gerekir ki, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki üst gözetim görevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi aslında yetkinin devredildiği kişilerin sağladığı bilgi akışına bağlı olmaktadır⁷⁷. Kapsamlı bir gözetim ancak ve ancak yetki devrinden sonra sağlanacak

⁷¹ "Bu kapsamda, örneğin, daha önce uzun süreler SGK müfettişi olarak görev yapmış ve bu deneyimine güvenilerek şirkete insan kaynaklarından sorumlu murahhas müdür olarak atanmış bir kişinin yaptığı yolsuzluk sebebiyle ortaya çıkan zarardan kişinin atanmasında gerekli özeni göstermiş yönetim kurulu üyelerinin şahsen sorumlu olması hukuken mümkün değildir".

(<http://inanaras.com/files/Anonim%20Şirketlerde%20Yetki%20Devri%20ve%20Devrin%20Sorumluluğuna%20Etkisi.pdf>, E.T.: 27.12.2020).

⁷² Olası bir sorumluluk davası durumunda; gereken özenin gösterilip gösterilmediğinin ispat yükü, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'na göre yetkiyi devredenden. Zira yetkiyi devreden, şirketin iç organizasyonu hususunda bilgi sahibi durumunda olup ispat yükü onun üzerinde olmalıdır. Bu hususta bkz. KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 616.

⁷³ Doktrinde gözetim yükümlülüğü iki ucu keskin bir kılıca benzetilmektedir. Öyle ya da böyle işlevsiz hale getirilirse yönetim kurulu üyeliği işlevsizleştirilmiş olmaktadır. Buna karşılık kapsamı iyi tayin edilmezse bir şirkette gerçekleştirilen bütün usulsüzlüklerden üyeler sorumlu tutulur. Bu yönde bkz. KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 615.

⁷⁴ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 614.

⁷⁵ KOÇ, s. 86.

⁷⁶ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 614.

⁷⁷ PULAŞLI, *Genel Esaslar*, s. 412.

aktif bir bilgi akışıyla mümkündür⁷⁸. Yönetim kurulu ancak bu durumda üst gözetim yükümlülüğünü gereği gibi ifa edebilir. Özellikle bu noktada iç yönerge devreye girmektedir. İç yönergede kimin kime bilgi sunmakla yükümlü olduğu önceden, yazılı ve açık bir biçimde belirlenmektedir. Dolayısıyla bilgi akışının ne yönde ve nasıl gerçekleşeceği bu şekilde kesinlik kazanmaktadır. Bir başka ifadeyle, aynı bir zincirin halkaları gibi birbirine bağlı şekilde, yönetim kurulunun üst gözetim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirebilmesi bilgi akışının etkinliğine, bu bilgi akışının etkinliği de iç yönergenin detaylı ve kapsamlı olarak düzenlenmesine bağlıdır. Söz gelimi kimin kime bağlı ve birbirine bilgi sunmakla yükümlü olduğunun belirtildiği bir iç yönergenin düzenlenmemesi durumunda adeta bir kaos oluşacak ve bu durum hem yönetim kurulunun hem de yetkinin devredildiği kişilerin yükümlülüklerini yerine getirememesi sonucunu doğuracaktır. Bu açıdan şunu da eklemek isteriz ki, üst gözetim yükümlülüğünün sorumluluktan kurtarma etkisini zayıflatmasını bir nebze azaltmak için iç yönergede yetkilerin kapsamına ve sınırlarına ilişkin düzenlemeler yapılabilir. Örneğin kimin kime bilgi sunmakla yükümlü olduğu hususunda iç yönergede çok net ve detaylı bir hüküm öngörülebilir. Bu kapsamda yapılan bir düzenleme aradaki bilgi akışının yoğunluğunu artıracak ve üst gözetim görevinin gereği gibi yerine getirilebilmesine zemin hazırlayacaktır. Nihayetinde etkin bir üst gözetim olması halinde üst gözetim gerekçe gösterilerek kurul üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi ihtimali azalacaktır.

Küçük ölçekli anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sayıca az olması veya şirketlerin iş ve işlemleri ile ilgilenen kişilerin sayısının da buna paralel olarak sınırlı olması nedeniyle üst gözetim sorumluluğu hususunun nispeten daha az gündeme geldiği kanaatindeyiz. Ancak büyük ölçekli anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısı fazla olduğundan ve şirketi ilgilendiren iş ve işlemlerin sayısının çok olması nedeniyle yönetim ve temsil faaliyetlerinin aksamaması için yardımcı kişilere ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁹. Bu ihtiyaç esasen şirketin daha profesyonel kişilerce yönetilmesinin istenmesinden de kaynaklanabilir. Bu doğrultuda kanun koyucu, yukarıda ayrıntısına değinildiği üzere, yönetim kurulunun sahip olduğu temsil yetkisinin de belirli koşullar altında devrine olanak tanımıştır. Dolayısıyla yönetim yetkisinin devri mümkün olduğu gibi temsil yetkisinin devri de -yukarıda değinilen koşullar dâhilinde- mümkündür. Söz konusu şirketlerde belirtilen nedenlerle birden çok kişiye yönetim ve temsil yetkisi verilebilmekte, hatta yetki devri daha çok profesyonellere yapılmaktadır. Bu kapsamdaki şirketlerde elbette üst gözetim yükümlülüğünün ve buna bağlı sorumluluğun daha fazla gündeme gelebileceği ifade edilebilir.

TTK'nın 370'inci maddesinin 2'nci fıkrasında temsil yetkisinin devredilebileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeye göre yönetim kurulu üyelerinin tümünün temsil yetkisini üçüncü kişilere devretmesi mümkün değildir. Bu kapsamda en az bir üyenin temsil yetkisine sahip olması esastır. Hükmün gerekçesine⁸⁰ bakıldığında bu düzenlemeyle ulaşılmak istenenin 367/1 hükmü dolayısıyla yönetim yetkisi ile birlikte temsil yetkisini de devredilebilir hale getirmek olduğu görülmektedir. Bu bağlamda TTK'nın 370/2 ve 367/1'inci maddeleri birlikte dikkate alınmalıdır⁸¹. Gerçekten de yönetim yetkisinin, başka bir deyişle şirketin işletme konusunu gerçekleştirmeye yönelik karar alma yetkisinin tek başına devri bir anlam ifade etmeyecektir. Burada belirtmek gerekir ki, sadece yönetimin devrini ya da sadece temsile yönelik yetkilerin devrini içeren iç yönerge hazırlanması da söz konusu olabilir⁸². Ancak yönetim ve temsil yetkileri birbiri ile çok yakın bağlantı içerisinde olduğundan ve yönetim ile temsil yetkilerinin ayrılması durumunda ayrılan yetkilerin kullanılması sırasında hukuki problemler oluşma riski göz önüne

⁷⁸ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 614, 562. Burada bahsolunan bilgi akışı, salt yönetimle görevli kişilerin yönetim kuruluna vereceği bilgileri değil, yönetim kurulunun şüphe duyduğu hususlar hakkında bilgi talep etmesini de kapsamaktadır.

⁷⁹ BALABAN, s. 52.

⁸⁰ Bkz. TTK 370 Madde Gerekçesi: "Birinci fıkra: 370'inci maddenin birinci fıkrası, 365'inci maddede yer alan şirketin temsili yetkisinin, aksi şart edilmemişse, yani tek imza sistemi kabul olunmamışsa, çift imza ile ve yönetim kurulunca kullanılabilirliğini öngörmektedir. 373'üncü maddenin birinci fıkrası hükmünce yönetim kurulu şirketi temsile, yetkili kişileri de belirler. İkinci fıkra: İkinci fıkra, 6762 sayılı Kanun 319'uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmünü tekrarlayarak, 370'inci madde dolayısıyla devredilebilen yönetim hakkını temsil yetkisi ile tamamlamak amacıyla öngörülmüştür."

⁸¹ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 594; KUTLUK, Tanrı: Anonim Şirketlerde Yönetim ve İç Yönerge Hazırlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 80.

⁸² BAHTİYAR, Mehmet: "Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Temsil Yetkisinin Kullanılması ve Devri", Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 327.

alındığında hem yönetim hem de temsilin devrini içeren tek bir iç yönerge hazırlanmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz⁸³. Yetkiyi devralan alman kararlar doğrultusunda temsil yetkisini kullanarak işlem yaptığı takdirde hüküm tam anlamıyla amacına ulaşacaktır. Örnek olarak, kendisine yetki devri yapılan kişinin üçüncü bir kişiyle bir satım sözleşmesi akdetmesi verilebilir.

Şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulunun yetki devri yapması için açık bir hüküm bulunması gerektiğine yukarıda işaret edilmişti. Zira yönetim yetkisinin devrinde buna izin veren bir esas sözleşme hükmü aranmaktayken, etkisi bakımından yönetimin devrinden daha bağlayıcı sonuçlar doğurabilecek temsil yetkisinin devrinde böyle bir hükmün varlığına evleviyetle (*argumentum a fortiori*) ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyiz.

TTK m. 370/2 düzenlemesi uyarınca yönetim kurulu, uygun gördüğü takdirde temsil yetkisini devrettiği kişilerden geri alabilmektedir. Bu azil yetkisi TTK 375/1 hükmünün (d) bendine dayanmakta olup devredilemez ve vazgeçilemez nitelik taşır. Nihayetinde kendisine temsil yetkisi devredilen murahhaslar organ sıfatını iktisap ederek şirketi üçüncü kişiler nezdinde hak ve borç sahibi yapabilmektedir⁸⁴. Bu sebeple bu kişiler de TTK 369 ve 553'üncü maddeleri kapsamında yönetim kurulu üyeleri ile aynı sorumluluk rejimine tabi olacaklardır⁸⁵. Gerçekten de kendisine yetki devri yapılan murahhaslara bu şekilde bir sorumluluk atfedilmiştir. Aksi durumda yetki devrinin bir anlamı olmayacak, sorumluluk kurul üyelerinde kalmaya devam edecektir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere yetki devri, sorumluluktan kurtarmak gibi bir ana hedefe yönelmektedir. Bu açıdan yetkiyi devralanların sorumlulukları TTK'nın 553'üncü maddesine göre belirlenmektedir. Yetkinin murahhaslara devri durumunda da yönetim kurulu açısından yukarıda değindiğimiz özen yükümlülüğü devam etmektedir. Zira üst gözetim görevi özen yükümlülüğüyle sıkı bir bağlılık içerisinde olduğundan ve ayrıca TTK'nın 375'inci maddesinde devredilemez ve vazgeçilemez yetkiler arasında sayıldığından talimat verme ve gözetimde gerekli özenin gösterilmesi konusunda yönetim kurulunun sorumluluğu devam edecektir⁸⁶.

Yönetim kurulu temsil yetkisi olmayan üyeleri ve/veya şirket çalışanı olan profesyonelleri temsilci olarak atayabilir⁸⁷. İşte çalışmamızın odak noktasını oluşturan iç yönerge düzenlenmesinin bir sorumluluk olarak gündeme geldiği diğer bir nokta burada karşımıza çıkmaktadır⁸⁸. Söz konusu atamanın gerçekleşebilmesi için TTK'nın 367'nci maddesi uyarınca yönetim kurulu tarafından hazırlanan iç yönergede atamaya ilişkin bir hükmün yer alması yeterlidir. İç yönergede böyle bir hükme yer verildikten sonra yönetim kurulu tarafından atanmayı ihtiva eden bir kurul kararı almasını müteakip bu kararın TTK m. 371/7 hükmü uyarınca tescil ve ilan edilmesi gerekli ve yeterli olacaktır.

Genel olarak bu kapsamda yönetim kurulunun bir iç yönerge ile temsil yetkisini murahhaslara devrettiği durumda yetki verilmeyen üyeler "icra yetkisi olmayan üye (*non-executive director*)" haline gelmekte ve bu nedenle sınırlı olarak dahi bu kişilerin anonim şirketi dışı karşı temsil etme yetkileri bulunmamaktadır. TTK m. 371/7 hükmüyle temsil yetkisini haiz olmayan üyelere temsil yetkisi verilmesi sağlanarak icra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerinden faydalanma yoluna gidilmiştir⁸⁹. Buna ilave olarak temsil yetkisinin devrinin iç yönerge ile yapılması ve iç yönergenin tescil ve ilan edilmesi neticesinde atama işlemine aleniyet kazandırılmış olup böylece, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, gündeme gelmesi muhtemel yetkisiz temsilci tartışmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

⁸³ KUTLUK, s. 81.

⁸⁴ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 629.

⁸⁵ BALABAN, s. 52.

⁸⁶ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 616.

⁸⁷ TTK 371 hükmüne 10.09.2014 tarihinde 6552 sayılı Kanun'la 7. fıkraya eklenmiştir. TTK m. 371/7 hükmüne göre "Yönetim kurulu, yukarıda belirtilen temsilciler dışında, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını atayabilir. Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, 367'nci maddede göre hazırlanacak iç yönergede açıkça belirlenir. Bu durumda iç yönergenin tescil ve ilan zorunludur. İç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını atanamaz. Bu fıkraya uyarınca yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını da ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur."

⁸⁸ Bu hüküm doğrultusunda hazırlanan iç yönerge "Temsile İlişkin Yönetim Kurulu İç Yönergesi" olarak adlandırılmaktadır.

⁸⁹ BALABAN, s. 53.

VII. 6552 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

6552 sayılı Kanun'un 131'inci maddesi ile TTK m. 371 düzenlemesine 7'nci fıkraya hüküm eklenmiştir. 6552 sayılı Kanun ile yapılan yeni düzenleme neticesinde yönetim kurulunun temsil yetkisine sahip olduğu kuralı ile bu yetkinin belli şartlarda yönetim kurulu üyeleri ve/veya üçüncü kişilere devredilebilmesi usulü korunmuştur. Esasında bu ekleme ile yönetim kurulunda var olan temsil ve yönetim yetkilerinin korunmasının yanında, uygulamada özellikle temsille ilgili konularda ortaya çıkan talepleri karşılamak amacıyla mehzar kanunda olmayan yeni hükümler getirilmiştir⁹⁰. Ancak söz konusu düzenlemede yönetim kurulunun yetki devri yapılmış olsa da sorumluluğunun devam ettiği, hatta müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu yönünde bir düzenleme getirilmesi TTK'nın yetki devri ve sorumluluk ilkeleri ile çelişmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin yerinde olmadığı ifade edilebilir. Doktrinde de genel olarak söz konusu değişikliğin hiç yapılmamış olmasının hukuki açıdan daha yerinde olacağı belirtilmektedir⁹¹. Bizce de bu düzenleme ile en azından sorumluluk açısından TTK'nın ruhuna ve amacına uygun olmayan bir yaklaşımla "yönetim kurulunun müteselsil sorumluluğu" kavramı hukukumuza tekrar getirilerek kanun sistematığının bozulmasına neden olunmuştur.

Anonim şirket yönetim kurulu prensip itibariyle birlikte hareket ederek yönetim görevini yerine getirir ve şirketi üçüncü kişiler nezdinde temsil eder. Bunu yaparken yönetim kurulu kusurlu eylemleri ile açıkça bir şirket zararına sebebiyet verebilir. Bu anlamda, yukarıda ayrıntısına değindiğimiz gibi, TTK'nın 553'üncü maddesinde yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümler gündeme gelecektir. Bu maddeye göre bir yönetim kurulu üyesinin veya yetkiyi devralan yöneticinin sorumlu olabilmesi için zararla ilgili açıkça kusurlu olması ve bu kusurun da ispat edilebilmiş olması gerekir. Buna karşın 6762 sayılı mülga TTK'ya göre yönetim kurulu üyeleri "*kusursuzluklarını ispatlamadıkça*" zarardan sorumlu tutulmaktaydı. 6102 sayılı TTK ile bu yaklaşımdan isabetli olarak vazgeçilerek daha hakkaniyetli bir sistem benimsenmiştir. Bunun yanında 6762 sayılı mülga TTK ile yönetim kurulu üyeleri için genel olarak müteselsil sorumluluk hali kabul edilmekteyken, 6102 sayılı Kanun ile isabetli bir şekilde müteselsil sorumluluk halinden vazgeçilerek yönetim kurulu için "*farklılaştırılmış teselsül*" ilkesi kabul edilmiştir. Artık bu yeni sistem ile meydana gelen zararla ilgili her bir yöneticinin kusurları oranında sorumluluğu gündeme gelmektedir. Oysaki 6762 sayılı mülga TTK'da yer verilmiş olan "*mutlak teselsül*" sisteminde zararlı sonucun oluşmasına hafif kusuruyla sebep olsa dahi zararın tamamı ilgili üyeden tazmin edilebilmekte, sonrasında ise ilgili üyenin rücu hakkını kullanamadığı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktaydı.

6102 sayılı TTK'da da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğu esası üzerine inşa edilmiştir. 6552 sayılı Kanun ile TTK'nın 371'inci maddesine 7'nci fıkranın eklenmesi ile TTK'da benimsenen sisteme ters düşen bir düzenleme getirilmiştir. Öyle ki yeni getirilen düzenleme ile "*her türlü zarardan*" bahsedilmekteyse de burada TTK'nın 553'üncü madde hükmü dikkate alındığında kusursuz bir şekilde söz konusu olan zararlardan dolayı sorumluluğun doğması mümkün olmamalıdır⁹². Zira bir kişinin açıkça kusuru bulunmadığı durumlarda yetkiyi bir başka üçüncü kişiye devrettiği hallerde kendisi sorumlu tutulamazken kendisini atayan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olmasının evleviyetle (*argumentum a fortiori*) mümkün olmaması gerekir. Şirkette temsil yetkisini, usulüne göre yapılmış bir iç yönerge ile devreden yönetim kurulu üyesinin/üyelerinin, hiçbir açık kusuru bulunmadan, yetkiyi devralan bir başka üyenin/kişinin kusuru ile meydana gelen zarardan dolayı sorumlu tutulmaları TTK m. 553 hükmüne aykırılık teşkil eder. Kanaatimizce yönetim kurulu, usulüne uygun olarak çıkarılmış bir iç yönerge ile yönetim ve/veya temsil yetkisini kurul üyeleri içinde bir veya birkaç üyeye veya kurul üyesi olmayan üçüncü kişilere devretmiş ve bu devirde gerekli makul

⁹⁰ ÖZDAMAR, Mehmet: "6552 Sayılı Kanun ile TTK'da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt 18, Sayı 3, s. 153.

⁹¹ KIRCA, İsmail: "TTK m. 371/7 Hakkında Bir İnceleme: AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım", *Banka ve Ticaret Dergisi*, 2014, Cilt 30, Sayı 3, s. 21 vd.

⁹² ÖZDAMAR, s. 161.

özeni göstermiş ise artık yetkiyi iç yönerge ile devralan kişilerin kusurlarından kaynaklanan şirket zararlarından sorumlu tutulmaması gerekir. Her ne kadar TTK m. 371/7 hükmü bu konuda kanaatimiz aksini yönünde yorumlanabilse de sorumluluk şartlarını belirten ana düzenleme olan TTK 553'üncü maddenin açık lafzı, bu maddenin gerekçesi, 369, 370, 371'inci maddeler ve bu maddelerin gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu 371/7 düzenlemesinin işaret ettiğimiz şekilde yorumlanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu hususta sorumluluk tayin edilirken TTK'nın 553'üncü maddesi hükmünün dikkate alınması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Bunun yanında TTK m. 371/7'deki düzenlemenin "müteselsil sorumluluk" kısmının kaldırılarak, düzenlemedeki sorumluluk ifadesinin 553'üncü madde ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Anonim şirketlerde yetki devrinin yapılabilmesi için esas sözleşme ile buna izin verilmiş olması ve bu kapsamda usulüne uygun olarak onaylanmış bir iç yönergenin varlığı gerekir. Ancak yönetim kurulunun her yetkiyi devredebilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri (TTK m. 375) yetki devrinin sınırını oluşturur. Yönetim kurulunun yetkilerini iç yönergeye göre devrederken devrin kapsamının da TTK 375'inci madde hükmünde sayılan hususları ihtiva etmemesi gerekmektedir. Ancak bunun yanında yönetim kurulu yetki devri yaparken yetkiyi devralacak kişilerin seçiminde gerekli özeni göstermeli ve yetki devri yaptıktan sonra yetkiyi devralan temsilcileri makul ölçülerde gözetmelidir. Çünkü yönetim kurulunun gözetim yetkisi devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında sayılmıştır. Bu kapsamda şirketin yönetim ve temsil yetkisinin devri TTK'nın 367'nci maddesinde belirtilen usule göre çıkartılacak bir iç yönerge ile mümkün olmaktadır. Esasında iç yönerge ile hem 367'nci maddeye göre yönetim yetkisi devredilebilirken hem de 371'inci maddeye göre temsil yetkisi devredilebilmektedir. Bu yetki devrinin temel amaçlarından biri de yetkisiz yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulmasıdır. Ancak 371'inci maddeye 6552 sayılı torba kanun ile bir ekleme yapılarak bu amaç sekteye uğratılmıştır.

TTK'da 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle birlikte iç yönerge ile yapılan temsil yetkisinin devri sonucunda yetkileri devralan kişilerin kusurlu davranışlarından dolayı sorumluluğunun tayini hususu TTK'nın konu ile ilgili diğer düzenlemeleri ile çelişir hale gelmiştir. TTK'nın 553/2 hükmünde açıkça görüleceği üzere yönetim kurulunun sahip olduğu yetkiyi kanunun kendisine izin verdiği şekilde devretmesi durumunda artık yönetim kurulunun sorumluluğundan bahsetmemek gerekmektedir. Nitekim iç yönerge düzenlenmesi suretiyle yapılacak yetki devrinin bir amacı da bu şekilde yetkisiz yönetim kurulu üyesini sorumluluktan kurtarmaktır. Kanun koyucu vardığımız bu sonucu TTK'nın 553/3 hükmü ile desteklemektedir. Yönetim kurulunun yönetim ve temsil görevinin dışında ayrıca gözetim yükümlülüğünün de bulunduğu kabulü ile birlikte yetki devri halinde yalnızca işbu gözetim yükümlülüğünün bulunduğu ileri sürülerek sorumluluğun gündeme getirilebilmesi mümkün olmamalıdır.

Kanaatimizce TTK m. 371/7'deki hüküm istisnai nitelikte olup bunun dar yoruma tabi tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla usulüne uygun bir iç yönerge ile yapılan yetki devri sonucunda yetkiyi devralan kişilerin kusurları ile meydana gelen şirket zararları sonucunda sorumluluklar belirlenirken 553'üncü madde uygulanmaya devam edilmelidir. Bu kapsamda bir kere daha önemle belirtmek isteriz ki, getirilen yeni düzenleme TTK'nın gerek sistematiğine gerekse benimsediği temel sorumluluk prensiplerine aykırılık taşımaktadır. Ancak halihazırda getirilen bu emredici düzenlemenin nazara alınmaması hukuken mümkün değildir. Ancak hüküm dar yoruma tabi tutularak yalnızca yönetim kurulunun kanunda düzenlenen şekilde ticari yardımcı ve vekil ataması halinde gündeme gelerek sorumlulukların belirlenmesinde göz önüne alınması söz konusu çelişkili durumu bir nebze de olsa ortadan kaldıracaktır. Aksini kabul etmek, sorumluluk esasını düzenleyen bütün maddelerin uygulanmasını güç ve hatta imkânsız kılacaktır. Ancak TTK m. 371/7'deki düzenlemenin bu şekilde yalnızca belirli kişilere yapılacak yetki devrinde söz konusu olması da sorunu çözmeye yeterli olmayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce ilgili düzenlemenin Kanun'dan çıkartılması veya konunun TTK'nın 553'üncü maddesi ile uyumlu şekilde tekrar kaleme alınması bizce bir zorunluluktur.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla, “6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371’e Eklenen Yedinci Fıkra İlişkin Değerlendirmeler” (6552 Sayılı Torba Kanun), (<http://www.arslanlibilimarsivi.com/node/25>, E.T.: 14.03.2021).
- AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (Yönetim Kurulu).
- AKSOY, Mehmet Ali: “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 45-76.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021 (Ortaklıklar Hukuku).
- BAHTİYAR, Mehmet: “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Temsil Yetkisinin Kullanılması ve Devri”, *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu’na Armağan*, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- BALABAN, Mahmut Furkan: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Davası*, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- CEYLAN, Nurgün: “Anonim Şirketlerde Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devrinin Anlamı, Sonuçları ve TTK m. 371 f. 7 ile Karşılaştırılması”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 1, s. 21-38.
- DEMİREL, Duygu: “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 214-250.
- ERİŞ, Gönen: *Anonim Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995.
- HELVACI, Mehmet: “Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 117-118, s. 119-132.
- KAPLAN, İbrahim: “6102 sayılı YTTK Hükümlerine Göre Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Sayı 65, s. 3493-3509.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- KIRCA, İsmail: “TTK m. 371/7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Adım”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 1, Sayı 3, s. 23-37.
- KOÇ, Himmet: “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Hukuki Kurumlarla Olan İlişkisi”, *Medeniyet ve Toplum*, 2017, Cilt 1, Sayı 2, s. 163-186 (İç Yönerge).
- KOÇ, Himmet: *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.
- KUTGİ TAŞAN, Ayşe Selcen: *Anonim Şirketlerde Temsil Yetkisinin Yönetim Kurulu Tarafından Kullanılması*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- KUTLUK, Tansı: *Anonim Şirketlerde Yönetim ve İç Yönerge Hazırlanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- MANAVGAT, Çağlar / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / KIRCA, İsmail: *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.
- OĞUZ, Habip: “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Sayı 28, s. 273-286.
- OKTAY KILIÇ, Duygu: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2016.
- ORAN, Ozan: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu İç Yönergesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- ÖZDAMAR, Mehmet, “6552 Sayılı Kanun ile TTK’da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, s. 137-164.

ÖZER, Akif: “İşletmelerde Stratejinin Önemi Üzerine Değerlendirmeler”, *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, 2015, Sayı 14, s. 69-84.

ÖZKORKUT, Korkut: *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1996.

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (Genel Esaslar).

PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 2, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (Şerh).

ŞENER, Oruç Hami: *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.



Rödovans Sözleşmesi ve Alt İşverenlik İlişkisi^(*)

Legal Relation Between Royalty Contracts and Subcontracting

Burak KARAKOÇ



Araştırma Görevlisi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı



Anahtar Kelimeler

*Maden,
Maden İşletme Hakkı,
Rödovans Sözleşmesi,
Alt İşverenlik,
Hasılat Kirası.*

Öz

Madenler, devletin hükmü ve tasarrufu altında olan, kamu malı niteliğine sahip olduğu ikrâr edilen kaynaklar ve doğal servetlerdir. Devletin tasarrufu altında bulunan madenler, gerekli şartları taşıyanların elde ettiği izinler ve ruhsatlar uyarınca işletilebilir. İşte bu şekilde maden ruhsatından ve doğrudan kanundan doğan hak ve yükümlülüklerin yekûnüne maden hakkı denmektedir.

Maden hakkına sahip olan kişi, maden sahasını direkt olarak kendisi işletebilir veyahut bu hakkın kullanımını üçüncü bir kişiye devredebilir. Bu devir rödovans müessesesi ile mümkündür ve ortaya konulan bir rödovans sözleşmesi ile mevcudiyet kazanır. Öyleyse, ruhsat alanlarındaki madenlerin işletilmesi için üçüncü şahıslara tasarruf hakkı kazandırmak gayesiyle ruhsat alanının bütünü veyahut bir bölümü üzerinde ruhsat sahibi kişilerin bu üçüncü şahıslarla yaptıkları sözleşmeye rödovans sözleşmesi denir. Bu sözleşme maden endüstrisinde yaygın bir şekilde tercih edilen işletim yöntemidir.

Elinizdeki çalışmada, rödovans sözleşmesinin bir alt işverenlik ilişkisi kurup kurmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca Yargıtay'ın yaklaşımı uyarınca rödovans sözleşmesi değerlendirilirken hasılat kirasına ait hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı hususu incelenmiştir. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle; rödovans sözleşmesi, alt işverenlik ve ürün kirası müesseseleri genel hatlarıyla incelenmiş ve netice itibarıyla rödovans sözleşmesinin bir alt işverenlik ilişkisi kurup kurmadığı sorusunun cevabı verilmiştir.

Keywords

*Mine,
Mining Right,
Royalty Contract,
Subcontracting,
Product Rent.*

Abstract

Mines are natural wealth and resources that are under the rule and disposition of the state and are considered to be public property. The mines under possession of the state are operated within the scope of the license and permit given to persons who have necessary conditions. All of the rights and obligations arising from the mining license and directly from the law are called mining rights.

The person who has the right to mine can directly operate the mine field himself; he can also transfer the use of this right to a third party. The contract that the license holders have made with these third parties for the whole or part of the license area to provide the third parties with the right of disposition of the mines in the license fields is called royalty agreement. This agreement is an operating method frequently encountered in the mining sector.

The study examines whether royalty contract establishes a subcontractor relationship or not in accordance with Supreme Court's approach, and whether the provisions of product rent should be applied to royalty contract. Royalty contracts, subcontracting and product lease establishments were examined in general terms and as a result, the question of whether the royalty contract established a subcontractor relationship was answered.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 29.11.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 07.01.2022.

GİRİŞ

Maden kavramı, üzerinde uzlaşılan net bir tanıma sahip değildir. Bununla birlikte maden kavramını genel hatlarıyla; çeşitli doğal faktörler vasıtasıyla taş kürede meydana gelen ve iktisadi değere sahip mineraller, doğal kaynaklar şeklinde tanımlamak mümkündür¹. Maden hukuku ise yukarıda tanımlanan madenlerin aranıp işletilmesi ve çıkarılıp kullanılması aşamalarını düzenleyen bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır². Maden hukukunun odak noktası olan madenlerin tabii kaynak ve servet niteliğine sahip olduğu açıktır.

Maden Kanunu³ düzenlemesi uyarınca maden haklarının bölünmezliği ilkesi asıldır. Rödovans sözleşmesi ile hakların bölünmezliği ilkesi fiilen aşılabilmektedir. Bu sözleşme türü sayesinde madenlerin aranıp işletilmesi hususunda maden ruhsat sahibi, rödovans verene maden arama ve işletme yetkilerini devretmektedir.

Rödovans sözleşmesi ile kurulan ilişkiye alt işverenliğe ilişkin hükümlerin mi yoksa hasılat kira-sına ilişkin hükümlerin mi uygulanması gerektiğine dair Yargıtay'ın muhtelif kararları mevcuttur.

I. MADEN VE MADEN HAKKI

Gerek hukuk gerekse ekonomi alanında önemli bir yere sahip olan madenler için hukukumuzdaki esas hüküm Anayasa'nın 168. madde düzenlemesidir. Anayasa'nın bahsedilen bu hükmü uyarınca “*Tabii kaynaklar ve servetler devletin hükmü ve tasarrufu altındadır*”. Öte yandan maden hukukunun temel düzenlemesi olan Maden Kanunu m. 4'te “*madenlerin, devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu*” düzenleme altına almıştır.

Hukuki açıdan hangi maddelerin maden olarak kabul edileceği hususunda iki farklı yaklaşım mevcuttur. Bunlardan birincisi *tanımlayıcı sistem* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sisteme göre kanunda genel bir maden tanımı yapılmakta olup bu kanuni tanımın kapsamına giren maddeler maden olarak kabul edilmektedir⁴. Hangi maddelerin maden sayılacağına dair yaklaşımlardan ikincisi ise *sayma sistemidir*. Bu sistem uyarınca kanunda genel bir maden tanımı yapılmamakta, fakat maden olarak kabul görececek olan maddeler sınırlı sayı ilkesine göre ismen sayılmaktadır. Bu sisteme göre kanunda ismen belirtilmemiş olan bir madde, maden olarak kabul edilmemektedir⁵.

Maden Kanunu m. 2 düzenlemesinde genel bir maden tanımı yapılmış olup bu tanımın kapsamına giren maddelerin maden olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Türk hukukunda tanımlayıcı sistemin kabul edildiğini göstermektedir⁶.

Maden Kanunu m. 4 ve Anayasa m. 168 gereğince madenler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Maden üzerindeki mülkiyetin kime ait olduğunun belirlenmesi hususunda dünya üzerinde iki sistemin varlığından bahsedilebilir. Bahsi geçen sistemlerden birincisine göre madenler arza tabidir ve bu sebeple madenler buldukları arazilerin mütemmim cüzüdür⁷. Bu sistem Amerika Birleşik Devletleri'nde geçerlidir.

¹ KURT, Hayrettin: *Türk Hukukunda Maden Ruhsatı ve Sicili*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2020, s. 13; ÇEVİKÇELİK, Muradiye: “3213 Sayılı Maden Kanunu Uyarınca Maden Hukukunda Kamulaştırma Usulü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 24, Sayı 1, s. 330; ÇİTİL, Bünyamin: *Tüm Yönleriyle Maden Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, (Maden), s. 42; UYUMAZ, Alper / GÜNGÖR, Fatma: “Rödovans Sözleşmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 19, Sayı 4, s. 147. Maden kavramının tarihi süreç içerisindeki tüm düzenlemelerde nasıl tanımlandığıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. GÜNAY, Ömer: *Maden Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 19 vd.

² GÖĞER, Erdoğan: *Maden Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 1 vd.; ÇİTİL, Bünyamin: “Rödovans Sözleşmesinin Maden Hukukundaki Yeri ve Mali Yükümlülükler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Sayı 39, (Rödovans), s. 216.

³ 15.06.1985 tarihli ve 18785 sayılı Resmî Gazete.

⁴ ERDOĞAN, Kemal: “Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödovans Sözleşmesi Arasındaki Ayırım”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 22, Sayı 1, (Maden Hakkı), s. 98; ÇEVİKÇELİK, Muradiye: *Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (Maden İşletme), s. 21; ÖZDAMAR, Demet: “Maden Hakkı ve Maden İrtifakı”, *M. Tefhik Birsal'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, (Maden Hakkı), s. 319; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 148.

⁵ ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 98; ÇEVİKÇELİK, *Maden İşletme*, s. 21; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 148; ÖZDAMAR, *Maden Hakkı*, s. 319.

⁶ ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 99; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 148.

⁷ TÜRK, H. Sami: “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979, Cilt 36, Sayı 1, s. 83; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 148; ÖZDAMAR, *Maden Hakkı*, s. 322; ÇİTİL, *Maden*, s. 47.

Maden mülkiyetinin kime ait olduğunun belirlenmesindeki ikinci sistem, devletin hakimiyeti sistemidir ve bu sisteme göre madenler kimin arazisi üzerinde bulunursa bulunsun devletin hüküm ve tasarrufu altında olacaktır⁸. Ülkemizde de geçerli olan bu sistem uyarınca devlet, madenlerin sahipliğini özel şahıslara devredemez ve özelleştiremez⁹.

Maden Kanunu, m. 5/I'de maden haklarının bölünmezliği ilkesini kabul etmiştir. Bu düzenlemede bahsi geçen “*ilk müracaat (takaddüm), arama ruhsatı, buluculuk, görünür rezerv geliştirme ve işletme ruhsatı haklarının bütünü tek bir gerçek veya tüzel kişi üzerinde*” toplanmalıdır¹⁰. Ancak maden hakkının bölünmezliği ilkesinin düzenlendiği Maden Kanunu m. 5'in II. fıkrasında, maden arama ve işletme haklarının devrinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır¹¹.

Maden arama ve işletme haklarının devrinde, gayrimenkul mülkiyetinin devrine ilişkin işlemlere benzer şekilde iki ayrı işlem yapılmalıdır ki, bunlardan birincisi borçlandırıcı bir işlemin mevcut olmasıdır¹². Çalışmanın konusu olan rödovans sözleşmesi bu anlamda taraflar arasında devir borcu doğuran bir borçlandırıcı işlemidir. Nitekim Yargıtay da rödovans sözleşmesini, zikredilmiş olan hakların devri noktasında hukuki sebep olarak kabul etmektedir¹³. Maden arama ve işletme hakkının devrinde ihtiyaç duyulan bahsi geçen işlemlerden ikincisi ise tasarruf işlemi yani tescil talebi üzerine maden siciline tescilin yapılması işlemidir¹⁴.

Maden Kanunu m. 5/I'de düzenleme alanı bulan bölünmezlik ilkesinde amaç, “*işletilmesinde kamu yararı mevcut olan madenlerin ekonomik olarak değerlendirilmesini sağlamaktır*”¹⁵. Yukarıda bahsedildiği üzere, maden arama ve işletme haklarının devrinde borçlandırıcı işlem özelliğine sahip olan rödovans sözleşmesi ile hakların bölünmezliği ilkesinin fiilen aşılması söz konusu olmuş ve böylece madencilik sektöründe bir sözleşme ortaya çıkmıştır¹⁶.

II. RÖDOVANS SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Rödovans sözcüğü, aslen Fransızca kökenli olan ve kira bedeli anlamına gelen *redevance* kelimesinden gelmektedir¹⁷. Dilimize de fonetik olarak benzer şekilde geçmiş ve hem öğretilde hem de içtihatlarda kendisine bu şekilde yer bulmuştur¹⁸.

⁸ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 149; TÜRK, s. 84; ÇİTİL, *Maden*, s. 47.

⁹ Danıştayın bu husus hakkındaki görüşü: “... Anayasa'nın 168. maddesinde “tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkı belirli süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletilmesinin devletin gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişilerin eliyle yapılması, yasanın açık iznine bağlıdır. Bu hâlde, gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.” denilmektedir. Maddeye göre, Anayasa'da doğal servetlerin ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu kabul edilerek bunların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri yasaklandığı gibi, bunların arama ve işletme hakkına da sahip olan devletin bu hakkını ancak belirli süre için gerçek veya tüzel kişilere yasanın açık oluru ile devredilebileceği öngörülmektedir. Anayasa'da öngörülen bu durum sosyal, ekonomik ve stratejik önemlerin doğal sonucudur...” Danıştay, I. D., T. 05.03.2004, E. 2004/17, K. 2004/24 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

¹⁰ ÇANKAYA, O. Güven: “Rödovans Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?”, *Kamu-İş*, 2014, Cilt 13, Sayı 3, s. 3; ÖZDAMAR, Demet: “Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri”, *T. Tufan Yüce'ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, (Maden Hakkının Devri), s. 120; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 149.

¹¹ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 149; ÖZDAMAR, *Maden Hakkının Devri*, s. 124.

¹² Bkz. EREN, Fikret: *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 204 vd.

¹³ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 150. Karar için bkz. Yargıtay, 11. HD., T. 06.04.2000, E. 1999/9412, K. 2000/2692 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

¹⁴ Tescil işlemi hakkında detaylı bilgi için bkz. SİRMEN, Lâle: *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 323 vd.

¹⁵ ÇİTİL, *Rödovans*, s. 217; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 149.

¹⁶ BAYCIK, Gaye: “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 127; ÇANKAYA, s. 4; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 217.

¹⁷ AMIKLIOĞLU, Hüseyin: *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, (Rödovans), s. 71; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 150; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 218.

¹⁸ Bkz. Yargıtay, HGK., T. 17.06.2009, E. 2009/229, K. 2009/272 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 10. HD., T. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

Öğretide rödovans, “... *maden ruhsat alanlarının, hukuki hak ve sorumlulukları kendisinde kalması koşuluyla hak sahibi tarafından sözleşme ile özel veya tüzel bir kişiye, bir süre tahsis edilmesi durumunda, maden ocağının işletilmesini üstlenen özel veya tüzel kişinin, esas ruhsat sahibine, ürettiği her bir ton maden için ödemeyi taahhüt ettiği meblağ*”¹⁹ şeklinde ifade edilmektedir.

Maden hakkına sahip kişi ve rödovans verenin yaptığı sözleşme ise rödovans sözleşmesidir. Rödovans sözleşmesi Maden Yönetmeliği²⁰ m. 4/I-aaa’da “[r]uhsat sahalarındaki madenlerin işletilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin, bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler” şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide de yönetmelik düzenlemesine paralel olarak benzer tanımlamalar mevcuttur. Buna göre “rödovans sözleşmesi; ruhsat sahibinin arama ve işletme ruhsatlarından doğan haklarını ve ruhsatlara konu maden sahasını belirli bir kira bedeli karşılığında belirli bir süre için rödovansçıya devretme borcu altına girdiği, bunun karşılığında ise rödovansçının maden sahasını işletme ve rödovans bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme türüdür”²¹.

Yüksek mahkeme kararlarında da birçok kez rödovans sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Bu hususta Yargıtay bir kararında rödovans sözleşmesini “... *maden ruhsat alanlarının sahibi tarafından sözleşme ile özel veya tüzel bir kişiye bir süre terk edilmesi durumunda, maden ocağının işletilmesini üstlenen özel veya tüzel kişinin ruhsat sahibine ürettiği her bir ton maden için ödemeyi taahhüt ettiği bir tür maden kirası*”²² olarak tanımlamıştır. Bir başka Yargıtay kararına göre ise “... *ruhsat sahalarındaki madenlerin üretilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler*”²³ şeklinde tanımlanmıştır.

B. Şekli

Türk Borçlar Kanunu²⁴ m. 12 uyarınca “*sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir*”²⁵. Rödovans sözleşmesinin şekline ilişkin kanuni bir düzenleme olmadığından, rödovans sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu m. 12 uyarınca “herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı” ifade edilebilir²⁶. Yargıtayın da benzer doğrultuda hükümleri mevcuttur²⁷. Fakat belirtmek gerekir ki, taraflar kendi aralarında bu sözleşmenin şekle tabi olması konusunda anlaşabilirler. Bu sebeple taraflar, rödovans sözleşmesini basit yazılı şekilde akdedebilecekleri gibi aynı zamanda noterde onaylama ya da düzenleme şeklinde de yapabileceklerdir²⁸.

¹⁹ ÇANKAYA, s. 2; Yargıtay, 10. HD., T. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

²⁰ 21.09.2017 tarihli ve 30187 sayılı Resmî Gazete.

²¹ AMIKLIOĞLU, Hüseyin: “Rödovans Sözleşmesi ile İşletilen Bir Maden İşletmesinden Doğan Zararlardan Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, Şeref Ertaş’a Armağan, (Maden İşletmesi), s. 1274-1275; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 151; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 105.

²² Yargıtay, 20. HD., T. 22.10.2015, E. 2015/7278, K. 2015/9894 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

²³ Yargıtay, 22. HD., T. 13.04.2015, E. 2015/3744, K. 2015/13328 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

²⁴ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

²⁵ Sözleşmelerde şekil serbestisi hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, (Genel), s. 298; KARAKILIÇ, Hasan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 74 vd.; TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 206 vd.; YILDIRIM, Abdulkerim: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 78 vd.; REİSOĞLU, Safa: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 80 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 115 vd.; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 138 vd.; NOMER, Haluk: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 118 vd.

²⁶ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 157; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 120; AMIKLIOĞLU, *Maden İşletmesi*, s. 1278; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 219.

²⁷ “... herhangi bir şekil şartına tabi olmayan rödovans sözleşmesine...” Yargıtay, 11. HD., T. 08.12.2005, E. 2004/12958, K. 2005/12044 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). “... Rödovans sözleşmesi, maden ruhsatının devrini değil, bu hakkın bir başkasına belirli bir süreyle kullanılmasını amaçlar. Bu sözleşmenin yapılması kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır...” Yargıtay, 22. HD., T. 01.07.2019, E. 2017/23242, K. 2019/14660 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

²⁸ ÇANKAYA, s. 4; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 219-220; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 120; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 157; AMIKLIOĞLU, *Maden İşletmesi*, s. 1278.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, Maden Kanunu'na 04.02.2015 tarihinde 6592 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile getirilen ek 7. madde gereğince “*ruhsat sahipleri ile üçüncü kişiler arasında rödovans sözleşmeleri Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nün iznine tabidir*”. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de bu iznin alınmaması durumunda madencilik faaliyeti durdurulacaktır. Hal böyle olunca, öğretide de isabetli şekilde ifade edildiği üzere, rödovans sözleşmesinin idarenin iznine tabi tutulması şartı, bu sözleşmenin yazılı şekilde akdedilmesi lüzumunu ortaya çıkarmaktadır²⁹. Öyle ki, yazılı bir formatı bulunmayan bir sözleşme hakkında idare tarafından yazılı olarak muvafakat verilmesi imkân dahilinde olmayacaktır. Söz konusu sebeple, rödovans sözleşmesinin var olabilmesi için gerekli koşulan bu izin zorunluluğunun, sözleşmenin yazılı bir biçimde düzenlenmesi gerekliliğini ortaya çıkardığı kanaatindeyiz.

C. Hukuki Niteliği

Rödovans sözleşmesi, tüm hukuki vasıflandırmalarından önce bir özel hukuk sözleşmesidir³⁰. Rödovans sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması hasebiyle bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara medeni hukuk ve borçlar hukuku başta olmak üzere özel hükümlerinin uygulanacağı açıktır³¹.

Rödovans sözleşmesinin kurulabilmesi için maden ruhsat sahibi ve rödovans verenin birbirine uygun, birbirleriyle örtüşen ve karşılıklı irade açıklamalarında bulunmaları yeterlidir³². Bu sebepten rödovans sözleşmesinin bir *rızai sözleşme*³³ olduğu ifade edilmelidir.

Rödovans sözleşmesinde, maden ruhsat sahibi ile rödovans veren arasında bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Bu borç doğurucu özelliğe binaen, ruhsat sahibi maden işletme iznini rödovans verene terk etmek, rödovans veren de eğer sözleşmede bir bedel kararlaştırıldıysa kararlaştırılan bu bedeli (rödovans bedelini) ruhsat sahibine ödeme yükümlülüğü altına girmektedir³⁴.

Bir sözleşmeyi borç yüklenenlerin sayısına göre “*tek tarafa borç yükleyen sözleşme*” ya da “*iki tarafa borç yükleyen sözleşme*” şeklinde tasnife tabi tutmak mümkündür³⁵. Rödovans sözleşmesi ise iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin alt türleri olan “*tam iki tarafa borç yükleyen*” veya “*eksik iki tarafa borç yükleyen*” bir sözleşme olması mümkündür³⁶. Rödovans verene, maden hakkının kullanımı eğer bir bedel karşılığında devredilmişse rödovans sözleşmesi, “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme*” niteliğine kavuşacaktır³⁷. Buna karşılık rödovans sözleşmesinin, rödovans verenden bir bedel alınmadan, bir bedel karşılığı olmadan, bedelsiz, karşılıksız yapılması da imkân dahilindedir ve böyle bir durumda ortaya çıkacak olan rödovans sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği kazanacaktır³⁸.

²⁹ ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 121; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 220.

³⁰ ÇANKAYA, s. 3; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 127.

³¹ ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 127. Nitekim Yargıtay da rödovans sözleşmesini bir özel hukuk sözleşmesi olan kira akdi olarak nitelendirmiş ve rödovans sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların sulh hukuk mahkemesinde çözüme kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir: “... Somut olayda davacı kiraya veren, taraflar arasında imzalanan rödovans sözleşmesine dayanarak tahliye ve kira alacağı isteminde bulunmuştur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, kira ilişkisinden kaynaklandığına göre, görevli mahkeme Sulh Hukuk mahkemesidir...” Yargıtay, 6. HD., T. 08.07.2013, E. 2013/9552, K. 2013/11644 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

³² UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 155; AMIKLIOĞLU, *Maden İşletmesi*, s. 1276; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 127; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 219.

³³ Rızai sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. von TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*, (Çev.) EDEGE, Cevat, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 142; ESENER, Turhan / GÜNDOĞDU, Fatih: *Borçlar Hukuku I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 22; TEKİL, Fahiman: *Borçlar Hukuku*, Yelken Matbaası, İstanbul, 1980, s. 44; ERDOĞAN, İhsan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s. 61; EREN, *Genel*, s. 254.

³⁴ AMIKLIOĞLU, *Maden İşletmesi*, s. 1275; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 127-128; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 155.

³⁵ Tek tarafa ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. CANSSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 63; ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 219-220; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 15-16; AKINCI, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 64-65; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: *Borçlar Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 21-22; YILDIRIM, s. 54-55; von TUHR, s. 139-140; TERCİER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 82-83; TEKİL, s. 43-44; ESENER / GÜNDOĞDU, s. 18 vd.; KARAKILIÇ, s. 46-47; ERDOĞAN, s. 62; OĞUZMAN / ÖZ, s. 45-46; EREN, *Genel*, s. 223 vd.; NOMER, s. 35.

³⁶ ERDOĞAN, Kemal: *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (Rödovans), s. 99-100; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 128.

³⁷ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 155; AMIKLIOĞLU, *Maden İşletmesi*, s. 1275; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 128; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 219.

³⁸ ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 128-129.

Maden hukuku mevzuatında rödovans sözleşmesinin bir bedel karşılığında yapılması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Daha önce de bahsedildiği üzere bedelsiz olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde akdedilmesi mümkündür. Hal böyle iken rödovans sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız şekilde yapılması mümkündür³⁹.

Bir sözleşme kanuni düzenlemeye sahip olup olmaması açısından tipik (isimli) veya atipik (isimsiz) olma özelliklerinden birisini taşıyabilir⁴⁰. Belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin tipik olarak nitelendirilebilmesi için bu sözleşmenin sadece ismen mevzuatta belirtilmiş olması yeterli olmayıp sözleşmenin objektif esaslı unsurları ile hüküm ve sonuçlarının düzenlenmiş olması gerekmektedir⁴¹. Rödovans sözleşmesine ilişkin olarak mevzuattaki düzenlemeler göz önüne alındığında görülecektir ki, ne kanunda ne de ilgili yönetmeliklerde mevcut olan hükümler rödovans sözleşmesine tipiklik kazandıracak ayrıntılara sahiptir⁴². Bu sebeple rödovans sözleşmesinin atipik bir sözleşme olduğunu belirtmekte bir beis bulunmamaktadır.

Öte yandan Maden Kanunu ve ilgili yönetmelikler, rödovans sözleşmesinin tarafları olan, maden ruhsat sahibi ile rödovans verene Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülmeyen birtakım ödevler yüklediğinden rödovans sözleşmesinin karma sözleşme olduğunu belirtmek mümkündür⁴³.

III. RÖDOVANS SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

A. Genel Olarak Karma Nitelikli Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler

Hukuki nitelik başlığı altında rödovans sözleşmesinin karma nitelikli atipik bir sözleşme olduğu belirtilmiştir. Karma nitelikli bir sözleşmeye uygulanması gereken hükümler hususunda öğretilerde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu görüşleri saf dışı (bertaraf) etme teorisi, birleştirme (terkip) teorisi, soğurma (imtisal) teorisi, yaratma ve kıyas (örnekseme) teorisi olarak belirtmek mümkündür⁴⁴.

Bu teorilerden birisi olan bertaraf etme kuramına göre karma tipteki akitlere Türk Borçlar Kanunu'nun ilk iki yüz altı maddesindeki ilgili hükümlerin uygulanması gerekir. Çünkü bir araya getirilen çeşitli sözleşme tipleri birbirini bertaraf eder ve özel sözleşme çeşitlerine ait kurallardan hiçbirini uygulamaz. Birleştirme (terkip) teorisi uyarınca mevcut olan her edime, o edimin ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler uygulanmalı ve her birine ait hukuki neticeler birbirine bağlanmalıdır. Soğurma (imtisal) teorisine göre uyuşmazlık olması halinde, karma sözleşmenin tamamı açısından hangi sözleşme tipine ait unsur daha önemli ise daha önemli olan bu unsurun ait olduğu sözleşme tipinin hükümleri uygulama alanı bulur. Teorilerden sonuncusu olan yaratma ve kıyas (örnekseme) teorisi uyarınca, karma bir sözleşme kanunda düzenlenmemiş olduğundan, özel sözleşmelere ait kurallar karma sözleşmeye doğrudan doğruya değil fakat kıyasen, içerikleriyle uyduğu oranda uygulanır ve gerektiğinde hâkim hukuk yaratır⁴⁵.

³⁹ ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 129. Öğretilerde kimi yazarlara göre rödovans sözleşmesi direkt olarak ivazlıdır bkz. ÇİTİL, *Rödovans*, s. 219; AMIKLIOĞLU, *Maden İşletmesi*, s. 1275.

⁴⁰ Tipik ve atipik sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, (Özel), s. 3 vd.; TERCİER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 80 vd.; KARAKILIÇ, s. 45-46; ERDOĞAN, s. 61; EREN, *Genel*, s. 219 vd.

⁴¹ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 53; ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 11; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, (Özel), s. 947 vd.

⁴² ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 129-130; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 155-156; ÇİTİL, *Rödovans*, s. 220; AMIKLIOĞLU, *Maden İşletmesi*, s. 1274.

⁴³ ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 130; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 156. Buna karşılık Yargıtay bazı kararlarında rödovans sözleşmelerinin kendine özgü bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir: "...Rödovans sözleşmeleri kendine özgü bir sözleşme tipi olmakla birlikte..." Yargıtay, 6. HD., T. 17.03.2010, E. 2010/13548, K. 2010/2942 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 11. HD., T. 04.03.2002, E. 2001/8457, K. 2002/1813 (Lexpera İçtihat Arama Motoru). Bu görüşe, rödovans sözleşmelerine ait unsurların kısmen de olsa mevzuatta düzenlenen sözleşme tiplerinde var olması sebebiyle, katılmamaktayız.

⁴⁴ Teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. YAVUZ, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 28-29; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 20-21.

⁴⁵ Yargıtay bir kararında bu görüşlerden sonuncusunu yani örnekseme teorisini benimsemiştir. Bkz. Yargıtay, HGK., T. 06.10.1982, E. 1982/15-356, K. 1982/817 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

Öğretide çoğunlukla ve dahi tarafımızca savunulan⁴⁶ görüş, ayrıca Yargıtay'ın rödovans sözleşmeleri için uygulanması gereken hükümlerin neler olduğunu ve bu hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini belirttiği muhtelif birçok kararı uyarınca, karma niteliğe sahip olan rödovans sözleşmesine yaratma ve kıyas (örnekseme) teorisi uygulanması doğru olacaktır.

B. Rödovans Sözleşmesine Kıyasen Uygulanan Hükümler

Öğretide ve yargı kararlarında rödovans sözleşmesine kıyasen hangi hükümlerin uygulanacağına dair iki görüş ileri sürülmüştür⁴⁷. Bunlardan birincisine göre rödovans sözleşmesine iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar mevcut olduğunda İş Kanunu'nda⁴⁸ düzenlenmiş olan alt işverenlik sözleşmesine ait hükümler kıyas yoluyla uygulanmalıdır⁴⁹.

Konu borçlar hukuku açısından ele alındığında, uyuşmazlık iş hukukundan kaynaklanmıyorsa, görüşlerden ikincisi uyarınca rödovans sözleşmelerine hasılat (ürün) kirasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır⁵⁰. Rödovans sözleşmesinin hukuki niteliği anlatılırken belirtildiği üzere, bir rödovans sözleşmesi ivazlı veya ivazsız şekilde akdedilebilir. Uygulamada rödovans sözleşmesi çoğunlukla ivazlı şekilde akdedildiğinden, yani maden hakkının kullanımı bir bedel karşılığı devredildiğinden, hasılat (ürün) kirasına ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacaktır⁵¹. Öğretide, rödovans sözleşmesi ivazsız şekilde akdedilirse bu rödovans sözleşmesine kullanım ödücü (ariyet) sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulama alanı bulması gerektiğine dair görüş bulunmaktadır⁵².

1. Asıl İşveren-Alt İşveren Hükümleri Açısından

Öğretide ve yargı kararlarında rödovans sözleşmesine kıyasen hangi hükümlerin uygulanacağına dair iki görüş bulunduğu daha önceden değinilmişti. Buna göre rödovans sözleşmesine, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar mevcut olduğunda, İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan alt işverenlik⁵³

⁴⁶ Öğretide, karma nitelikli sözleşmelere yaratma ve kıyas (örnekseme) teorisinin uygulanması hakkında detaylı bilgi için bkz. ZEVKİLİLER / GÖKYAYLA, s. 21; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 159; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 131.

⁴⁷ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 159; ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 131.

⁴⁸ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁹ ÇANKAYA, s. 19; "... davalılar ... arasındaki ilişkinin 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesi gereğince alt işveren-üst işveren ilişkisi olarak değerlendirilmeye gerektiği açık ve seçiktir..." Yargıtay, 21. HD., T. 26.01.2010, E. 2009/12236, K. 2010/620 (Lexpera İçtihat Arama Motoru). "... taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, bir başka ifade ile, asıl işveren-taşeron ilişkisi olup olmadığı saptanarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir..." Yargıtay, 10. HD., T. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁵⁰ ÇİTİL, *Rödovans*, s. 223; ÇANKAYA, s. 19; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 164; AMIKLIOĞLU, *Rödovans*, s. 91. "... rödovans sözleşmesinde maden işletme ruhsatı sahibinin ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmındaki işletme iznini belirli bir süre başkasına devretmesi ve karşılığında genellikle çıkarılan madenin belirli bir miktarı kadar bedeli rödovans bedeli olarak alması söz konusu olup bu sözleşme bir nevi hasılat kirası olarak kabul edilmektedir..." Yargıtay, 22. HD., T. 13.04.2015, E. 2015/3744, K. 2015/13328 (Lexpera İçtihat Arama Motoru). "... Kira alacağının (rödovans bedelinin) tahsiline dair davanın..." Yargıtay, 14. HD., T. 28.06.2010, E. 2010/6528, K. 2010/7372 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). "... Rödovans sözleşmeleri, hasılat kira sözleşmelerinin bir türüdür..." Yargıtay, 6. HD., T. 21.10.2013, E. 2013/1827, K. 2013/13962 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay, 14. HD., T. 23.10.2009, E. 2009/8474, K. 2009/11535 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 14. HD., T. 15.01.2008, E. 2007/12869, K. 2008/51 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁵¹ "... Taraflar arasındaki 15.2.1986 günlü rödovans sözleşmesi hasılat kira sözleşmesinin bir türüdür..." Yargıtay, 14. HD., T. 20.02.2007, E. 2007/111, K. 2007/1552 (Lexpera İçtihat Arama Motoru). "... Taraflar arasında varlığı çekişmesiz olan 15.03.2005 tarihli sözleşme, hasılat kira sözleşmelerinin bir türü olan rödovans sözleşmesidir..." Yargıtay, HGK., T. 23.10.2013, E. 2013/14-215, K. 2013/1487 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay, 14. HD., T. 21.10.2008, E. 2008/7969, K. 2008/12073 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay, 6. HD., T. 24.06.2015, E. 2015/1298, K. 2015/6363 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁵² ERDOĞAN, *Maden Hakkı*, s. 134; ERDOĞAN, *Rödovans*, s. 112.

⁵³ Asıl işveren, alt işveren ve bunlar arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. ESENER, Turhan: *İş Hukuku*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 78; SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 157 vd.; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, 33. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 104 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1*, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020, s. 44; EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 32 vd.; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 111 vd.; GÜNAY, C. İlhan: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 75 vd.; SÜMER, H. Hadi: *İş Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 16 vd.; SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 56 vd.; UŞAN, M. Fatih / ERDOĞAN, Canan: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 60 vd.; AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 68; POYRAZ, Seç-

sözleşmesine ait hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı Yargıtay tarafından muhtelif kararlarda hüküm altına alınmıştır⁵⁴.

İş Kanunu m. 2/VI hükmünde “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir*” şeklinde tanımlama yapılmaktadır. Ayrıca Alt İşveren Yönetmeliği’nde⁵⁵ de alt işveren tanımı yapılmıştır. Alt İşveren Yönetmeliği m. 3/I-a maddesinde alt işveren, “[*b*]ir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” şeklinde öngörülmüştür. Nitekim Yargıtay da asıl işveren-alt işveren ilişkisini, İş Kanunu ve Alt İşveren Yönetmeliği düzenlemelerine paralel şekilde hüküm altına almıştır⁵⁶.

Alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için belirli unsurların mevcudiyeti gerekmektedir. Bu unsurların; iki farklı işverenin mevcudiyeti, asıl işverenin işyerinde malzeme ya da hizmet üretimine dair faaliyetler yürüten kendi işçilerinin de bulunması, alt işverenin üstlendiği işin ya işyerinde yapılan malzeme ya da hizmet üretimine dair yardımcı iş veya asıl işin bir kısmında işletmenin ve işin gerekleri ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir iş olması, çalışanların salt asıl işverenden alınan işte çalışması, asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaa bulunmaması, alt işverenlik sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmesi, alt işverenin önceden söz konusu işyerinde çalışan bir kişi olmaması, alt işverene verilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılması, alt işverenin üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini yalnız bu işte çalıştırması olarak sayılması mümkündür⁵⁷.

Rödovans sözleşmesinde bir alt işverenlik ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespiti, işçilik hakları konusunda hayati önem arz etmektedir. Kanunen geçersiz olmayan bir alt işverenlik sözleşmesinin mevcut olması halinde alt işverene bağlı çalışanların hakları, prim ve sair alacaklarına ilişkin olarak asıl işveren alt işverenle birlikte İş Kanunu m. 2/VI uyarınca müteselsil sorumluluk altına girecektir⁵⁸. Aksi halde, yani bir alt işverenden söz edilemeyeceği durumlarda, tek işverenin varlığı ve sorumluluğu gündeme gelecektir.

can: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 19-20; BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: *Bireysel İş Hukuku Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 34; YENER, M. Zahid: *İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 33; HEKİMLER, Alpay: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi”, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Temmuz 2012, s. 2-3; ŞAFAK, Can: “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 51, 2004, s. 112 vd.; TOZLU, Ahmet / ERASLAN M. Tarık: “Türkiye’de Alt İşverenlik Uygulaması”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 84, 2012, s. 47 vd.; BAYBORA, Dilek: “İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2010, s. 21 vd.; AYDIN, Ufuk: 6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2015, s. 10-11.

⁵⁴ Yargıtay, 21. HD., T. 26.01.2010, E. 2009/12236, K. 2010/620 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 10. HD., T. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁵⁵ 27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁶ “... Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir...” Yargıtay, HGK., T. 29.04.2015, E. 2015/22-772, K. 2015/1280 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷ AKYİĞİT, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 61 vd.; SÜZEK, s. 158 vd.; SÜMER, s. 17 vd.; UŞAN / ERDOĞAN, s. 62 vd.; ÇANKAYA, s. 10 vd.; ÇELİK / CANIKLIOĞU / CANBOLAT, s. 109 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 45 vd.; SENYEN-KAPLAN, s. 57 vd.; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN / BASKAN, s. 34 vd.; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 113 vd.

Yargıtay da muhtelif birçok kararında bu unsurları hüküm altına almıştır: Yargıtay, 9. HD., T. 01.11.2010, E. 2010/36161, K. 2010/31045 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay, 7. HD., T. 07.03.2013, E. 2013/2572, K. 2013/2349 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay, 9. HD., T. 26.03.2019, E. 2016/7535, K. 2019/6862 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 9. HD., T. 01.07.2019, E. 2016/5678, K. 2019/14612 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 9. HD., T. 13.11.2019, E. 2016/8584, K. 2019/19835 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 22. HD., T. 10.05.2016, E. 2015/34211, K. 2016/14219 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 22. HD., T. 13.04.2015, E. 2015/3744, K. 2015/13328 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 10. HD., T. 09.10.2017, E. 2015/19229, K. 2017/6480 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁵⁸ ÇANKAYA, s. 10.

Daha önce bahsedildiği üzere Yargıtay, iş hukuku kaynaklı uyumsuzluklarda rödovans sözleşmesine alt işverenliğe ilişkin hükümlerin uygulanacağını birçok kararında hüküm altına almıştır⁵⁹. Rödovans sözleşmesinde, sahipliği devlet nezdinde bulunan bir madenin arama/işletme iznini alanların söz konusu hakları başka bir kişiye devri bulunduğundan, her rödovans sözleşmesinde birbirinden bağımsız iki işverenden söz edilemeyecektir⁶⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ruhsat sahibinin üzerinde arama ve işletme iznini devrettiği o madende işçi çalıştırması veya üretimi denetleme yetkisine sahip olması halinde, alt işveren ilişkisi kurma şartlarının yerine getirildiğini belirtmek mümkün değildir. Bu sebeplerle Yargıtayın bu yaklaşımına katılmamaktayız.

2. Hasılat (Ürün) Kirası Hükümleri Açısından

Rödovans sözleşmelerine büyük bir çoğunlukla hükümleri kıyasen uygulanan hasılat (ürün) kirası, kira sözleşmesinin bir çeşididir. Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesi uyarınca kira sözleşmesi⁶¹, “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Kira sözleşmesi ise kira konusu eşyanın menkul veya gayrimenkul niteliğine göre, kira süresinin belirli olup olmamasına göre, kira konusu eşyanın hasılat sağlayan bir mal niteliği taşıyıp taşıyamamasına göre tasnife tabi tutulabilir. Çalışmamızın konusu olan rödovans sözleşmesine, kıyasen uygulanan hükümler hasılat (ürün) kirasına ilişkin düzenlemeler olduğundan, kira sözleşmesi çeşitlerinden sadece hasılat (ürün) kirasının üzerinde durulacaktır.

Şayet bir ürün getirmeyen, sadece kullanılmak üzere bir menkul veyahut gayrimenkul kira sözleşmesine konu olursa olağan (basit, adi) kira söz konusu olur⁶². Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu m. 357’de ürün kirası⁶³, “*kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme...*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere sözleşme, ödenen bedel karşılığında kiracının kiralanan şeyi kullanarak veya işleterek bir hasılat (ürün) elde etmesi amacı ile akdedilir. Hasılat (ürün) kirası, “*tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli borç doğuran, rızai, ivazlı bir sözleşmedir*”⁶⁴.

Rödovans sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu’nda veya Türk Medeni Kanunu’nda özel bir sözleşme türü şeklinde düzenlenmediğinden ve de karma nitelikli bir sözleşme olması sebebiyle, bu sözleşmeye kıyasen uygulanacak hükümlerden, daha önce bahsedildiği üzere, rödovans sözleşmesinin çoğunlukla borçlar hukuku düzleminde bir hasılat kirası sözleşmesi olduğu ileri sürülmekte ve yüksek mahkeme kararları da rödovans sözleşmesinin borçlar hukuku düzleminde bir hasılat kirası sözleşmesi olduğuna hükmetmektedir⁶⁵.

Özetle hasılat kirası, kiralayan kişinin hasılat kiracısına bir bedel karşılığında hasılat getiren bir hakkın kullanımını terk ettiği ve hasılat temin etme imkânı ortaya çıkardığı bir sözleşme tipidir⁶⁶. Ha-

⁵⁹ Yargıtay, 21. HD., T. 26.01.2010, E. 2009/12236, K. 2010/620 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); Yargıtay, 10. HD., T. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁶⁰ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 160; ÇANKAYA, s. 15.

⁶¹ Kira sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 182 vd.; TÜREL, Erol: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmeleri Cilt 1*, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s. 10 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 185 vd.; EREN, *Özel*, s. 313 vd.; ARAL / AYRANCI, s. 256 vd.; YAVUZ, s. 369 vd.; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 263 vd.; GÜMÜŞ, *Özel*, s. 225 vd.

⁶² ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 191; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 265; ÇANKAYA, s. 7; ARAL / AYRANCI, s. 256.

⁶³ Hasılat (ürün) kirası hakkında detaylı bilgi için bkz. TÜREL, Erol: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmeleri Cilt 2*, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s. 237 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 191; EREN, *Özel*, s. 435 vd.; YAVUZ, s. 703 vd.; AKINTÜRK/A TEŞ KARAMAN, s. 265-266.

⁶⁴ ÖZTÜRK, Gülay: *Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 49-50; EREN, *Özel*, s. 436-437; YAVUZ, s. 704.

⁶⁵ ÇİTİL, *Rödovans*, s. 223; ÇANKAYA, s. 15. “... Rödovans sözleşmesine Maden Kanunu’nda özel bir düzenleme olmadığı için Borçlar Kanunu’nun ... ve devamı maddelerinde düzenlenen “hasılat kirasına” ait hükümler uygulanır...” Yargıtay, 10. HD., T. 18.10.2010, E. 2009/6050, K. 2010/13806 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁶⁶ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 164.

sılat (ürün) kirasının bu tanımı ve de rödovans sözleşmesinin tanımı dikkate alındığında, rödovans sözleşmesinin hasılat (ürün) kirasına benzetilmesi mümkün olacaktır. Kaldı ki Yargıtayın da bu hususta vermiş olduğu kararların artık istikrar ve süreklilik arz ettiği, çalışmamızın tamamı göz önüne alındığında gözler önüne serilmiş olacaktır.

IV. RÖDOVANS SÖZLEŞMESİ ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ KURAR MI?

Rödovans sözleşmesine, öğretide ve uygulamada üzerinde mutabık kalındığı üzere, kıyasen uygulanacak hükümlerin alt işverenlik ilişkisi hükümleri ve hasılat (ürün) kirası hükümleri olduğunu daha önce belirtmiştik. Alt işverenlik münasebetinin meydana gelebilmesi için belirli unsurların mevcudiyeti gerektiği ve bu unsurların neler olduğu önceki başlıklarda incelenmiştir.

Alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için aranan bu unsurlar göz önüne alındığında görülecektir ki rödovans sözleşmesi, alt işverenlik ilişkisi ortaya çıkartabilecek unsurlara sahip değildir. Zira her şeyden önce rödovans sözleşmesi ile maden işletme hakkının devri söz konusu olduğundan alt işveren ilişkisinde olduğu gibi biri alt işveren sıfatını, diğeri asıl işveren sıfatına sahip olmak üzere iki farklı işverenin varlığı söz konusu olmayacaktır⁶⁷.

Öte yandan alt işveren ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için gerekli unsurlardan bir diğeri de bir işin, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü malzeme ya da hizmet üretimine dair yardımcı işlerinde veyahut asıl işin bir kısmında işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işverene verilmiş olmasıdır. Rödovans sözleşmesi ile maden ruhsatlı sahanın bütünü ya da bir bölümü başkasına verilebilir. Hal böyle olunca rödovans sözleşmesinin taraflarından biri olan rödovans veren, sözleşmeye konu ruhsatlı sahada gerçekleştirilecek olan maden arama ve işletme işinin tamamını bir bütün halinde devralmaktadır. Böylece asıl işin bir kısmında işin gereği teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin ya da bir yardımcı işin varlığından bahsetme imkânı olmadığı için, rödovans sözleşmesinin alt işverenlik ilişkisinin unsurlarını ihtiva ettiğini söylemek mümkün değildir⁶⁸.

Bilindiği üzere İş Kanunu m. 2/VI *“bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”* hükmünü amirdir. Bu hüküm uyarınca eğer bir alt işverenlik ilişkisi mevcut ise, asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Alt işverenlik ile ilgili bu hükmün aksine maden hukuku mevzuatımızda maden hakkını rödovans verene devreden ruhsat sahibinin, rödovans verenin işçilerinin haklarından ve onlara karşı olan yükümlülüklerden sorumlu olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁹. Kaldı ki Maden Kanunu ek m. 7/III bu durumun tam tersini düzenlemektedir: *“Maden ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödovans sözleşmelerinde, bu alanlarda yapılacak madencilik faaliyetlerinden doğacak İş Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili idari, mali ve hukuki sorumluluklar rödovansçıya aittir. Ancak bu durum ruhsat sahibinin Maden Kanunundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz”*. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere bahsedilen hak ve sorumluluklardan rödovans verenin sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Rödovans sözleşmesi yapılırken maden ruhsat sahibinin maden işletme ruhsatını bir diğer kişiye devretmesi iki şekilde mümkündür. Bu yollardan birincisi uyarınca ruhsat sahibi, maden işletme ve

⁶⁷ UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 160; ÇANKAYA, s. 15; Yargıtay, 22. HD., T. 01.07.2019, E. 2017/23242, K. 2019/14660 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁶⁸ *“... Davaya konu olayda alt işverene verilen iş, Eyzec yeraltı sahalarında kömür üretme işidir. Söz konusu üretim işi bir bütün halinde alt işverene verilmiştir. Asıl işveren söz konusu kömür üretim işinde işçi çalıştırmamaktadır. Bu hususta herhangi bir tartışma bulunmamakta ve mevcut durum mahkeme tarafından da kabul edilmektedir. Dolayısıyla alt işverenlik ilişkisinin veya sözleşmesinin iki temel kurucu unsuru somut olayda mevcut değildir...”* Yargıtay, 22. HD., T. 10.05.2016, E. 2015/34211, K. 2016/14219 (Lexpera İçtihat Arama Motoru).

⁶⁹ ÇANKAYA, s. 16.

üretim yönünden herhangi bir faaliyette bulunmadan maden işletme hakkını üçüncü bir kişiye (rödovans verene) rödovans sözleşmesi ile devretmekte ve rödovans veren işyerine bizzat kendisi işçi olarak işletme ve üretim faaliyetlerine başlayıp bunları sürdürmektedir⁷⁰. Hal böyle olunca ruhsat sahibi hiçbir şekilde işletme faaliyetinde bulunmamakta ve hiç işçi çalıştırmamaktadır. Bu sebeple ruhsat sahibinin işveren sıfatına sahip olmadığı ortada olup alt işverenlik ilişkisinin mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir.

Rödovans ile devirin ikinci yolu, ruhsat sahibinin maden sahasını işletmeye başlamış, işçi çalıştırmış, fakat bu noktadan sonra söz konusu sahayı devretmiş olması halidir ki böylece ruhsat sahibi devir esnasında işletmede var olan makine ve aletleri rödovans verene kullanması için bırakmış, devre konu sahadan tamamen çekilmiş olur⁷¹. Bu halde, ruhsat sahibi, sadece ürün denetleme, ürünü teslim alma ve kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirme amacıyla üretime yönelik olmayan işçi bulundurma yetkilerine sahip olup bu durumun da alt işveren ilişkisi oluşturduğunu ifade etmek mümkün olmayacaktır. Görüldüğü üzere bu iki halde de bir alt işverenlik ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir⁷².

Rödovans sözleşmesinde tek işveren vardır o da rödovans verendir. İşyerinin rödovans uyarınca devredilmesiyle ruhsat sahibinin kendine ait bir işyeri söz konusu olmayacaktır⁷³. Kısaca, maden hukuku mevzuatına uygun bir şekilde akdedilen bir rödovans sözleşmesi, alt işverenlik ilişkisinin unsurlarını taşımamaktadır. Bu sebeple, öğretide ve içtihatlarda çoğunlukla savunulduğu ve halihazırda uygulandığı üzere, rödovans sözleşmesine hasılat kirası düzenlemelerinin tatbik edilmesi gerekmektedir. Rödovans sözleşmesi bir alt işverenlik ilişkisi kurmaz.

SONUÇ

Maden kavramı, çeşitli doğal etmenlerle taş kürede meydana gelen ve iktisadi değere sahip olan minerallerdir. Maden hukuku ise madenlerin aranıp işletilmesi ve çıkarılıp kullanılması aşamalarını düzenleyen bir hukuk dalıdır. Anayasa m. 168 uyarınca tabi kaynaklar ve dahi madenler ile servetler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Hukuki açıdan hangi maddelerin maden olarak kabul edileceği hususunda iki farklı yaklaşımdan birincisi olan *tanımlayıcı sisteme* göre, kanunda genel bir maden tanımı yapılmakta olup bu kanuni tanımın kapsamına giren maddeler maden olarak kabul edilmektedir. İkinci sistem olan *sayma sisteme* göre ise kanunda genel bir maden tanımı yapılmamakta, fakat maden olarak kabul görececek olan maddeler sınırlı sayı ilkesine göre ismen sayılmaktadır. Bu sisteme göre kanunda ismen belirtilmemiş olan bir madde, maden olarak kabul edilmemektedir. Maden Kanunu'nda genel olarak bir maden tanımı yapılmış olması hasebiyle Türk hukukunda tanımlayıcı sistem kabul edilmiştir.

Maden mülkiyetinin kime ait olduğunun belirlenmesi hususunda dünya üzerinde yine iki sistemin varlığı söz konusudur. İlk sisteme göre madenler arza tabidir ve bu sebeple madenler buldukları arazilerin mütemmim cüzüdürler. İkinci sistem ise devletin hakimiyeti sistemidir ve bu sisteme göre madenler kimin arazisi üzerinde bulunursa bulunsun devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Ülkemizde de geçerli olan bu sistem uyarınca devlet, madenlerin mülkiyetini özel kişilere devredemez ve madenleri özelleştiremez.

⁷⁰ KÖYSÜREN GENÇ, Sultan: "Rödovans Sözleşmeleri ve Ruhsat Sahibinin Sorumluluğunun İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 379; UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 160-161.

⁷¹ ÇANKAYA, s. 16; KÖYSÜREN GENÇ, s. 379.

⁷² "... geçerli bir rödovans sözleşmesinin varlığı durumunda, ruhsat sahibi ile rödovansçı arasındaki ilişkinin niteliği başından itibaren aynıdır. Bu ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlamasına uygun olmadığı açıktır..." Yargıtay, 22. HD., T. 13.07.2020, E. 2017/9608, K. 2020/9495 (Lexpera İçtihat Arama Motoru). Aynı yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay, 22. HD., T. 01.07.2019, E. 2017/23242, K. 2019/14660 (Lexpera İçtihat Arama Motoru); UYUMAZ / GÜNGÖR, s. 161.

⁷³ ÇANKAYA, s. 17.

Maden Kanunu düzenlemesi uyarınca maden haklarının bölünmezliği ilkesi esastır. Rödovans sözleşmesi ile hakların bölünmezliği ilkesinin fiilen aşılması söz konusudur ve bu sözleşme türü sayesinde madenlerin aranıp işletilmesi hususunda maden ruhsat sahibi, rödovans verene maden arama ve işletme yetkilerini devretmektedir.

Rödovans sözleşmesi, ruhsat sahalarındaki madenlerin işletilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı veya bir bölümü için ruhsat sahiplerinin bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmelerdir. Rödovans sözleşmesinin şekline ilişkin kanuni bir düzenleme olmadığından, bu sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu m. 12 uyarınca kabul edilen şekil serbestisi gereği herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı ifade edilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, Maden Kanunu'na getirilen ek 7. madde hükmü gereği rödovans sözleşmelerinin geçerliliği genel müdürlüğün iznine tabi hale getirilmiştir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak idarenin yazılı izninin alınmasına tabi bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmelidir.

Rödovans sözleşmesi, rızaî niteliğe sahip bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşme ile maden ruhsat sahibi ve rödovans veren arasında bir borç ilişkisi kurulduğundan, rödovans sözleşmesi borç doğurucu niteliğe de sahip olmaktadır. Rödovans sözleşmesi ivazlı veya ivazsız yapılabileceği için maden hakkının kullanımı rödovans verene bir bedel karşılığında devredilmişse rödovans sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği gösterecektir. Fakat rödovans sözleşmesinin rödovans verenden bir bedel alınmadan yapılması da mümkündür ve bu durumda rödovans sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği kazanır. Öte yandan rödovans sözleşmesine ilişkin olarak mevzuattaki düzenlemeler göz önüne alındığında ne kanunda ne de ilgili yönetmeliklerde mevcut olan hükümler rödovans sözleşmesine tipiklik kazandıracak ayrıntılara sahip olduğundan, rödovans sözleşmesinin atipik (isimsiz) bir sözleşme olduğu ifade edilebilir. Ayrıca taraflara yüklenen ödevler bakımından rödovans sözleşmesi karma nitelikte bir sözleşmedir.

Karma nitelikli sözleşmelere uygulanabilir hükümler açısından saf dışı (bertaraf) etme teorisi, birleştirme (terkip) teorisi, soğurma (imtisas) teorisi, yaratma ve kıyas (örnekseme) teorileri söz konusudur. Bertaraf etme teorisine göre karma tipli sözleşmelere Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gerekir. Birleştirme (terkip) teorisi uyarınca mevcut olan her edime, o edimin ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler uygulanmalı ve her birine ait hukuki neticeler birbirine bağlanmalıdır. Soğurma (imtisas) teorisine göre uyuşmazlık olması halinde karma sözleşmenin tamamı açısından hangi sözleşme tipine ait unsur daha önemli ise daha önemli olan bu unsurun ait olduğu sözleşme tipinin hükümleri uygulama alanı bulur. Yaratma ve kıyas (örnekseme) teorisi uyarınca, karma bir sözleşme kanunda düzenlenmemiş olduğundan, özel sözleşmelere ait kurallar karma sözleşmeye doğrudan doğruya değil fakat kıyasen, içerikleriyle uyduğu oranda uygulanır ve gerektiğinde hâkim hukuk yaratır. Tarafımızca da kabul edilen ve öğretisi ile Yargıtay'ın da paralel düşünceye sahip olduğu üzere rödovans sözleşmesine yaratma ve kıyas (örnekseme) teorisi uygulanmalıdır.

Yaratma ve kıyas (örnekseme) teorisinin uygulanacağı karma nitelikli rödovans sözleşmesinde iş hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarda alt işveren hükümleri, borçlar hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarda hasılat (ürün) kirası hükümlerinin uygulanacağı Yargıtay kararlarında hüküm altına alınmıştır. Hasılat (ürün) kirası; kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği kira sözleşmesi türüdür. Alt işveren ilişkisi ise bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan hukuki kurumdur. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için iki ayrı işverenin bulunması, asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçilerinin de bulunması, alt işverenin aldığı işin ya işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık

gerektiren bir iş olması, işçilerin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması, asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaa bulunmaması, alt işverenlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmaması, alt işverene verilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılması, alt işverenin aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işte çalıştırması gerekmektedir.

Hasılat (ürün) kirası ve alt işverenlik tanımları ile alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli şartlar göz önüne alındığında, rödovans sözleşmesinin alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli unsurları taşımadığı açıkça göze çarpmaktadır. Bu sebeple rödovans sözleşmesinin bir alt işverenlik ilişkisi kurduğunu söylemek mümkün değildir. Tarafımızca da savunulduğu, öğretilde belirtildiği ve Yargıtay tarafından uygulandığı üzere, rödovans sözleşmesine hasılat (ürün) kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: *Borçlar Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- AKYİĞİT, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AMIKLIOĞLU, Hüseyin: “Rödovans Sözleşmesi ile İşletilen Bir Maden İşletmesinden Doğan Zararlardan Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, Şeref Ertaş’a Armağan, s. 1271-1303 (Maden İşletmesi).
- AMIKLIOĞLU, Hüseyin: *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016 (Rödovans).
- ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- AYDIN, Ufuk: 6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2015, Cilt 5, Sayı 1, s. 9-31.
- BAYBORA, Dilek: “İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, 2010, Cilt 2, Sayı 2, s. 19-26.
- BAYCIK, Gaye: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: *Bireysel İş Hukuku Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 2*. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÇANKAYA, O. Güven: “Rödovans Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?” *Kamu-İş*, Cilt 13, Sayı 3, s. 1-21.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, 33. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇEVİKÇELİK, Muradiye: “3213 Sayılı Maden Kanunu Uyarınca Maden Hukukunda Kamulaştırma Usulü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 19, Sayı 1, s. 329-360.
- ÇEVİKÇELİK, Muradiye: *Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 (Maden İşletme).
- ÇİTİL, Bünyamin: “Rödovans Sözleşmesinin Maden Hukukundaki Yeri ve Mali Yükümlülükler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Cilt 11, Sayı 39, s. 215-242 (Rödovans).
- ÇİTİL, Bünyamin: *Tüm Yönleriyle Maden Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Maden).
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ERDOĞAN, İhsan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.
- ERDOĞAN, Kemal: “Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödovans Sözleşmesi Arasındaki Ayırım”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 22, Sayı 1, s. 95-141 (Maden Hakkı).
- ERDOĞAN, Kemal: *Rödovans Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 (Rödovans).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Genel).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Özel).
- EREN, Fikret: *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ESENER, Turhan / GÜNDOĞDU, Fatih: *Borçlar Hukuku I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

- ESENER, Turhan: *İş Hukuku*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- GÖĞER, Erdoğan: *Maden Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (Özel).
- GÜNAY, C. İlhan: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÜNAY, Ömer: *Maden Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- HEKİMLER, Alpay: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi”, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 2, s. 1-10.
- KARAKILIÇ, Hasan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- KÖYSÜREN GENÇ, Sultan: “Rödovans Sözleşmeleri ve Ruhsat Sahibinin Sorumluluğunun İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 100, s. 374-381.
- KURT, Hayrettin: *Türk Hukukunda Maden Ruhsatı ve Sicili*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2020.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1*, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020.
- NOMER, Haluk: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZDAMAR, Demet: “Maden Hakkı ve Maden İrtifakı”, *M. Tevfik Birsal'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 319-335 (Maden Hakkı).
- ÖZDAMAR, Demet: “Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri”, *T. Tufan Yüce'ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 119-148 (Maden Hakkının Devri).
- ÖZTÜRK, Gülay: *Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- POYRAZ, Ercan: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- REİSOĞLU, Safa: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- SİRMEN, Lâle: *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- SÜMER, H. Hadi: *İş Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ŞAFAK, Can: “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 51, s. 111-132.
- TEKİL, Fahiman: *Borçlar Hukuku*, Yelken Matbaası, İstanbul, 1980.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- TOZLU, Ahmet / ERASLAN M. Tarık: “Türkiye’de Alt İşverenlik Uygulaması”, *Sayıştay Dergisi*, 2012, Sayı 84, s. 45-62.
- TÜREL, Erol: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmeleri, Cilt 1*, Legal Yayınları, İstanbul, 2015.
- TÜREL, Erol: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmeleri, Cilt 2*, Legal Yayınları, İstanbul, 2015.
- TÜRK, H. Sami: “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979, Cilt 36, Sayı 1, s. 83-119.
- UŞAN, M. Fatih / ERDOĞAN, Canan: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- UYUMAZ, Alper / GÜNGÖR, Fatma: “Rödovans Sözleşmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 19, Sayı 4, s. 145-185.
- von TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*, (Çev.) EDEGE, Cevat, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.
- YAVUZ, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10 Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- YENER, M. Zahid: *İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- YILDIRIM, Abdülkerim: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi^(*)

*The Evaluation of the Amendments Made with the Law Number 7251 Regarding
the Trials by Voice and Video Transmission within the Scope of Direction Principle*

Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU  

Araştırma Görevlisi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı



Anahtar Kelimeler

*Ses ve Görüntü Nakli,
Doğrudanlık,
Duruşma,
Videokonferans,
E-Duruşma.*

Öz

Bu çalışmada 7251 sayılı “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ve “Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik” ile duruşmalarla ilgili yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin doğrudanlık ilkesi ile ilişkisi incelenmiştir. Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alsa da uzun yıllar uygulaması yapılamamıştır. Kanun’da yapılan değişiklik ve Yönetmelik ile ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım uygulanmaya başlanmıştır.

Çalışmada öncelikle genel olarak doğrudanlık ilkesi, ses ve görüntü nakline ilişkin mevzuat, ses ve görüntü nakli usulü ve ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın olumlu ve olumsuz yönleri incelenmiştir. Daha sonra son dönemde hukuk yargılamasında e-duruşma konusunda gelişim ve eğilimi üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın son kısmında ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yapılan değişiklikler, kanun değişikliklerinin değerlendirilmesi, sorunlar ve çözüm önerilerine değinilmiştir.

Keywords

*Audio and Video
Transmission,
Directness,
Trial,
Videoconference,
E-Trial.*

Abstract

In this article, the amendments made regarding the trials with the Law No. 7251 and the Regulation on the Conduct of the Trials by Transmission of Sound and Video in Civil Procedures and the relationship of these changes with the principle of directness were examined. Although participation in trials through audio and video transmission is included in the Code of Civil Procedure, it has not been implemented for many years. With the amendment made in the law and regulation, participation in the hearings through audio and video transmission has started to be implemented.

In the study, firstly, the principle of directness, audio and video transmission legislation, audio and video transmission procedure and the positive and negative aspects of audio and video transmission were examined. Then, the recent development and trend of e-trial in civil proceedings are emphasized. In the last part of our study, the changes made in the Code of Civil Procedure, the evaluation of the changes in the law, the problems and solution proposals are mentioned.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 21.12.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 18.01.2021.

I. GENEL OLARAK DOĞRUDANLIK İLKESİ

Doğrudanlık diğer bir söyleyişle “vasıtasızlık”, “yüz yüzelik” ya da “doğrudan doğrualık” ilkesi, medeni usûl hukukunun en temel ilkelerinden biridir. Yalnızca medeni usûl hukuku alanında değil, ceza hukukunda da karşılık bulan bu ilke; davanın açılmasından hüküm verilmesine kadar, yargılama ve özellikle delil toplama evrelerinin hâkimin gözetim ve denetiminde yapılmasını ifade eder¹. Doğrudanlık ilkesi, mahkemenin aracısız bir şekilde yargılama süreçlerine hâkim olması anlamına gelir. Zira mahkeme ile araya giren araçların sayısı ne kadar artarsa gerçeğin ortaya çıkması bir o kadar zorlaşır; bu durum da yanlış karar verilmesine ve adil yargılanma hakkının zedelenmesine yol açar².

Doğrudanlık ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun³ (HMK) 25 ve devamı maddelerinde düzenlenen “*Yargılamaya hâkim olan ilkeler*” kapsamında düzenlenmemiştir. Ayrıca Kanun’da ilkenin tanımına da yer verilmemiştir⁴. Ancak HMK’nın 197. maddesi başta olmak üzere pek çok hüküm doğrudanlık ilkesi ile bağlantılıdır. Örneğin, Kanun’un 197. maddesi, “*Kanunda belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir*” şeklindedir. Anayasa’nın 36. maddesinde “*Herkes yargı mercileri önünde adil yargılanma hakkına sahiptir*” denilerek, hak arama özgürlüğü ile birlikte doğrudanlık ilkesine de vurgu yapılmıştır.

Doğrudanlık ilkesi; şekli anlamda doğrudanlık, maddi anlamda doğrudanlık ve zamansal anlamda doğrudanlık olarak üçlü bir ayrım ile incelenebilir⁵. Şekli anlamda doğrudanlık, davaya bakan mahkemenin hâkiminin araya başka bir hâkim girmeden (örneğin istinabe halinde), duruşmanın yapılması ve delillerin toplanması sürecine doğrudan katılmasıdır. Hâkim, bu ilke doğrultusunda keşfi bizzat kendisi yapacak tanıkları ve bilirkişileri kendisi dinleyecektir⁶. Şekli anlamda doğrudanlığın; hâkim ile yargılamaya katılan kişiler arasında yüz yüze iletişim kurulması, delillerin hâkimin bizzat kendisi tarafından incelenmesi, delillerin toplanması ve hâkimde bir kanaat oluşmasının esas olarak duruşmada gerçekleşmesi şeklinde üç temel özelliğinden bahsedilebilir⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda şekli anlamda doğrudanlık ilkesinden belirli hallerde taviz verilebilmektedir. Bu hallerden biri de HMK’nın 197. maddesinde düzenlenen istinabedir.

¹ ARSLAN, Aziz Serkan: “Doğrudanlık İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, (İlke), s. 134; ÇİFTÇİ, Pınar: “Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medeni Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>), E.T.: 23.11.2021), s. 1 vd.; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, (Usûl), s. 191; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2020, s. 162; KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7251 Sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 5. Baskı, Ankara, 2021, s. 229; ERDÖNMEZ, Güray: “Medeni Usûl Hukuku (Cilt 1)”, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya, (*Pekcanitez Usûl*), s. 836; KARSLI, Abdürrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2014, s. 277; ALANGOYA, H. Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 189; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 134; TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Cilt 1, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 379; BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 78; GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 344. Ceza hukukunun kişinin hürriyetinin sınırlandırılmasına hizmet etmesi nedeniyle doğrudanlık ilkesinin medeni muhakemeye göre daha etkin şekilde uygulama bulduğuna yönelik olarak bkz. KURT, Nesibe: *Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi*, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 600.

² KURT, s. 600; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 163; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 191; KURU / AYDIN, s. 229; KARSLI, s. 277; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 189. “*Kanunda belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğunca birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Bu kural doğrudanlık ilkesinin bir sonucudur.*” Yargıtay, 15. HD, T. 22.06.2016, E. 2015/4363, K. 2016/3635 (Lexpera, E.T.: 15.05.2021).

³ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁴ YILDIRIM, Kamil: “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 3030; ÇİFTÇİ, s. 1 vd.; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 134; TANRIVER, s. 379.

⁵ Alman hukukunda şekli ve maddi anlamda doğrudanlığa zamansal doğrudanlık ayrımı eklenmektedir. ARSLAN, *İlke*, s. 138. Benzer yönde KURT, s. 602.

⁶ ARSLAN, *Doğrudanlık*, s. 43 vd.

⁷ KURT, s. 603; TANRIVER, s. 380.

Maddî anlamda doğrudanlık, hâkimin en yakınındaki ve daha adil karar vermesine yardımcı olacak delili değerlendirmesi, dolaylı ya da sonradan oluşturulan delil aracını kullanmaktan imtina etmesi anlamına gelir. Diğer bir deyişle hâkimin vakıaların ispatı için öncelik taşıyan delilleri seçmesidir⁸. Örneğin; hâkimin keşif ile karar vermesi mümkünse olayın gerçekleştiği yeri gören tanıktan olay yeri ile ilgili bilgi alması maddî anlamda doğrudanlık ilkesinin ihlâli anlamına gelmektedir⁹. Hukukumuzda hâkim, kesin delillerle bağlı olmakla birlikte delilleri serbestçe değerlendirir. Diğer bir deyişle, kesin delille ispat zorunluluğu olan hallerde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi mümkün değildir. Bu düzenlemelerden yola çıkarak maddî anlamda doğrudanlık ilkesinin geçerliliği tartışılmıştır¹⁰. Ka-naatimizce, kesin delillerle ispat mecburiyeti olmayan hallerde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi, maddî anlamda doğrudanlık ilkesini geçersiz kılmaz. Çünkü hâkim için öngörülen delillerin değerlendirilmesi hususunda öngörülen serbestiyet mutlak değildir; hâkim tecrübe kurallarına dayanarak hangi delili niçin öncelikli olarak değerlendirildiğini gerekçeli kararında belirtmelidir. Nitekim, maddî anlamda doğrudanlık ilkesi de tecrübe kuralları ve hayatın olağan akışı içerisinde, bazı deliller öncelenmesini ifade eder.

Zamansal doğrudanlık, hâkimin mümkün olduğu kadar kısa sürede karar vermesini, duruşmaların aralıksız yapılmasını; böylece delillerin araya zaman girmeden değerlendirilmesini gerektirir. Duruşmalar arası süre uzadıkça hâkimin, delillerin değerlendirilmesine yönelik sağlıklı karar verme ihtimali azalmaktadır. Hâkimin de bir insan olduğu ve unutma ihtimalinin varlığı düşünüldüğünde, bu ayrımın önemi daha iyi anlaşılacaktır. Hâkim duruşma tutanaklarından daha önceki duruşmalarla ilgili çıkarımda bulunmaya çalışacak, böylece doğrudanlık ilkesi zarar görecektir¹¹.

Doğrudanlık ilkesinin istinabe, naip tayini, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi, hâkim değişikliği, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım gibi Kanun'da öngörülen çeşitli istisnaları bulunmaktadır. İdeal olan, hâkimin doğrudan doğruya delillerle temas etmesi olsa da belirtilen hallerde çeşitli zorunluluklar sebebiyle doğrudanlık ilkesine istisnalar tanınmaktadır¹². Zira, bu ilkeyi çok katı şekilde uygulamak, kimi zaman yargılamayı uzatabilmekte, daha pahalı bir yargılamaya sebep olabilmekte; böylece usûl ekonomisine aykırı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir.

Doğrudanlık ilkesinin ilk ve en önemli istisnasını istinabe oluşturmaktadır (HMK m. 197). Bir mahkemenin kendi yetki çevresi dışında kalan bir yerde bir usûl işlemini yapma zorunluluğu doğarsa o yerde bulunan mahkemenin hâkiminden yardım talep etmesine istinabe denir. Davaya bakan mahkeme hangi iş için istinabe yapılacağını açıkça ve yazılı olarak belirtmelidir. Konu belirtmeksizin yahut belli olmayan bir iş için yapılan istinabe talepleri geçersizdir¹³. İstinabe yoluna başvurabilmek için Kanun önemli şartlar getirmiştir. Bu durumun sebebi, doğrudanlık ilkesinden önemli ölçüde sapılmasıdır¹⁴.

İstinabeyle doğrudanlık ilkesine bir istisna getirilmektedir. Çünkü hükmü verecek olan mahkeme, istinabe nedeniyle maddî vakıa ve delillerle doğrudan temas edememektedir. Böylelikle şeklî anlamda doğrudanlık ilkesinin, özelliklerden biri olan mahkemenin delillerle doğrudan temas etmesi mümkün

⁸ KURT, s. 603; TANRIVER, s. 381.

⁹ ARSLAN, *İlke*, s. 138. Bu konuda bir başka örnek, vakıayı bizzat gören ve duyan tanığın ifadesi, o vakıayı başkasından duyduğunu söyleyen kişiye tercih edilmesi olarak verilebilir. KURT, s. 603.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, *Doğrudanlık*, s. 46 vd.

¹¹ ARSLAN, *İlke*, s. 138. Benzer yönde KURT, s. 602.

¹² UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 600; KARSLI, s. 277; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 192; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 248; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 839; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 189; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 134.

¹³ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 248; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 60.

¹⁴ ARSLAN, *İlke*, s. 138. Ayrıca bazı hallerde kanun delillere daha çabuk ulaşılması istinabe yoluna başvurulmasının önüne geçilmesi için belli yerlerde görülmesini düzenlemiştir. Örneğin taşınmazın ayınına ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yerde görülür. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 60. Benzer yönde, Yargıtay, 15. HD., T. 29.03.2017, E. 2016/1716, K. 2017/1397 (Lexpera, E.T.: 15.05.2021).

olmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre istinabe doğrudanlık ilkesinin mutlak bir istisnası olarak görülmemelidir; zira bu durumda mahkeme delilleri doğrudan toplaması da delillerin değerlendirmesini kendisi yapmaktadır¹⁵.

Doğrudanlık ilkesinin bir diğer istisnası, mahkemenin naip tayin etmesidir (HMK m. 183/a-3). Naip tayini, toplu mahkemelerde görevlendirilen bir üyenin, mahkemenin yargı çevresi içinde, fakat mahkeme binası dışında bir işlem yapılması için görevlendirilmesidir¹⁶. Naip hâkim atanması halinde, mahkemenin tüm üyeleri delillerin incelenmesine katılmamakta, delillerin değerlendirilmesi yalnızca bir hâkime bırakılmaktadır. Bu nedenle naip hâkim tayini de doğrudanlık ilkesinin bir istisnası niteliğindedir.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi, doğrudanlık ilkesini ağır şekilde ihlâl eden başka bir haldir¹⁷. Tanık, kural olarak mahkemede ve sözlü olarak dinlenir. Ancak hâkimin gerekli olarak gördüğü hâllerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir (HMK m. 246). Hâkim, tanığın soru kağıdında yazdıklarını yeterli görmezse tanığı dinlemek üzere davet edebilir. 1086 sayılı HUMK'ta yer alan “*müstesna haller*” şeklindeki ifade, HMK'da “*gerekli hallerde*” ile ifadesi ile değiştirilerek hâkime geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Hüküm ancak istisnai hallerde, yazılı tanık beyanına başvurulması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır; zira medeni usûl hukukunda aslolan doğrudanlık ilkesidir¹⁸.

Medeni usûl hukukunda doğrudanlık ilkesini doğrudan ihlâl eden bir hâl, yargılamayı yapan hâkimin yargılama sürecinde çeşitli nedenlerle değişmesidir. Hâkim değişikliği nedeniyle hükmü verecek hâkimin delillerle temas kuramaması, bu nedenle doğrudanlık ilkesinin ihlâli mümkündür. Davaya bakan hâkim değiştiğinde, mahkemenin yeni hâkimi önceki bilgi ve belgelere göre karar verecektir. Hukukumuzda hâkim değişikliği halinde delillerin tekrar incelenip incelenmeyeceğine yahut hangi şartlarda yeniden incelemenin mümkün olduğuna dair bir hüküm yoktur¹⁹.

Doğrudanlık ilkesinin son istisnasını ise çalışmamızın konusunu oluşturan ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım oluşturmaktadır. Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım vasıtasıyla çeşitli sebeplerle duruşmaya gelemeyecek kişilerin duruşmaya katılmaları sağlanmaktadır. Hâkim bu yöntemde, videokonferansa katılan kişilerle aynı ortamda bulunmamakta, yüz yüze bir iletişim kurulmamaktadır. Bu durum da esasen şeklî anlamda doğrudanlığın ihlâli anlamına gelmektedir. Zira mahkemenin maddî vaktiye en yakın delili incelemesine engel olunmamaktadır, maddi anlamda doğrudanlığın ihlâli söz konusu değildir²⁰. Hâkim, video konferans yönteminde ilgiliyi bizzat kendisi dinlemekte; yalnızca görüntülü ve sesli bir iletişim aracı araya girmektedir. Böylece mahkeme yüz yüze teknik imkânların izin verdiği imkânlarla davadaki ilgilileri dinlemektedir. Bu anlamda video konferans yönteminde, doğrudanlık ilkesinin diğer istisnalarına göre, daha hafif bir ihlâlin bulunduğu söylenebilir²¹.

¹⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 562; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 840.

¹⁶ ARSLAN, *İlke*, s. 139; ARSLAN/ YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 250; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 61; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 839.

¹⁷ Arslan'a göre, tanığın verdiği yazılı ifade yoluyla mahkemenin delil toplamasında doğrudanlık ilkesinin delinme ölçüsü, naip hâkim veya istinabe yoluyla delil toplarken doğrudanlık ilkesinin delinmesinden daha ağırdır. ARSLAN, *İlke*, s. 139.

¹⁸ AKKAN, Mine: “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 572; ARSLAN, *Doğrudanlık*, s. 201. Hükümün yeni düzenlenmesinde tarafların onayı aranmıyor olsa da hâkimin yazılı tanık ifadesine başvurulması için tarafların ön görüşünü almasının uygun olacağı belirtilmiştir. YILDIRIM, s. 3037; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 841.

¹⁹ Alman Yüksek Mahkemesi hâkim değişikliği durumunda doğrudanlık ilkesinin daha az ihlâl edilmesi bakımından şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır, “Eğer delillerin toplanmasından sonraki bir hâkim değişikliğinde farklı hâkimlerden tertip edilen mahkeme, son duruşmada, ifadeyi alan hâkim tarafından dinlenen bir tanığın kişisel inanırlılığında şüphe ediyorsa veya esas karar için bir delil hakkında kendi izleniminin gerekli olduğunu düşünüyorsa, delillerin toplanmasının yeni terki olunan yargılama makamının huzurunda tekrar edilmesi kaçınılmazdır.” ARSLAN, *İlke*, s. 139.

²⁰ KURT, s. 619; ARSLAN, *İlke*, s. 139.

²¹ ARSLAN, *İlke*, s. 139.

II. SES VE GÖRÜNTÜ NAKLİ YOLUYLA DURUŞMALARA KATILIM

A. Genel Olarak

Hukukumuzda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım, SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) yahut e-duruşma vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. SEGBİS, adliyelerde duruşmalara ses ve görüntü nakli yoluyla katılımın sağlandığı bir sistemi ifade eder. E-duruşma ise tarafların, tanığın, bilirkişinin yahut diğer ilgililerin buldukları yerden duruşmaya katılabilmeleridir. Bu açıdan e-duruşma, SEGBİS'ten daha geniş bir kavram olarak ele alınmalıdır.

SEGBİS, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde (UYAP) ses ve görüntünün aynı anda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemini ifade eder [Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik²² (Yazı İş. Yön.) m. 4/ü]. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik²³'e (e-Duruşma Y.) göre SEGBİS'in değil, e-duruşma ve e-duruşma sisteminin tanımları yapılmıştır. Buna göre e-duruşma, “*hukuk yargılamasında aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden, tarafın veya vekilinin duruşmaya katılmalarını ve usul işlemi yapabilmelerini; tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve diğer ilgililerin dinlenmelerini; e-duruşma sistemi, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma işlemlerini yürütmek amacıyla Bakanlık tarafından Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre olarak kurulan ve güvenliği sağlanan sistemi*” ifade etmektedir (e-Duruşma Y. m. 3/1-b; 3/1-c).

SEGBİS'in hukukumuzda uygulama alanı bulması, 2004 yılında Ceza Muhakemeleri Kanunu ile olmuştur²⁴. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun birçok maddesinde (m. 52, 58, 147 vb.) ise SEGBİS yönteminin kullanılması öngörülmüş, hatta bazı hallerde bu yönteme başvuru zorunlu tutulmuştur²⁵. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'e göre SEGBİS, UYAP'ta ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi olarak tanımlanmaktadır (m. 3/1-c)²⁶.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın hukuk yargılamalarında karşılık bulması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesi ile olmuştur. Madde hükmüne göre taraflar, tanık veya bilirkişi, ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenebilir. Kanun'un diğer maddelerinde isticvap (HMK m. 172/1) ve yeminde de (HMK m. 236) ses ve görüntü nakli yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Hukukumuzda ses ve görüntü nakli vasıtasıyla keşif yapılması henüz kabul edilmiş değildir²⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin hükümet gerekçesine göre, “*gelişen teknolojiye uyumlu olarak UYAP projesinden medenî yargılama hukuku alanında da faydalanılmasına imkân sağlanarak tarafların ses ve görüntü nakli yolu ile yargılamaya duruşma salonunda fiziken bulunmadan da uzaktan katılabilmesine, isticvap olunmasına, tanıkların ya da bilirkişilerin dinlenilmesine, hâkimlerin uzaktan dahi olsa delillere bizzat ulaşabilmesine olanak sağlanması ile Anayasa'nun usûl ekonomisi ilkesinin gerçekleşeceğini*” belirtmektedir²⁸. Gerekçede belirtilen tüm bu yarar-

²² 06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete.

²³ 30.06.2021 tarihli ve 31527 sayılı Resmî Gazete.

²⁴ GAYRETLİ AYDIN, Seda: “Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, s. 2110. Alman hukukunda da ceza yargılamasında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalardan iyi sonuçlar alındıktan sonra, hukuk muhakemesinde video konferans uygulamasına geçilmiştir. MUSILEAK, Hans Joachim / VOIT, Wolfgang: *Zivilprozessordnung*, Kommentar, 12. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2015, s. 695.

²⁵ YERDELEN, Erdal: “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (Segbis) Kullanımı (Videokonferenz Im Türkischen Strafprozessrecht)”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 271-287, s. 106.

²⁶ 20.09.2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete.

²⁷ Video konferans yöntemi ile keşif yapılması Alman Hukukunda tartışılmaktadır. NISSEN, Andreas: *Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess*, 2004, Peter Lang, Frankfurt, 2004, s. 108; KURT, s. 620.

²⁸ ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1347; KALE, Serdar: “Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149)”, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2013, Sayı 25, s. 142; YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 2009.

larına karşın, mahkemelerimizdeki altyapı eksikliği nedeniyle, hukuk yargılamasında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın uygulanmasına hemen geçilememiştir²⁹.

Yürürlükte olmayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği³⁰'nin 60. maddesinde, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına yönelik işlemler ve diğer usûli işlemlere ilişkin usûl ve esaslar düzenlenmiştir. Ancak ilgili Yönetmelik, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (Yazı İş Yön.) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in 218. maddesi, SEGBİS ya da benzeri sistemlerle ilgililerin dinlenebileceğini düzenlemekteydi. Bu hüküm ise 30 Haziran 2021 tarihli 31527 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik (e-Duruşma Y.) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yönetmelik'in amacı, hukuk yargılamalarında aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden, tarafın veya vekilinin duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine; tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve diğer ilgililerin dinlenilmelerine ilişkin usûl ve esasları düzenlemek olarak belirlenmiştir (Yön m. 1).

Ayrıca konuyla ilgili olarak, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³¹ ile, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun birçok maddesinde olduğu gibi, 149. maddesinde de değişiklik yapılmıştır. Maddenin ilk fıkrasında *“ tarafların rızası olmak şartıyla ”* ibaresi, *“ taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin ”* şeklinde değiştirilerek ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarında tarafların rızası yerine taraflardan birinin talebi aranmıştır. İkinci fıkra hükmüne *“ mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine ”* ifadesi eklenerek tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine talep olmaksızın mahkemece resen karar verilebilmesi düzenlenmiştir. Bu hükümlerde yapılan değişiklikler dışında, maddeye üç yeni fıkra ihdas edilmiştir. Maddeye eklenen hüküm fıkraları sırasıyla şu şekildedir: *“ Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir ”* (HMK m. 149/3), *“ Mahkeme, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünü alarak karar verebilir ”* (HMK m. 149/4), *“ Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle belirlenir ”* (HMK m. 149/5). Kanun'un 149. maddesinin 5. fıkrasına göre söz konusu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle düzenlenir hükmü getirilmiştir. Bu maddeye binaen, Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik³² (e-Duruşma Y.) 30 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nitekim Yönetmelik'in ikinci maddesinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin 5. fıkrası Yönetmelik'in çıkarılmasına dayanak olarak gösterilmiştir (e-Duruşma Y. m. 2).

7251 sayılı Kanun'la 149. maddede yapılan değişikliğin sebebi şöyle açıklanmaktadır: *“ Hükümle, ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmanın yapılması usûlü yeniden düzenlenmektedir. Birinci fıkrada yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması ve usûli işlemleri yapılabilmesi düzenlenmektedir. İkin-*

²⁹ *“Fakat HMK'nun yürürlüğe girdiği yaklaşık on yıla yakın bir süre bu maddenin işletilmesi mümkün olmamıştır. Hukuk yargılamalarında neredeyse hiç uygulaması olmamıştır.”* ÖZTEK, Selçuk / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / KALE, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 149, s. 121. *“Davalı şirket ve/veya yetkilisi gerekli ihtaratı içeren tebligatı almasına rağmen 15/11/2019 tarihinde yapılan incelemeye de katılmamış, ticari defter ve belgelerini mahkememize sunmamıştır. Davalının SEGBİS sistemi üzerinden duruşmalara katılma yönündeki talebi “hukuk davalarında böyle bir yargılama usûlü bulunmadığından” mahkememizce yerinde bir talep olarak görülmemiş ve dikkate alınmamıştır.”* İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 24.02.2020, E. 2018/381 K. 2020/120 (Lexpera, E.T.: 15.05.2021).

³⁰ 03.04.2012 tarihli ve 28253 sayılı Resmî Gazete.

³¹ 22.07.2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmî Gazete.

³² 30.06.2021 tarihli ve 31527 sayılı Resmî Gazete.

ci fıkarda yapılan değişikliklerle, mahkemenin resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenilebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üçüncü fıkrayla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri dava ve işlerde mahkemenin resen tüm ilgilileri aynı usûlle dinleyebilmesine imkân tanınmaktadır. Dördüncü fıkrayla, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın mahkemenin bulunduğu yerde yapılamaması halinde il sınırları içinde başka bir yerde duruşmanın icrasına imkân tanınmaktadır³³. Görüldüğü üzere gerekçede tatmin edici bir açıklama yapılmamış, sadece hüküm tekrar edilmiştir.

B. Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmalara Katılımın Usûlü

HMK'ya göre taraflar, tanık veya bilirkişi ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım vasıtasıyla dinlenilebilir (HMK m. 149), isticvap ve yeminde de ses ve görüntü nakli yoluna başvurulabilir. Açık bir düzenleme bulunmasa da ferî müdahilin de ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenebileceği öne sürülmüştür³⁴. Ayrıca tarafların ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenebilmeleri için mahkemeye bir dilekçe ibraz etmeleri ve dilekçelerinde gerekçe sunmaları önem arz etmektedir³⁵. Nitekim, Yönetmelik'in (e-Duruşma Y.) 8. maddesinde taraflardan biri veya vekilinin, duruşmaya e-Duruşma sistemi yoluyla katılmayı, usûl işlemleri yapmayı ya da tanığın, bilirkişinin veya uzmanın e-Duruşma Sistemi yoluyla dinlenilmesini gerekçesiyle birlikte mahkemeden talep edebileceği düzenlenmiştir.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılma imkânı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tahkikat ve Tahkikata İlişkin Özel Durumlar" isimli beşinci bölümünün "duruşma" başlıklı ikinci ayırımında düzenlenmiştir (HMK m. 149). Bu düzenlemeye göre uygulamanın yalnızca tahkikat aşamasında kullanılabileceği düşünülse de ön inceleme ve hatta sözlü yargılama aşamasında da ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım mümkündür³⁶.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların yapılacağı mekânın neresi olacağı hususunun açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in 218. maddesinin 7. fıkrasında "dinlemenin yapıldığı yer mahkemesi" ifadesi kullanılmaktaydı. Bu noktadan hareketle dinlemenin yapılacağı yerin mutlaka mahkeme salonu olmak zorunda olduğu söylenebilirdi. Diğer yandan ilgilinin asıl davanın görüleceği mahkeme dışında da ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenmesi mümkün görülmekteydi. Aksi durum yani asıl davanın görüleceği mahkeme dışındaki başka bir mahkemede yöntemin uygulanacağını kabul etmek, bu düzenlemenin uygulama alanını oldukça daraltacaktı³⁷. Ayrıca Yazı İş Yönetmeliği ve Ceza Muhakemesine İlişkin SEGBİS Yönetmeliği'nde sesin ve görüntünün nereden nakledileceği konusunda açık ifadeler bulunmamaktaydı³⁸. Kanaatimizce, kanun değişikliği ile madde hükmünde geçen "taraf veya vekilinin bulunduğu yer" ifadesi oldukça belirsiz olarak kullanılmıştır. Bulduğu yer ifadesinden mahkeme salonu anlaşılabilir gibi, dinlenecek ilgilinin evi, ofisi ya da başka herhangi bir yer anlaşılabilir. Her ne kadar HMK'nın 149. maddesinin 5. fıkrasında söz konusu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hükmü getirilse de dinlemenin yapılacağı yer hususunun yönetmelikle düzenlenemeyeceği de açıktır³⁹. Zira Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri,

³³ 7251 sayılı Kanun 17. Madde Gerekçesi.

³⁴ KALE, s. 145.

³⁵ KALE, s. 146; MIDİK, Barış: "Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler", 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulaması-ve-yargının-elektronik-donusumu-uzerine-bazı-dusunceler/>, E.T.: 23.11.2021), s. 1 vd. Mahkemenin de ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım talebini reddederken gerekçe göstermesi gerektiğine yönelik bkz. GAYRETLİ AYDIN, s. 2118.

³⁶ KALE, s. 145.

³⁷ KALE, s. 151; ÖZTEK / TAŞPINAR AYVAZ / KALE, s. 120. Budak / Karaaslan'a göre, göre, kanun değişikliği ile 149. maddenin 3. fıkrasında geçen "bulduğu yer" ifadesi belirsiz olarak kullanılmıştır. Bu ifade yargı çevresindeki mahkeme olarak anlaşılabilir gibi ev ve işyeri olarak da anlaşılabilir. BUDAK / KARAASLAN, s. 79.

³⁸ ÖZTEK / TAŞPINAR AYVAZ / KALE, s. 120.

³⁹ Aksi yönde bkz. BUDAK / KARAASLAN, s. 79.

işleyişleri ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır (AY m. 142/1). Bu husus da mahkemelerin doğrudan işleyişi ile ilgilidir. Ayrıca, ilgililer mahkeme salonu dışında dinlenecek olurlarsa güvenlik ve yargılamanın ciddiyeti açısından birçok farklı problemle karşılaşılacağı açıktır. Dinlenen kişinin dinlendiği mekânda teknik imkân ve altyapının yetersizliği (örneğin döner kameraların bulunmaması), yayının kesilmesi⁴⁰, dinlenen kişinin etki altında kalması, teknik bazı durumlara nasıl çözümler bulunacağı (örneğin kişinin daha önceden kaydettiği bir videonun oynatılıp oynatılmadığı yahut *deepfake* teknolojisinin kullanılıp kullanılmadığı⁴¹) bunlardan ilk akla gelenlerdir. Belirttiğimiz gerekçelerle, dinlenen kişilerin mutlaka bulunduğu yerdeki mahkeme salonlarında dinlenmesinin daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik ile taraf, tanık, bilirkişi, uzman ya da diğer ilgililerin buldukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerlerden duruşmaya katılabilecekleri düzenlenmiştir (e-Duruşma Y. m. 11/2). Ancak bu kişilerin “*hastalığı, yaşlılığı veya engelliliği sebebiyle e-Duruşma yöntemiyle dinlenilmesine karar verildiyse, yönetmelikteki şartlara uygun olarak mekân sınırlaması olmaksızın her yerden duruşmaya katılabilmelerine*” izin verilmiştir (e-Duruşma Y. m. 11/4). E-Duruşma talep eden taraf vekili ise Yönetmelik’te düzenlenen şartlara uygun şekilde her yerden duruşmaya katılabilir (e-Duruşma Y. m. 11/1). Getirilen düzenlemeyle vekilin “*avukatlık bürosu, baro tarafından bu amaç için belirlenen bölüm, adliyede bu amaca tahsis edilen yer ya da 11. maddenin 5. fıkrasında düzenlenen şartlara uygun şekilde mekân sınırlaması olmaksızın her yerden*” e-Duruşmaya katılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik’e göre, “*e-Duruşmaya katılımın sağlanacağı yerin, her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak nitelikte olması*” gerekir (e-Duruşma Y. m. 11/5). Kanaatimizce taraf, tanık, bilirkişi, uzman ya da diğer ilgililerin buldukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerlerden duruşmaya katılabileceklerinin düzenlenmesi yukarıda da açıkladığımız gerekçelerle oldukça yerindedir. Vekilin mekân sınırlaması olmaksızın duruşmaya her yerden katılabilmesini Yönetmelik’te belirtilen şartlar sağlandığı müddetçe olumlu bulmaktayız. İsticvap olunacak ya da yemin edecek olan taraf hariç, taraf, vekili ile birlikte duruşmaya mekân sınırlaması olmaksızın Yönetmelik’te öngörülen şartlar dahilinde her yerden katılabilir (e-Duruşma Y. m. 11/3).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 149. maddesinin ikinci fıkrası gereğince bilirkişi, tanık ya da uzman ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım vasıtasıyla dinlenebilir. Kanun koyucu, bu maddede dinlenecek kişinin (tanık, bilirkişi ya da uzman) rızasının aranmasını gerekli görmemiştir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, kişilik haklarının korunması gereğince, dinlenecek kişinin de rızasının aranması gereklidir⁴². Kanaatimizce tanık, bilirkişi ya da diğer ilgililerin mahkemede dinlenilmesi ile ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenilmesi arasında kişisel verilen korunması açısından bir fark yoktur. Ses ve görüntülerin mahkemece kaydedilmesi durumunda⁴³ ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁴⁴ uygulama alanı bulmaz. Zira KVKK’nın 28. maddesi hükmünün 1. fıkrasının (d) bendine göre “*kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*” halinde bu Kanun’un hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

⁴⁰ Yayının kesilmesi halinde yayının kimden kaynaklı olarak kesildiği, dinlenen kişinin bunu bilerek mi yaptığını tespit etmek de önemlidir.

⁴¹ *Deepfake*, bir görüntü ya da videoda yer alan kişinin yapay sinir ağları kullanılarak değiştirilmiş görüntüsünün elde edilmesidir. *Deepfake* teknolojisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ABANOZ ÖZTÜRK, Buket: “Deepfake İkilemi: Sadece Eğlence mi? Tehditler ve Hukuki Tartışmalar”,

(<https://blog.lexpera.com.tr/deepfake-ikilemi-sadece-eglence-mi-tehditler-ve-hukuki-tartismalar/>, E.T.: 23.11.2021), s. 1 vd.

⁴² Alman hukukunda ses ve görüntüsü nakledilecek tüm ilgililerin, örneğin bilirkişinin, uzmanın da onayının aranması gerektiği savunulmaktadır. KALE, s. 148; UMAR, s. 462; BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter: *Zivilprozessordnung*, 77. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2019, s. 690; NISSEN, s. 50.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. IV.B.

⁴⁴ 24.03.2016 tarihli ve 29677 Sayılı Resmî Gazete.

Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesine göre, “*e-duruşma UYAP mobil uygulamaları, avukat veya vatandaş portalı üzerinden duruşma gününden en az iki iş günü önce mahkemesinden gerekçesiyle birlikte talep edilir*” (e-Duruşma Y. m. 8). “*E-duruşma talebi hakkında hâkim, duruşma gününden en az bir iş günü önce kabul veya ret hususunda kararını verir. Bu karar kesindir*” (e-Duruşma Y. m. 9/1). “*Talebin süresinde yapılmaması, talebin hakkın kötüye kullanılması veya yargılamayı sürüncemede bırakma amacı taşıması ve e-Duruşma yapılmasını zorlaştıran hukuki, fiilî veya teknik engellerin bulunması halinde hâkim e-duruşma talebini gerekçe göstermek suretiyle reddedebilir*” (e-Duruşma Y. m. 9/2). Dikkat edilirse bu hallerde hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim bu hallerin gerçekleştiğini tespit ederse e-Duruşma talebinin mutlaka reddine karar vermek durumunda değildir. E-Duruşma talebinin kabulüne veya reddine ilişkin karar, UYAP üzerinden veya diğer usûllerle talepte bulunana bildirilir (e-Duruşma Y. m. 9/4).

HMK'nın 149. maddesi ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım işleminden doğan masraflara ilişkin bir ifade içermemektedir. Hükümet gerekçesinde ise ses ve görüntü nakline ilişkin doğacak masrafların ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımı talep eden tarafın yatırdığı avanstaki karşılancasını ifade etmiştir. Masrafin istekte bulunan tarafça ödenmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 324. maddesine düzenlenen “*Delil ikamesi için avans*” başlıklı hükmüne uygundur⁴⁵. Öğretide bir görüşe göre ses ve görüntü nakli talep etmeyen tarafın dava sonunda haksız çıkması durumunda, ses ve görüntü nakline ilişkin gideri ona yüklemek adil olmayabilir. Bu halde, tarafa davayı kaybetse de bu işin giderinin kendisine yüklenmesine onay vermesi ve bu hususun tutanağa geçirilmesi gerekir⁴⁶.

C. Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmalara Katılımın Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım sayesinde farklı illerde ya da yurtdışında bulunan taraf, tanık, bilirkişi ve uzman mahkemece daha ucuz ve süratli şekilde dinlenebilmekte, böylelikle usûl ekonomisine hizmet edilmektedir. Bu anlamda istinabe yoluyla usûl işlemlerini yapılması yerine mümkünse ses ve görüntü naklinin uygulama alanı bulması tercih edilmelidir, çünkü ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın istinabeye göre doğrudanlık ilkesinin daha az ihlâl edilmesine sebep olur⁴⁷.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım, adliyelerdeki yoğunluğu da azaltmaktadır. Özellikle pandemi döneminde, hastalığın bulaş hızını azaltmak için ses ve görüntü nakli vasıtasıyla katılım oldukça önem arz etmektedir. Ayrıca duruşma öncesi ya da sonrasındaki taraf husumetlerinden doğan tartışma ya da kavgaların azaltılmasına hizmet etmektedir⁴⁸. Örneğin, aile içi şiddet gibi bazı hallerde tanık ile tarafın aynı duruşma salonunda bulunması doğru olmayabilir. Bu durumda mahkeme bu hallerde tanığın ses ve görüntü nakli vasıtasıyla resen dinlenmesine karar verebilir, böylece kadın ve çocukların şiddet ve gerilimden bir nebze de olsa uzak kalmaları sağlanabilir⁴⁹.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın olumlu yanları olduğu gibi olumsuz yanları da bulunmaktadır. Bilindiği üzere, ses ve görüntü nakli ile bağlanan yerin tüm noktalarının mahkeme tarafından görülebilmesi mümkün olmalıdır⁵⁰. Aksi durumda dinlenen kişinin bilinçli olarak etki alın-

⁴⁵ “*Bu işlemlere ilişkin masraflar, o işlemin elektronik ortamda yapılmasını isteyen tarafça karşılanır.*” PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 293; ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1347; UMAR, s. 463; YILMAZ, s. 2009; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, s. 364. Ayrıca kanun değişikliği ile resen ses ve görüntü nakline hükmedilmesi halinde masrafların nasıl karşılanacağına ilişkin bkz. IV.B.

⁴⁶ UMAR, s. 463.

⁴⁷ ARSLAN, *İlke*, s. 135; GAYRETLİ AYDIN, s. 2106.

⁴⁸ GAYRETLİ AYDIN, s. 2105.

⁴⁹ 7251 sayılı Kanun ile tanık, bilirkişi yahut uzmanın taraflardan birinin rızası olmasa dahi resen dinlenebilmesi kabul edilmiştir. Aile içi şiddet gören bir çocuğun, tanık sıfatıyla bulunduğu yerden dinlenmesine karar verilebilir.

⁵⁰ Alman hukukunda da teknik ekipmanın -örneğin döner kameraların- bulunmasının, böylece bütünsel bir izlenim edinilmesinin mümkün kılınması zorunluluğuna dikkat çekilmektedir. MUSILEAK / VOIT, s. 698.

da kalması mümkün olabilir. Ayrıca ses ve görüntü naklinin aynı anda gerçekleşmesi için teknik donanımın sağlam olması gereklidir. İlgilinin bir yerden yardım almasına mahal verecek süresi ya da teknik bir aksaklığı gerekçe göstererek zaman kazanması mümkün olmamalıdır. Türkiye’de ses ve görüntü nakli için mahkemelerin teknik donanımı yeterli değildir. Duruşma salonu ile ilgilinin bağlandığı yer arasında ses ve görüntü kopuklukları, ses iletiminin çok yavaş ya da hızlı olması gibi bazı problemler yaşanabilmektedir⁵¹. Böylece, mahkemenin doğrudan ilgiliyle temas kurmak yerine, dolaylı olarak dinlenilmesinin mümkün kılınması yanlış kararların verilebilmesine sebebiyet vermektedir.

Dinlenen kişinin bazı mimiklerini, yüz kızarıklığını, el ve ayak hareketlerini gizlemek için kameranın görüş alanından bir miktar çıkması, başını çevirmesi mümkündür. Böylece hareketleri tam olarak izlenilemeyen ilgili hakkında hâkimde yanlış bir kanaat oluşabilir. Aksi bir durumda ise teknolojiyle henüz yeterince ilgilenmemiş (yaşlılar vb.) kişilerin normalde olduğundan daha farklı davranışlar sergilemesi mümkündür⁵².

Teknolojiyle yeterince ilgilenmeyen ya da maddî imkânsızlıklar sebebiyle bunlardan yararlanamayan kişiler belirtilen değişimlerden olumsuz etkilenebilir. Ayrıca bu kişilerin ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan duruşmalarda normalde olduğundan daha farklı davranışlar sergilemesi mümkündür⁵³.

III. HUKUK YARGILAMASINDA E-DURUŞMA KONUSUNDA GELİŞİM VE EĞİLİM

A. Hukuk Yargılamasında E-Duruşma Yönünden Uygulamalar

E-duruşma uygulaması, 15 Eylül 2020 tarihi itibarıyla yalnızca pilot olarak seçilen bir mahkemede uygulanmaya başlanmış olmakla birlikte⁵⁴, zamanla İstanbul, Ankara ve İzmir de dahil olmak üzere toplamda birçok il merkezi ve 505 mahkemede uygulanabilir hale gelmiştir⁵⁵. Bu değişiklik esasen 2019 tarihli Yargı Reformu Strateji Belgesi’ndeki ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılımların yaygınlaştırılacağı şeklindeki hedefin uygulanması amacına yöneliktir⁵⁶.

22 Temmuz 2020 tarihinde, 7251 sayılı kanun değişikliği ile 149. maddede yapılan değişikliğin akabinde, 20 Ekim 2020 tarihinde ülkemizde birçok mahkemede⁵⁷ e-duruşma sistemine geçiş yapılmıştır. Söz konusu değişiklik pandemi dönemiyle sınırlı olarak kabul edilmemiştir, zira HMK’nın 149. maddesi kalıcı olarak bir düzenleme içermektedir. Bu husustaki genel kanaat, 149. maddenin pandemi

⁵¹ ÇİFTÇİ, s. 1 vd. Ceza hukukuna ilişkin duruşmalarda da benzer problemler yaşanmaktadır. “Özellikle sanık beyanlarının mahkeme heyeti, sanık müdafii, tanıklar, diğer sanıklar ve hatta duruşma tutanağını düzenleyen kâtip tarafından bazı zamanlarda anlaşılabilir hâl aldığı görülmektedir.” YERDELEN, s. 284; KURT, s. 620.

⁵² ARSLAN, *Doğrudanlık*, s. 237 vd.

⁵³ MIDİK, s. 1 vd.; ARSLAN, *Doğrudanlık*, s. 237 vd.

⁵⁴ “Türkiye’de avukatların buldukları yerlerden duruşmaya video konferansla katılmalarını sağlayan ‘e-Duruşma’ uygulaması, Ankara Batı Adliyesi 1. Tüketici Mahkemesinde görülen duruşmayla başladı. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Strateji Belgesi’nde yer alan, avukatların hukuk mahkemelerinde taraf oldukları duruşmalara video konferansla katılmalarını sağlayan ‘e-Duruşma’, ilk kez Ankara Batı 1. Tüketici Mahkemesinde görüldü.” (<https://basin.adalet.gov.tr/yargida-e-durusma-donemi-basladi>, E.T.: 23.11.2021); konuya ilişkin pilot uygulamaların yönetmelik hazırlanmadan başlatılmasının doğru olmadığı yönünde bkz. TORAMAN, Barış: “Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında E-Duruşma”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal: *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 517.

⁵⁵ Adalet Bakanlığının 26.01.2020 tarihli son duyurusu bu şekildedir. “2020-2021 adli yılının başında da Ankara’da pilot uygulamasına başlanan e-duruşma, bugün itibarıyla 505 mahkemede uygulanıyor. Sistem kurulum çalışmaları tamamlanan mahkemelerle birlikte Türkiye genelinde 99 tüketici mahkemesinde, 181 icra hukuk mahkemesinde, 33 kadastro mahkemesinde, 41 asliye hukuk mahkemesinde, 28 sulh hukuk mahkemesinde, 38 aile mahkemesinde, 74 iş mahkemesinde, 8 asliye ticaret mahkemesinde, 3 fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde e-duruşma sistemi uygulanıyor.” (<https://basin.adalet.gov.tr/adalet-bakanligi-e-durusma-uygulamasini-yayginlastiriyor>, E.T.: 28.11.2021).

⁵⁶ Yargı Reformu Strateji Belgesi için https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf, (E.T.: 28.11.2021). Aynı yönde bkz. MIDİK, s. 1 vd.

⁵⁷ “Yargı Reformu Strateji Belgesi’ndeki dijital dönüşüm hedefleri arasında bulunan ve yeni adli yılla birlikte başlanan e-duruşma uygulaması İstanbul’da da hayata geçirildi. 15 Eylül’den bu yana Ankara Batı Adliyesi’ndeki 5 mahkemede devam eden e-duruşma uygulaması şimdi de İstanbul, İstanbul Anadolu ve Bakırköy Adliyelerindeki 28 tüketici mahkemesinde bugünden itibaren başladı. Böylece e-duruşma uygulaması Ankara Adliyesi’nde 14, Ankara Batı Adliyesi’nde 5, Bakırköy Adliyesi’nde 8, İstanbul Adliyesi’nde 13, İstanbul Anadolu Adliyesi’nde 7 olmak üzere toplam 47 mahkemede uygulanmaya başladı.” (<https://basin.adalet.gov.tr/e-durusma-toplam-47-mahkemede-uygulanmaya-basladi>, E.T.: 28.11.2021).

sebebiyle getirilmiş olduğudur⁵⁸. Diğer ülkelerde e-duruşmalar için getirilen yeni düzenlemelere bakıldığında, bunların birçoğunda karşılıklı rıza ile video konferans yöntemine izin verildiği ve değişikliklerin pandemi dönemiyle sınırlı olarak yapıldığı görülmektedir⁵⁹. Teknik altyapı nedeniyle henüz uygulamasına başlanılmamış olan e-duruşma yönteminin henüz sonuçları bilinmediğinden, kalıcı olarak uygulanmaya başlanması öğretilerde eleştirilmektedir⁶⁰.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma

Alman hukukunda 2001 yılında yapılan değişiklik ile video konferans yöntemiyle duruşmaların yapılmasına izin verilmiştir (dZPO § 128a). Getirilen düzenlemeyle tarafların, temsilcilerinin, bilirkişi ve tanıkların video konferans yöntemiyle dinlenebileceği hükmü Kanun'a eklenmiştir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 128. maddesinin 1. fıkrasına göre taraflar, dava malzemelerini kararı verecek mahkeme önünde sözlü olarak sunarlar. Bu hüküm, sözlülük ilkesi ve aynı zamanda doğrudanlık ilkesinin Alman hukukundaki görünümü niteliğindedir⁶¹. Alman hukukunda yalnızca ses yahut yalnızca görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım mümkündür. Hukukumuzda belirtilen açık düzenlemelere bakıldığında yalnızca ses yahut yalnızca görüntü nakli vasıtasıyla duruşmaya katılmanın mümkün olmadığı söylenebilir⁶² (e-Duruşma Y. m. 5).

Alman hukukunda 1 Kasım 2013 tarihine kadar tarafların rızası ile video konferans yöntemi uygulanabileceği belirtilmişti. 25 Nisan 2013 tarihli Video Konferans Teknolojisinin Mahkemelerde ve Savcılıkta Kullanılmasının Artırılması Kanunu'yla birlikte tarafların rızasının aranması terk edilerek, mahkemenin resen de video konferans yöntemine karar verebileceği belirtilmiştir⁶³. Madde hükmüne göre Alman mahkemesi, başvuru üzerine veya resen taraflara, temsilcilerine ve danışmanlarına video konferans yöntemiyle duruşmaya katılmalarına izin verebilir (dZPO § 128a/1). Mahkeme tanığın ya da bilirkişinin ya da uzmanın da ses ve görüntü nakli yoluyla buldukları yerden dinlenilmelerine karar verebilir (dZPO § 128a/2)⁶⁴.

Almanya'da pandemi döneminde 27 Mart 2020 tarihinde "Hukuk, Aciz ve Ceza Yargılamasında Covid-19 Pandemisinin Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanun (*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*)" çıkarılmıştır⁶⁵. Kanun, 27 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen ilgili hükümler 1 Mart 2020 tarihinden itibaren geçmişe etkili olarak uygulanacaktır. İlgili Kanun ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılıma ilişkin 128a maddesine ek herhangi bir düzenleme içermemektedir⁶⁶. Bu nedenle pandemi döneminde de 128a maddesinin uygulanmasına devam edildiği söylenebilir⁶⁷.

⁵⁸ Pandemi sebebiyle diğer ülkelerde benzer yönde yapılan değişikliklerin birçoğunda karşılıklı rıza aranmakta ÇİFTÇİ, s. 1 vd.

⁵⁹ Pandemi nedeniyle diğer ülkelerde yapılan değişiklikler için bkz. III.B.

⁶⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Değişiklik*, s. 1 vd. Bu yöntemle mahkemelerin fiziki ve beşerî imkanlarının yetersiz olmasından kaynaklanan problemlerin ortadan kaldırılacağı yönündeki görüş için bkz. MIDIK, s. 1 vd.

⁶¹ ÇİFTÇİ, s. 1 vd.

⁶² Aynı yönde bkz. KALE, s. 145; ÖZTEK / TAŞPINAR AYVAZ / KALE, s. 121; BUDAK / KARAASLAN, s. 79.

⁶³ MUSILEAK / VOIT, s. 695; BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, s. 689.

⁶⁴ Mahkeme tanık, bilirkişi ya da uzmanın da resen buldukları yerden dinlenilmelerine karar verebilir. Madde hükmünde öncelikle taraflar için buna karar verilebileceği düzenlense de tanık ya da bilirkişi için de resen ses ve görüntü nakli yoluyla dinleme mümkündür. Bu durum ZPO m. 373'e göre şahitler veya 402'de düzenlenmiştir. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMAN, s. 689.

⁶⁵ Gesetz zur Abmilderung der Folgender COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVInsAG) Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, 27 März 2020 569- 574; https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/FH_AbmilderungFolgenCovid-19.htm, E.T.: 23.11.2021).

⁶⁶ İlgili kanun şirketler hukuku, kredi hukuku, iflas, iş hukuku, kira sözleşmeleri vb. konularda hükümler içermektedir. Pandemi döneminde Alman hukukunda özellikle iflâsa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, Muhammet / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: "COVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Külli İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış", 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/>), E.T.: 23.11.2021), s. 1 vd.

⁶⁷ "Alman mahkemelerinin iyi bir ekipmana sahip olmasına, hâkimlere eğitim kurslarının sürekli sunulmasına rağmen Alman hâkimlerin bilgi teknolojisinin araçlarını kullanmak konusunda çok isteksiz olduğu görülmüştür. Alman medenî usûl hukukunda ses ve görüntü aktarımı konusunda takdir yetkisi hâkime aittir. Bilgi teknolojisi bütün nesiller için artık özel hayatta bir doğal sonuç iken adliyyede bilgi

Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nun 277. maddesinde video konferans yöntemiyle duruşmaların yapılması yöntemi düzenlenmiştir. Madde hükmünde, ilgili usûl işlemi istinabe ya da naip hâkim görevlendirilmesine daha uygun değilse ses ve görüntü nakli vasıtasıyla duruşmaların icra edilebileceği düzenlenmiştir (özPO § 277).

Avusturya'da 21.03.2020'de Federal Resmî Gazete'de kabul edilen Covid Kanunu⁶⁸'na (*Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz*) göre mahkemeler, tarafların da izni olmak kaydıyla duruşmaları e-duruşma şeklinde yapılabilir. Kanun'un 3. maddesi 1. fıkrası 2. bendinde ise “*mahkeme, tarafların onayı olmadan, duruşmaları ve tarafların dinlenmesini uygun teknik iletişim araçlarını kullanarak, adliye yönetimi tarafından kullanıma hazır tutulan yerler dışında icra edilmesi mümkünse, ses ve görüntü aktarımı yoluyla icra edebilir ve bu şekilde duruşmada veya duruşma dışında delil toplayabileceği ve bunun dışında duruşmaya çağırıldığı kişilerin katılımını sağlayabileceği*” düzenlenmiştir. İlgili Kanun'un 3. maddesinin 3. fıkrasına göre ise duruşma, uygun teknik araçlarla ses ve görüntü aktarımı yoluyla icra edilmişse duruşma tutanağının taraflarca imzalanmasına gerek yoktur. Duruşmanın sonuna kadar sunulması gereken yargılama gideri listesi, en geç duruşmayı takip eden iş gününün bitiminin sonuna kadar elektronik hukuk düzeni içinde veya karar organı tarafından bildirilen adrese e-mail ile gönderilirse zamanında sunulmuş sayılacaktır⁶⁹.

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 144. maddesinde sorgulanacak olan kişinin duruşmaya şahsen katılmasının mümkün olmadığı veya mümkün olsa da aşırı masraflı ve sorunlu olabileceği durumlarda, duruşmanın video konferans yöntemiyle yapılmasına izin vermektedir⁷⁰. Aynı maddenin ikinci fıkrası, duruşmanın ses ve görüntü kaydının alınması gerektiğini belirtmektedir. İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 203 ve 204. maddelerinde duruşmaların bizzat tarafların katılımıyla gerçekleştirileceği belirtilmiştir (sZPO 203, 204). Böylelikle denilebilir ki, İsviçre'deki hukuk yargılamasında esas olan duruşmaya bizzat katılımdır, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım kural olarak mümkün değildir.

İsviçre hukukunda duruşmalar tarafların bizzat katılımıyla gerçekleşmesi kuralına, pandemi dönemiyle sınırlı olmak üzere, 20 Nisan 2020 tarihli “Covid-19 Salgınıyla Mücadele Kararlarının Yasal Dayanağına İlişkin Federal Kanun (*Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie*)” ile e-duruşmalarla bir istisna getirilmiştir. İsviçre'de pandemi döneminde getirilen geçici düzenlemeyle⁷¹, duruşmaların ses ve görüntü nakliyle yapılmasının tarafların rızası şartına bağlı olarak kabul edilmiştir. Ancak istisnaî hallerde tarafların onayı alınmadan bu yola başvuruyla düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme özellikle aciliyeti olan işler gibi önemli sebeplerin varlığında, gerekli gördüğü hallerde, duruşmanın ses ve görüntü nakliyle yapılmasına karar verebilir⁷² (Covid- 19-Justiz Art 2). Aynı hükmün ikinci fıkrasında tanık ifadesi ve bilirkişi görüşünün de ses ve görüntü nakli yoluyla alınarak yapılması imkânı getirilmiştir (Covid-19 Justiz Art 2/2). Üçüncü fıkra uyarınca da ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan duruşmalarda aleniyet ilkesinden -akreditasyonu olan basın mensupları hariç olmak üzere- feragat edilebileceği düzenlenmiştir⁷³.

teknolojisi kompleks, gizemli ve güvenilmez olarak algılanmıştır.” ARSLAN, Ali Çetin: “Alman ve Avusturya Hukuklarında COVID-19 Salgınının Yargılamalara Etkisi ve Türkiye Bakımından Düşündürdükleri, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/alman-ve-avusturya-hukuklarında-covid-19-salgınının-yargılamalara-etkisi-ve-türkiye-bakımından-düşündürdükleri/>, E.T.: 23.11.2021), s. 1 vd.

⁶⁸ https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2020_I_16/BGBLA_2020_I_16.pdfsig (E.T.: 23.11.2021).

⁶⁹ Avusturya hukukunda pandemi dönemindeki değişiklikler için bkz. ARSLAN, A.Ç., s. 1 vd.

⁷⁰ GAYRETLİ AYDIN, s. 2109.

⁷¹ İsviçre'de 20 Nisan 2020'de yürürlüğe giren Kanun'un 31.12.2021'e kadar geçerli olacağı öngörülmüştür (Art. 10 *Covid-19-Justiz*).

⁷² DİŞEL, Buse: “İsviçre Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medeni Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/isvire-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargıda-alınan-tedbirler-özellikle-medeni-yargıdaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ülkemiz-acısından-değerlendirilmesi>, E.T.: 23.11.2021), s. 1 vd.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. DİŞEL, s. 1 vd.

İngiltere’de 1999 yılından beri hukuk yargılamasında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılıma izin verilmektedir⁷⁴. İngiltere’de, 25 Mart 2020 tarihinde “Koronavirüs Pandemisi Sırasında Görüntülü veya Sesli Duruşmalar Talimatı (*Practice Direction 51Y-Video or Audio Hearings During Coronavirus Pandemic*)” ile video konferans yöntemine ilişkin yeni hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerde konumuzla ilgili olarak mahkemelerin çekişmesiz yargı işleri, tanıksız davalar gibi uyuşmazlıkların ses ve görüntü nakli yoluyla görülebileceği düzenlenmiştir⁷⁵.

Öğretide ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım sisteminin en yoğun olarak kullanıldığı ülkelerin başında gelen Amerika’da 1996 yılından beri bu sistemin kullanıldığı belirtilmektedir. Amerikan hukukunda yalnızca taraf, bilirkişi ya da tanıkların dinlenilmesi değil, nesnelere (harita, parmak izi dahi) üzerindeki inceleme de bu yöntemle yapılabilmektedir. Videokonferans sisteminin doğru ve usûlüne uygun şekilde kullanılabilmesi için mahkeme salonunda birçok monitör bulunmaktadır. Buna göre kürsülerde, hâkim ve avukatların masalarında, mübaşir ve zabıt kâtiplerinin masalarında video monitörleri yer almaktadır. Hatta duruşmaya katılan dinleyicilerin de videoyu görebilmesi için tavan- dan televizyon tipi büyük monitörler bulunduğu ifade edilmektedir⁷⁶.

IV. 7251 SAYILI KANUNLA GÖRÜNTÜ VE SES NAKLİ YOLUYLA YAPILABİLECEK DURUŞMALARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER VE DOĞRUDANLIK İLKESİ

A. Kanun Değişikliğinden Önceki ve Sonraki Durum

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım, yukarıda belirttiğimiz gibi doğrudanlık ilkesinin istisnalarından biridir. Doğrudanlığı ihlâl eden diğer hallere (istinabe, hâkim değişikliği vb.) nazaran, ses ve görüntü nakli vasıtasıyla tarafların dinlenmesi, tanık beyanlarının alınması, bilirkişinin dinlenmesi doğrudanlık ilkesini daha az ihlâl eden bir hâldir⁷⁷. Kanun değişikliğinden önce ilgililerin bu yöntemle dinlenmesi istisnai bir hal⁷⁸ olarak karşımıza çıkarken, kanun değişikliği ile birlikte uygulamanın yaygın bir hal alması sonucunu doğuracağı görülmektedir. Belirttiğimiz gibi, hukuk davalarında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım 15 Eylül 2020 tarihinde başlamıştır⁷⁹. Bu tarihten evvel, hukuk mahkemelerinde ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım mümkün olmamıştır. Bu nedenle, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın uygulamadaki fayda ve zararları henüz tam olarak tespit edilememiştir.

Mevcut değişiklik ile birlikte dikkat çeken diğer bir hâl, tarafın ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımının gerçekleşebilmesi için artık her iki tarafın da rızasının aranmamasıdır. Getirilen düzenleme ile birlikte tek tarafın rızası ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenebilmek için yeterli görülmüştür. Böylece, taraflardan biri talepte bulunur ve mahkeme izin verirse taraf, ses ve görüntü nakli vasıtasıyla bulunduğu yerden dinlenebilecek ve usûl işlemlerini yapabilecektir. Dikkat edilirse, taraflardan birinin talepte bulunması yeterli görülmemiş, ayrıca mahkemenin de izni aranmıştır⁸⁰. Diğer bir deyişle, taraflardan birinin rızası ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılıma karar verilebilmesi

⁷⁴ CHITRANJALI, s. 1.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİFTÇİ, s. 1 vd.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. PRADO, Edward C. / HYMAN, Leslie Sara: Amerika Birleşik Devletleri Mahkemelerinin Değişen Yüzü, Mahkeme Salonunda Teknolojik İlerlemeler,

www.turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abdmahkeme.pdf s. 40 vd.’dan aktaran ARSLAN, *Doğrudanlık*, s. 241.

⁷⁷ ARSLAN, *İlke*, s. 139.

⁷⁸ “*HMK m. 149 hükmü istisnai bir düzenlemedir ve bu itibarla da uygulamanın istisnai olması gerekir.*” KALE, s. 142. Elektronik duruşma yaygınlaşsa dahi olası keyfi uygulamalardan kaçınılması ve e-duruşma istisnai bir yöntem olarak uygulanmasının sağlanması için bkz. TORAMAN, s. 517.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. III.B.

⁸⁰ “*Bu noktada tek taraflı bir taleple duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla icrasının diğer tarafın haklarına zarar verebileceği veya asıl olandan, yani fiziki ortamda duruşma yapılmasından uzaklaşılacağı gibi eleştirileri gündeme getirebileceği düşünülebilse de, neticede duruşmaların ne zaman ses ve görüntü nakli yoluyla yapılacağına karar verecek olan merci, hâkimdir. Elbette hâkim iki tarafın menfaatini, yargılamanın seyrini ve yargılama ilkelerini ve özellikle de doğrudanlık ilkesini dikkate alarak bir karar verecektir.*” ÖZTEK / TAŞPINAR AYVAZ / KALE, s. 119; GAYRETLİ AYDIN, s. 2115.

için yeterli değildir. Mahkemeye bu hususta bir takdir hakkı tanınmıştır. Kanaatimizce mahkemenin gerekçesiz bir şekilde bu uygulamaya izin vermesi mümkün olmamalıdır, aksi durum hukukî güvenirliliği zedeler⁸¹.

7251 sayılı kanun değişikliğinden önce ses ve görüntü nakline başvurulması konusunda taraf iradesi aranmasının doğrudanlık ilkesine etkisi ile ilgili öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretilerde bir görüşe göre ses ve görüntü nakline başvurulurken tarafların rızasının aranması doğrudanlık ilkesinin de bir gereğidir. Zira mahkemede aslanan delillerin tarafların huzurunda ve doğrudan incelenmesidir⁸². Kanun'un 149. maddesinin 2011 tarihli hükümet gerekçesinde de her iki fıkrada da ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilmesi için tarafların rızasının özel olarak istendiğini, bu isteğin doğrudanlık ilkesinin bir sonucu olduğunu, hâkimin delilleri doğrudan ve tarafların huzurunda incelemesi gerektiğini, bu kapsamda daha etkin değerlendirme yapılabilmesi için tarafların birbirleri arasında tanık ile ya da bilirkişi ile doğrudan aynı mekânda bulunarak soru sorup tartışmak isteyebileceklerini, bu sebeple bir tarafın kabul etmemesi halinde bu yöntemin uygulanamayacağını belirtmiştir⁸³. Öğretilerde başka bir görüşe göre ise ses ve görüntü nakline başvurmak konusunda tarafların iradesine müracaat edilmesi doğrudanlık ilkesinin ihlâli anlamına gelebilir, çünkü bazı hallerde taraflar onay vermezlerse hâkim, istinabe yoluna başvurarak tanığın, bilirkişinin yahut uzmanın dinlenilmesine karar verebilir. Böylelikle doğrudanlık ilkesi daha ağır bir şekilde ihlâl edilmiş olur. Bu hallerde, mahkemenin resen ses ve görüntü nakli yoluna başvurulmasına karar vermesi doğru olur⁸⁴. Değişiklikten sonra taraflardan birinin rızasıyla tarafların yahut resen tanık, bilirkişi yahut uzmanın dinlenilmesine karar verilebilmesi mümkün olmuştur.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın doğrudanlık ilkesi anlamında eleştirilmesinin bir başka nedeni, hâkimin ve duruşmanın ciddiyetinin tarafların ve tanığın doğruyu söylemesinde doğrudan etkili olması, ayrıca ilgililerin mimiklerinin, el ve ayak hareketlerinin hâkim tarafından yeterince gözlemlenememesidir⁸⁵. Hâkimin tanık delili ile ilgili doğru bir değerlendirme yapabilmesi için, onunla doğrudan temas kurması ve hatta ifade psikolojisi biliminin verilerinden yararlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Öğretilerde ileri sürülen bu görüşe göre adalet akademilerinde tanık delilinin değerlendirilmesinde ifade psikolojisiyle ilgili dersler verilmelidir. Böylece hâkim tanığın etki altında kalıp kalmadığını yahut yalan söyleyip söylemediğini daha iyi anlayacaktır⁸⁶. Benzer yönde bir görüşe göre ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım dünyadaki gelişmelere bağlı olarak kullanılması gereken bir yöntemdir, ancak bu durum yargılamanın temel ilkelerine aykırılık teşkil etmemelidir⁸⁷.

Diğer bir görüşe göre ise ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım doğrudanlık ilkesine zarar vermemektedir. Zira ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenen kişinin mimikleri yüksek çözünürlük altında rahatlıkla hâkim tarafından gözlemlenebilmektedir. Günümüzde gelişmiş ses ve görüntü nakli sistemleriyle, dinleme yapılan odanın her yanı görülebilir niteliktedir; bu nedenle dinlenen kişinin baskı altında olması durumu da söz konusu değildir⁸⁸.

⁸¹ Öğretilerde düzenlemenin keyfi bir şekilde tarafların talebi ve hâkimin gerekçesiz şekilde bu yönde uygulamaya gitme ihtimali karşısında, getireceği sakıncalara dikkat çekilmektedir. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 276; DİŞEL, s. 1 vd.

⁸² KALE, s. 144; ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1347. Nitekim Kanun gerekçesi de bu yöndedir. “Her iki fıkrada da tarafların rızası özel olarak aranmıştır. Çünkü doğrudanlık ilkesi gereğince, hâkimin kural olarak delilleri doğrudan ve tarafların huzurunda incelemesi gereklidir. Bu çerçevede, daha iyi değerlendirilme yapılabilmesi açısından, taraflar birbirleri ile ve tanık ya da bilirkişi ile doğrudan aynı ortamda bulunarak soru sormak, cevaplarını tartışmak isteyebilirler. Taraflar kabul etmezse, ses ve görüntü nakli yoluyla diğer tarafın, tanığın veya bilirkişinin uzaktan dinlenmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda ya aynı mahkemede veya istinabe yoluyla başka bir mahkemede doğrudan dinlenme gerçekleştirilecektir.” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393.

⁸³ YILMAZ, s. 2009.

⁸⁴ ARSLAN, *İlke*, s. 140.

⁸⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 277; KALE, s. 144.

⁸⁶ ARSLAN, *İlke*, s. 136.

⁸⁷ ÖZEKES, s. 34.

⁸⁸ GAYRETLİ AYDIN, s. 2119.

Hâkimin ses ve görüntü nakline resen karar verebilmesi hususunda eleştirilen noktalardan biri, yargılamanın taraf odaklı olmaktan çıkarılarak hâkim merkezli olmasına yönelmesidir. Bu görüşe göre, taraf eşitliğine ve vekillerin yargılamadaki konumuna önem veren HMK'ya nazaran, ön inceleme duruşmasına gelen taraf lehine olan düzenlemenin kaldırılması, duruşmalarda ses ve görüntü naklinde hâkime inisiyatif tanınması gibi değişiklikler bu durumun bir göstergesidir⁸⁹.

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tanığın ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenmesi ancak tarafların rızası olması kaydıyla mümkündür. Bunun sebebi olarak tanığın duruşmada bulunma hakkına sahip kişiler olmadan dinlenememesi ve tanığın korunması için aleniyet prensibinin ortadan kaldırılamaması gösterilmiştir⁹⁰. Yapılan değişiklik ile birlikte, mahkemenin resen veya taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. İlk fıkradan farklı olarak, tanık bilirkişi yahut uzmanın dinlenmesinde taraflardan birinin rızası olmasa da mahkeme resen usûli işlemlerin ses ve görüntü nakli yoluyla icrasına karar verebilir. Kanaatimizce, madde hükmü gereği özellikle tanığın, mahkeme dışında bir yerde dinlenmesi çeşitli sorunları da beraberinde getirir. Zira tanığın evinde ya da daha başka bir ortamda dinlenilmesi durumunda, etki altında kalması mümkündür. Tanığın mahkeme dışında bir yerde dinlenilmesi isteniyorsa dinlendiği yerin dört köşesini de görebilecek kameraların varlığı, bunun için de teknik altyapının sağlam olması gereklidir. Zira dinlendiği odada başka bir kişinin olması durumunda etki altında kalması mümkündür. Teknik donanımın yeterli olduğu varsayımında dahi tanığın mahkemenin otoritesi altında dinlenilmesi, sağlıklı bir ifade vermesi açısından daha faydalı olacaktır. Nitekim Yönetmelik'le "*tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve diğer ilgililerin buldukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerden*" duruşmaya katılabilecekleri düzenlenmiştir (Yön m. 11/2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin üçüncü fıkrasında mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgilileri resen dinleyebileceği hususu düzenlenmiştir. Elbette, tarafların veya ilgililerin talebiyle de mahkemenin bu konuda karar vermesi mümkündür. Fıkra ile ilgili eleştirilmesi gereken husus, tasarruf ilkesinin duruşmaların yürütülmesi ile ilgili taraflara bir yetki vermemesidir. Bu anlamda, tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalar ile mahkemenin ses ve görüntü nakline resen karar vermesi konularının ilişkilendirilmesi kanaatimizce doğru değildir. Üstelik, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalar çoğunlukla kamu düzeni, küçüğün korunması vb. sebeplerden kaynaklanmaktadır. Bu hallerde ilgililerin mahkemede dinlenmesi hususu önem arz etmektedir. Oysa kanun koyucu aksi şekilde, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalarda resen ses ve görüntü nakline karar verileceğini düzenlenmiştir.

B. Kanun Değişikliğiyle İlişkili Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinde yapılan değişiklik ve ülkemizde e-duruşmanın fiilen uygulanmaya başlanmasıyla birlikte, ses ve görüntü nakli vasıtasıyla duruşmaların görülmesinin ülke genelinde yaygınlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesiyle hukuk yargılamasında ses ve görüntü nakli kullanımı düzenleme altına alınsa da teknik ve altyapı eksiklikleri nedeniyle hemen uygulamaya geçilememiştir. Belirtilen düzenlemenin henüz uygulamadaki karşılığı görülmeden ve eksiklikler belirlenmeden yeni bir kanun değişikliğine gidilmiştir. Kanun değişikliği ile birlikte uygulamada karşımıza çıkabilecek birçok soru ve probleme cevap aramak gerekecektir.

⁸⁹ "Bu değişikliklerden anlaşılabilir, gerekçede uygulamanın ihtiyacı olarak ortaya konulan şeyler, tarafların ve avukatların, diğer yargı bileşenlerinin ihtiyaçlarından çok, mahkeme ve hâkim merkezli bir uygulama ihtiyacıdır. Esasen avukatların ve baroların konuyla ilgili olarak kurumsal görüşünün alınmaması da bunun bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır." PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Değişiklik*, s. 1 vd.

⁹⁰ GAYRETLİ AYDIN, s. 2105.

Ses ve görüntü nakli vasıtasıyla yürütülen duruşmalarda, imza alınması gereken hallerde bunun nasıl sağlanacağı hususu önem arz etmektedir. Duruşma sırasında düzenlenen tutanaklarda bulunması gereken unsurlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 154. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre duruşmada yapılan usûlî işlemler tutanağa geçirilmeli, bu tutanaklarda belirtilen bazı usûlî işlemlerde ilgililerin imzası bulunmalıdır. Örneğin taraflardan birinin yemin edasında, beyanda bulunana okunmak suretiyle imzası alınarak tutanak düzenlenmeli (HMK m. 154/3-ç), yahut tanık beyanının tutanağa geçirilmesinden sonra tutanağın altı tanığa imzalatırılmalıdır (HMK m. 261/f-5). Ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan duruşmalarda taraf, tanık yahut bilirkişi beyanları mahkemece yine tutanağa geçirilmek durumundadır. Kanun değişikliğinden önce öğretide tutanakların altının sonradan hâkim huzurunda imzalanabileceği belirtilmekteydi⁹¹. Yönetmelik'te; e-Duruşma Sistemi yoluyla beyanda bulunan tarafın, vekilin veya ilgililerin imzasının alınması gereken diğer durumlarda, mahkemece düzenlenen ve güvenli elektronik imza ile imzalanan duruşma tutanağının e-Duruşmanın yapıldığı adliyeye elektronik ortamda gönderileceği düzenlenmiştir. Maddeye göre “*e-Duruşmaya tahsis edilen yerde görevlendirilen yazı işleri müdürü veya zabıt kâatibi elektronik ortamda gelen duruşma tutanağının ilgili kısmına beyanda bulunanın imzasını alır ve evrakı tarayarak sistem üzerinden mahkemesine geri gönderir*” (Yön m. 13/5). Dikkat edilirse bu durum, e-duruşmanın ilgililerin bulunduğu yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerden duruşmaya katılabileceği öngörülen hallerde geçerlidir. Taraf vekili ve isticvap olunacak veya yemin edecek olan hariç, taraf, vekili ile birlikte Yönetmelik'in 11. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen şartlar dâhilinde istedikleri yerden duruşmaya katılabilir. “*Vekil ya da vekil ile birlikte taraf, duruşmaya adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerden duruşmaya katılmazsa e-Duruşma Sistemi yoluyla beyanda bulunan taraf ve vekilin imzası, UYAP'a entegre olmuş güvenli elektronik imza ile alınabilir*” (e-Duruşma Y. m. 13/6).

Ses ve görüntü nakli vasıtasıyla yapılan duruşmalar, fiziki ortamda yapılacak duruşmalarla benzer usûl kurallarına tabidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yemin, hükmün tefhimi gibi bazı hallerde duruşmada bulunanların ayağa kalkacağını düzenlemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, taraf yemini konusunda, “*yeminin şekli*” başlıklı 233. maddesinin 5. fıkrasına göre “*yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar*”. HMK, tanığın yapacağı yemini “*yeminin zamanı ve şekli*” başlıklı 258. maddesinde düzenlemiştir. Maddeye göre “*yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar*”. HMK'nın “*Hüküm, Hükmün Verilmesi ve Tefhimi*” başlıklı 294. maddesinin 5. fıkrasında ise “*Hükmün tefhimini, duruşmada bulunanlar ayakta dinler*” denilmek suretiyle, hükmün açıklanmasının ayakta dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁹². Kanaatimizce, ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenen kişinin, HMK'da belirtilen hallerde ayağa kalkması gerekmektedir. Zira ses ve görüntü nakli vasıtasıyla görülen duruşmalarda, yalnızca görüntülü bir sistem vasıtasıyla ilgilinin dinlenmesine olanak sağlanmakta, duruşma aynı şekilde görülmeye devam etmektedir. Ayrıca belirtilen hükümler, duruşmaların ciddiyetine katkı sağlamaktadır. Bu nedenle ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenen kişinin ayağa kalkma zorunluluğu bulunan hallerde bundan muaf tutulması düşünülemez.

Avukatlar, mahkemelere Türkiye Barolar Birliği tarafından şekli belirlenen cübbeyle çıkmak zorundadır (AvK m. 49/1). Kanun maddesinde, fiziki olarak yahut ses ve görüntü nakli vasıtasıyla mahkemelere katılmak konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Kanaatimizce ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenen vekil de duruşmaya mutlaka cübbeyle katılmak durumundadır. Her ne kadar fiziki olarak mahkeme salonunda bulunulmasa da bu hükmü geniş olarak yorumlamak ve ses ve görüntü nakli vasıtasıyla yürütülen duruşmaları da buna dâhil etmek yerindedir. Duruşmaların ciddiyeti bunu gerektirir.

Kanun değişikliğinden önce tarafların ses ve görüntü nakline ilişkin iradelerini geri almalarının mümkün olduğu kabul edilmekteydi⁹³. Kanun değişikliğiyle taraflardan biri talep ettiyse veya mahkeme resen ses ve görüntü nakline karar verdiyse bu durumda tarafın iradesini geri alması mümkün mü-

⁹¹ KALE, s. 152.

⁹² ALTUNEL, M.: “Duruşma Sırasında Ayağa Kalkma Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 110, s. 402.

⁹³ KALE, s. 148.

dür? Kanaatimizce bu noktada ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Taraflardan birinin talebi üzerine ses ve görüntü nakline karar verildiyse tarafın iradesini geri almasında bir beis görülmemelidir. Zira tarafların ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenmesinde esas olan tek tarafın irade beyanı olarak görülmüştür (HMK m. 149/1). Tanık, bilirkişi ya da uzmanın ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenmesini taraflardan biri talep ettiyse -taraf iradesini geri alsa da- mahkeme, tanık bilirkişi ya da uzmanın resen ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenmesine karar verebilir.

Kanun değişikliğinden önce isticvap ve yeminde açıkça taraf iradesinden bahsedilmese de tarafların rızasının aranması doğrudanlık ilkesinin gereği olarak kabul edilmekteydi⁹⁴. İsticvap davanın temelini oluşturan vakıalarla ilgili taraf sorgusudur⁹⁵. Yemin ise ancak taraflarca eda edilir⁹⁶. Dikkat edilirse her iki usûl işlemi de taraflarca yerine getirilir. Bu nedenle isticvap ve yeminde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 149. maddesinin 1. fıkrasının kıyasen uygulanarak taraflardan birinin talebi üzerine mahkemenin ses ve görüntü nakline karar vermesi mümkün olmalıdır. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik’e göre, “*isticvap olunacak veya yemin edecek taraf, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve mahkemeye bizzat gelemiyor ise öncelikle e-Duruşma Sistemi yoluyla isticvap olunur veya yemin ettirilir*” (e-Duruşma Y. m. 10/3). Yönetmelik’e göre, isticvap olunacak ya da yemin edecek kişi mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve mahkemeye bizzat gelemiyor ise bu halde mahkemenin resen bu usûl işlemlerinin yapılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.

Taraflar, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat ve sözlü yargılama için duruşmaya davet edilir. Taraflara gönderilecek davetiyede, belirlenen gün ve saatte geçerli bir özrü olmadan mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri; tahkikatın sona erdiği duruşmada sözlü yargılamaya geçileceği, sözlü yargılama için duruşmanın ertelenmesi hâlinde taraflara ayrıca davetiye gönderilmeyeceği ve 150’nci madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, yokluklarında hüküm verileceği bildirilir (HMK m. 147). Hukuk mahkemelerinde kural, taraflara usûlüne uygun davetiye çıkarılması, tarafların duruşmada hazır bulunması ve savunma yapabilmelerine imkân tanınması ve böylelikle hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesidir. Usûlüne uygun davet edilen taraf davacı ise ve davasını takip etmek istiyorsa kendisi ya da vekili duruşmaya katılmalıdır. Eğer duruşmaya katılma imkânı yoksa mazeretini mahkemeye bildirmeli, belgelemeli ve duruşma gününün kendisine bildirilmesi için gerekli giderleri yatırmalıdır. Davayı takip etmek isteyip de buna imkân yoksa bu durumu dilekçesi ile bildirmeli, belgelemeli ve tebliğ giderlerini yatırmalıdır. Mahkeme davacı ya da davalının mazeretini kabul ederse tarafa yeni bir duruşma günü bildirir⁹⁷. Kanaatimizce, ses ve görüntü nakli vasıtasıyla görülen duruşmalarda da mazeret sunulması mümkün olmalıdır. Zira duruşmaya mazeret sunulması, vekilin aynı saatte başka bir duruşmasının olması, vekilin aynı saatte başka bir dosyası için keşif yapılacak olması, taraf ya da vekilinin hastalığı vb. birçok sebepten kaynaklanabilir. Ancak mahkeme ses ve görüntü nakli vasıtasıyla vekilin ya da ilgilinin dinleneceği hallerde, mazeretin kabulünü daha sıkı şartlara tâbi tutmalıdır. Zira ses ve görüntü nakli vasıtasıyla duruşmaya katılmak, fiziken duruşmaya katılmaktan daha kolaydır.

⁹⁴ KALE, s. 149.

⁹⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 299; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 543 vd.; BUDAK / KARAASLAN, s. 225 vd.; KURU / AYDIN, s. 233 vd.; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 378 vd.; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, s. 374 vd.

⁹⁶ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 396; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 508 vd.; BUDAK / KARAASLAN, s. 271 vd.; KURU / AYDIN, s. 297; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR / HANAĞASI, s. 435 vd.; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, s. 523 vd.

⁹⁷ “*Davalı-karşı davacı vekili, 30.09.2015 tarihli karar duruşmasına, duruşması olduğundan bahisle mesleki mazereti sebebiyle duruşmaya katılmayacağını bildirir dilekçe göndermiş olup, mahkemece davalı-karşı davacı vekilinin mazeretinin kabulüne karar verildiği halde taraf vekilinin yokluğunda yargılamaya devam edilerek esas hakkında karar verilmiştir. Halbuki, davalı-karşı davacı vekilinin mazereti kabul edildiğine göre, yeni duruşma günü ve saati bildirilerek, usûlün davalı-karşı davacı vekiline tanıdığı hakların kullanılmasına olanak sağlanmalıdır.*” Yargıtay, 4. HD., T. 13.01.2017, E. 2016/12286, K. 2017/127, (Kazancı İçtihat Bankası).

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde mahkemenin kendiliğinden duruşmanın ses ve görüntü nakli vasıtasıyla yapılmasına karar verdiği hallerde, masrafların karşılanması konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre mahkeme, masrafın yatırılması için taraflara öncelikle süre vermeli, belirlenen süre içerisinde masraf yatırılmazsa ileride gideri ödemesi gereken taraftan almak üzere Hazineye ödenmesine hükmetmelidir⁹⁸.

7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin dördüncü fıkrasına mahkemenin, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünü alarak, fiilî engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına karar verebileceği eklenmiştir. Düzenlemede yer alan "il sınırları" ifadesi tartışmaya açıktır⁹⁹. Zira Hâkimler Savcılar Kurulu Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca afet, iç karışıklık gibi hallerde Adalet Bakanlığının tüm davaları başka bir yer mahkemesine aktaracağı düzenlenmiştir.

Taraflardan biri tanığın ses ve görüntü nakli yöntemiyle dinlenmesi halinde etki altında kalacağını belirten somut veriler sunarsa ve bu nedenle doğrudanlık ilkesine uygun olarak mahkemede dinlenmesini talep ederse mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılıma karar verebilir mi? Kanaatimizce bu durumda mahkeme, takdir yetkisi gereğince, tanığın duruşmada bizzat dinlenilmesini isteyebilir. Hâkim iki tarafın menfaatini, yargılamanın seyrini ve yargılama ilkelerini ve özellikle de doğrudanlık ilkesini dikkate alarak bir karar verecektir.

Değinilmesi gereken bir başka husus, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımda ses ve görüntünün kayıt altına alınıp alınmayacağıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 153. maddesi ve Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik'in 14. maddesinin 2. fıkrasına göre "*duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Yalnızca, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir*" (HMK m. 153 ve e-Duruşma m. 14/2). "*Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz*" (HMK m. 153 ve e-Duruşma Y. m. 15/3). Kanun ve Yönetmelik'in açık hükümleri uyarınca duruşmalarda ses ve görüntünün kaydı mümkün olmamalıdır. Videokonferans yoluyla yapılan duruşmanın kayıt altına alınabilmesi için yargılamanın zorunlu kıldığı bir hal sebebiyle mahkemenin bu konuda bir karar alması gereklidir¹⁰⁰. Bu hallerde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) uygulama alanı bulmaz. Zira KVKK'nın 28. maddesi hükmünün 1. fıkrasının (d) bendine göre "*kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*" halinde bu Kanun'un hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır¹⁰¹. "*E-Duruşma sistemi ile elde edilen bu kayıtlar, mahkemece e-Duruşmanın yöneltildiği bilgisayarda veya veri depolayabilen aygıtta aktarılarak dosyasında saklanmak üzere Merkezi Kayıt Sisteminde iki hafta süre ile muhafaza edilir. Süre sonunda Merkezi Kayıt Sistemindeki bu veriler geri döndürülemeyecek şekilde silinir*" (e-Duruşma Y. m. 15/2).

Tarafın, tanığın yahut bilirkişinin kısmî ya da tam ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmesi mümkün müdür? Kısmî ses ve görüntü nakli ile kastedilen dinlenecek kişilerin bir kısmının ses ve görüntü nakliyle diğer kısmının duruşmada canlı olarak dinlenilmesidir. Bu halde örneğin, tanıkların yüzleştirilmesi bu şekilde yapılabilir mi? Yahut tüm ilgililerin videokonferans aracılığıyla dinlendiği tam ses ve görüntü nakliyle tanıkların bu yolla yüzleştirilmesi mümkün müdür? Kanaatimiz, buna kanunda öngörülen herhangi bir engel bulunmadığıdır. Ses ve görüntü nakliyle duruşmalara katılımın amacı ve usûl ekonomisi de göz önüne alındığında, kısmî ve tam ses ve görüntü naklinin mümkün olduğu dü-

⁹⁸ Aynı yönde bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, *Usûl*, s. 293.

⁹⁹ Keza belirtilen durumlarda fiilî engel açısından esasen yargı yerinin belirlenmesi yoluna başvurulması icap ederdi. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 437.

¹⁰⁰ Böyle bir durumda da kaydı mahkeme almalıdır. Aynı yönde MIDİK, s. 1 vd.

¹⁰¹ 07.04.2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmî Gazete.

şüncesindeyiz. Tanıkların Adalet Bakanlığınca öngörülen SEGBİS odalarında dinlenmesi gerektiği görüşümüz dikkate alınarak¹⁰² sakıncaların büyük bir kısmı da bu yolla bertaraf edilebilecektir. Bu nedenle yüzleştirmenin de videokonferans yöntemiyle yapılabileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Doğrudanlık ilkesi, davanın açılmasından hüküm verilmesine kadar, yargılama ve özellikle delil toplama evrelerinin hâkimin gözetim ve denetiminde yapılmasını ifade eder. İlke, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. ve devamı maddelerinde düzenlenen “*Yargılamaya hâkim olan ilkeler*” kapsamında düzenlenmemiştir. Ayrıca Kanun'da ilkenin tanımına da yer verilmemiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 197. maddesi başta olmak üzere pek çok hükmünde doğrudanlık ilkesine yer verildiği görülmektedir. Doğrudanlık ilkesi şekli anlamda doğrudanlık, maddi anlamda doğrudanlık ve zamansal anlamda doğrudanlık olmak üzere üçlü bir ayrımla incelenebilir. Şekli anlamda doğrudanlık, araya başka bir hâkim girmeden (örneğin istinabe halinde) duruşmanın yapılması ve davaya bakan mahkemenin hâkiminin delillerin toplanması sürecine doğrudan dâhil olmasıdır. Maddi anlamda doğrudanlık, hâkimin en yakınındaki ve daha adil karar vermesine yardımcı olacak delili değerlendirmesi, dolaylı ya da sonradan oluşturulan delil aracını kullanmaktan imtina etmesi anlamına gelir. Zamansal doğrudanlık, hâkimin mümkün olduğu kadar kısa sürede karar vermesini, duruşmaların aralıksız yapılmasını; böylece delillerin araya zaman girmeden değerlendirilmesini gerektirir. Doğrudanlık ilkesi ne çeşitli zorunluluklardan istisnalar tanınabilmektedir. İstinabe, naip tayini, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi, hâkim değişikliği, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım bu istisnaları oluşturur.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın hukukumuzda uygulama alanı bulması, 2004 yılında Ceza Muhakemeleri Kanunu ile olmuştur. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'e göre SEGBİS, UYAP'ta ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi olarak tanımlanmaktadır. Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın hukuk yargılamalarında kullanılması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesi ile uygulanma alanı bulmuştur. 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun birçok maddesinde olduğu gibi 149. maddesinde de değişiklik yapılmıştır. 30 Haziran 2021 tarihinde ise Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre taraflar, tanık veya bilirkişi ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenebilir (HMK m. 149), isticvap ve yeminde de ses ve görüntü nakli yoluna başvurulabilir. Hukukumuzda keşifte bu yönteme başvurmak henüz mümkün değildir. Açık bir düzenleme bulunmasa da feri müdahilin de ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenebileceği öne sürülmüştür.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım sayesinde farklı illerde ya da yurtdışında bulunan taraf, tanık, bilirkişi ve uzman mahkemece daha ucuz ve süratli şekilde dinlenebilmektedir. Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım, adliyelerdeki yoğunluğu da azaltmaktadır. Özellikle pandemi döneminde, hastalığın bulaş hızını azaltmak için ses vasıtasıyla katılım oldukça önem arz etmektedir. Ses ve görüntü nakli ile bağlanılan yerin tüm noktalarının mahkeme tarafından görülebilmesi mümkün olmalıdır. Aksi durumda dinlenen kişi, başkaları tarafından etki altında bırakılabilir. Ayrıca ses ve görüntü naklinin aynı anda gerçekleşmesi için teknik donanımın sağlam olması gereklidir. İlgiliye bir yerden yardım almasına mahal verecek süre verilmemeli ya da teknik bir aksaklığı gerekçe göstererek zaman kazanması mümkün olmamalıdır. Ülkemiz bakımından ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım için mahkemelerin teknik donanımı yeterli değildir.

E-duruşma uygulaması 15 Eylül 2020 tarihi itibarıyla yalnızca pilot olarak seçilen bir mahkemede uygulanmaya başlanmış olmakla birlikte zamanla İstanbul, Ankara ve İzmir de dâhil olmak üzere top-

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. II.B.

lamda birçok il merkezi ve 505 mahkemede uygulanabilir hale gelmiştir. 22 Temmuz 2020 tarihinde, 7251 sayılı kanun değişikliği ile 149. maddede yapılan değişikliğin akabinde, 20 Ekim 2020 tarihinde ülkemizde birçok mahkemede e-duruşma sistemine geçiş yapılmıştır.

7251 sayılı kanun değişikliğinden önce ses ve görüntü nakline başvurulması konusunda taraf iradesi aranmasının doğrudanlık ilkesine etkisi ile ilgili öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bir görüşe göre ses ve görüntü nakline başvurulurken tarafların rızasının aranması doğrudanlık ilkesinin de bir gereğidir. Zira mahkemede aslanan delillerin tarafların huzurunda ve doğrudan incelenmesidir. Diğer bir görüşe göre ise ses ve görüntü nakli uygulaması doğrudanlık ilkesine zarar vermemektedir. Nitekim ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenen kişinin mimikleri yüksek çözünürlük altında rahatlıkla hâkim tarafından gözlemlenebilmektedir. Günümüzde, gelişmiş ses ve görüntü nakli sistemleriyle, dinleme yapılan odanın her yanı görülebilir niteliktedir; bu nedenle dinlenen kişinin baskı altında olması durumu da söz konusu değildir.

E-Duruşma yönünden yeni düzenleme ve uygulamalarla birlikte birçok soruya da cevap aramak gerekecektir. E-Duruşma yapılacak salonun neresi olacağı, usûli işlemlerin nasıl yürütüleceği, avukatların cübbe giyme zorunluluğu, tam ses ve görüntü nakli yahut kısmi ses ve görüntü naklinin mümkün olup olmadığı bu hallerdendir. Bu sorulara çalışmamızda tek tek cevap vermeye çalıştık. Öneme binaen e-duruşma yapılacak salonun neresi olacağına tekrar değinmek isteriz. Kanaatimizce kanun değişikliği ile madde hükmüne eklenen “*kişinin bulunduğu yer*” ifadesi oldukça belirsiz olarak kullanılmıştır. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik ile e-duruşmanın yapılacağı yerin neresi olacağına açıklık getirilmiştir. Yönetmelik’e göre taraf ile mahkemece e-Duruşma Sistemi yoluyla dinlenilmesine karar verilen tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililer buldukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerden duruşmaya katılabilir. Taraf vekili ve isticvap olunacak veya yemin edecek olanlar hariç olmak üzere taraf, vekili ile birlikte Yönetmelik’in 11. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen şartlar dâhilinde istedikleri yerden duruşmaya katılabilir.

Teşekkür Beyanı: İlgili çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk doktora programı “Medeni Usûl Hukukunun Temel Kavramları” dersi kapsamında hazırlanmıştır. Bu vesileyle, ders kapsamında görüş ve önerilerini benimle paylaşan değerli hocam Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES’e, sevgili meslektaşım Arş. Gör. Abdülkadir HAŞHAŞ’a ve dersi alan diğer arkadaşlarıma teşekkür ederim. Ayrıca çalışmayı okuyup, fikirlerini benimle paylaşan kıymetli hocam Doç. Dr. Tolga AKKAYA’ya teşekkürlerimi sunarım.

KAYNAKÇA

- ABANOZ ÖZTÜRK, Buket: “Deepfake İkilemi: Sadece Eğlence mi? Tehditler ve Hukuki Tartışmalar”, 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/deepfake-ikilemi-sadece-eglenec-mi-tehditler-ve-hukuki-tartismalar/>, E.T.: 23.11.2021).
- AKKAN, Mine: “Medenî Usûl Hukukunda Tamğa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 555-609.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2009.
- ALTUNEL, Mesude: “Duruşma Sırasında Ayağa Kalkma Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 110, s. 399-402.
- ARSLAN, Aziz Serkan: *Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi*, Ankara, 2012 (Doğrudanlık).
- ARSLAN, Aziz Serkan: “Doğrudanlık İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, s. 133-144 (İlke).
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ARSLAN, Ali Çetin: “Alman ve Avusturya Hukuklarında COVID-19 Salgınının Yargılamalara Etkisi ve Türkiye Bakımından Düşündürdükleri”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/alman-ve-avusturya-hukuklarında-covid-19-salgininin-yargilamalara-etkisi-ve-turkiye-bakimindan-dusundurdukleri/>, E.T.: 23.11.2021).
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang/ ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter: *Zivilprozessordnung*, 77. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2019.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- CHITRANJALI, Negi: “Concept of Video Conferencing in ADR: An Overview - Access to Justice”, 2015 (<https://ssrn.com/abstract=2662344>, E.T.: 23.11.2021).
- ÇİFTÇİ, Pınar: “Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medenî Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>, E.T.: 23.11.2021).
- DİŞEL, Buse: “İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medenî Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/isvire-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisindan-degerlendirilmesi/>, E.T.: 23.11.2021).
- GAYRETLİ AYDIN, Seda: “Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, s. 2101-2126.
- GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- KALE, Serdar: “Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149)”, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2013, Sayı 25, s. 141-155.
- KARSLI, Abdürrahim: “*Medeni Muhakeme Hukuku*”, 4. Bası, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2014.
- KURT, Nesibe: “Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi”, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 599-625.


- KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7251 Sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- MIDİK, Barış: “Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, E.T.: 23.11.2021).
- MUSILEAK, Hans Joachim / VOIT, Wolfgang: *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 12. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2015.
- NISSEN, Andreas: *Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess*, Peter Lang, Frankfurt, 2004.
- ÖZEKES, Muhammet: *7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler*, Kayseri Barosu, 2020.
- ÖZEKES, Muhammet / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: “COVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Küllî İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/>, E.T.: 23.11.2021).
- ÖZTEK, Selçuk / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / KALE, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi’nin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 149, s. 77-152.
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020 (Usûl).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, E.T.: 23.11.2021) (Değişiklik).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 150, s. 245-299 (Değerlendirme).
- RECHBERGER, Walter / SIMOTTA, Daphne-Ariane: *Grundriss des Österreichischen Zivilprozessrechts*, Manz Verlag, Wien, 2010.
- TANRIVER, Süha: *Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- TORAMAN, Barış: “Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında E-Duruşma”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal: *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- YERDELEN, Erdal: “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (Segbis) Kullanımı (Videokonferenz Im Türkischen Strafprozessrecht)”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 271-287.
- YILDIRIM, Kamil: “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt II, s. 3027-3045.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması^(*)

Submission of the Judicial Search Decision Given by the Public Prosecutor or the Law Enforcement Chief to the Approval of the Judge in Turkish Criminal Procedure Law

Oğuzhan SAPAN  

Hâkim

İstanbul Anadolu Adliyesi 

Anahtar Kelimeler

*Adli Arama,
Arama Kararının
Hâkim Onayına
Sunulması,
Aramanın
Onaylanması,
Yasama İhmali,
Anayasa'nın Doğrudan
Uygulanabilirliği.*

Keywords

*Judicial Search,
Submission of the
Search Warrant to the
Judge's Approval,
Approval of the
Search,
Legislative Neglect,
Direct Applicability of
the Constitution.*

Öz

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Anayasa'nın koymuş olduğu ilkeler doğrultusunda adli arama ve elkoyma konularını düzenlemektedir. Hâkim kararı olmadan yetkili merciin kararı ile arama yapılması durumunda bu kararın hâkimin onayına sunulması yönündeki Anayasa hükümlerine CMK'da yer verilmemiştir. Bu nedenle hâkim tarafından arama kararının onaylanmasına ilişkin karar verilmesinin gerekli olup olmadığı doktrin ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazar, bu halde verilen arama kararının hâkim onayına sunulmasının gerekli olmadığını belirtmiştir. Bir kısım yazar da Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunduğunu ifade ederek arama kararının hâkim onayına sunulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Yüksek yargı kararlarına bakıldığında, ilk derece mahkemelerinin bu konu ile ilgili olarak yapmış olduğu yorumların inceleme dışında kaldığı görülmektedir. Bu çalışmada doktrindeki görüşler ve yargı kararları değerlendirilecektir.

Abstract

Code of Criminal Procedure No. 5271 (CMK) regulates judicial search and seizure issues in line with the principles laid down by the Constitution. In the case of a search by the decision of the competent authority without a judge's decision, the constitutional provisions that this decision is submitted to the approval of the judge are not included in the CMK. For this reason, whether it is necessary to give a decision to approve the search warrant by the judge is debatable in doctrine and judicial decisions. In the doctrine, some authors stated that it is not necessary to submit the search warrant given in this situation to the approval of the judge. Some authors also stated that the provisions of the Constitution have the ability to be applied directly, and it was concluded that the search warrant should be submitted to the approval of the judge. When the subject is examined in terms of high judicial decisions, it is seen that the comments made by the first-instance courts on the subject are out of the scope of the review. In this study, opinions in the doctrine and judicial decisions will be evaluated.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 13.09.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 14.12.2021.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde bir suçun işlendiğine dair şüphe edinilmesi halinde, suçun işlenip işlenmediğini ve işlenmişse kim tarafından işlendiğini ortaya çıkarabilmek için yargılamanın yapılabilmesi veya verilebilecek hükmün yerine getirilebilmesi amacıyla temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan koruma tedbirlerine başvurmak gerekebilir¹.

Koruma tedbirlerinin uygulanması ile temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiğinden, koruma tedbirleri kanun ile sınırlı sayıda belirlenmiştir. Hukukumuzda CMK m. 90 ve devamında koruma tedbirleri başlığı altında yakalama ve gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda kalınması, gizli soruşturmacı atanması ve teknik araçlarla izleme tedbirleri düzenlenmiştir.

Bu çalışmada öncelikle genel hatlarıyla adli arama ve usulü incelenecek, sonrasında Anayasa m. 20/2-c. 2 ve m. 21/c. 3'deki düzenlemeler ışığında hukukumuzda arama kararının onaylanması kurumunun bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

I. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ADLİ ARAMA

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8 ve Anayasa m. 20/1 ve 21 özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ve konut dokunulmazlığını teminat altına almıştır. Ancak AİHS ve Anayasa bu haklara ilişkin bir kısım sınırlama sebeplerine yer vermiştir.

Anayasa'ya göre millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak kişilerin üstü, özel kâğıtları ve eşyası ancak hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca olan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile aranabilir ve yine aynı sebeplerle ve aynı usulle kişilerin konutlarına girilerek arama ve elkoyma işlemi yapılabilir (m. 20/2 ve 21). Yapılacak sınırlamanın sınırı da Anayasa m. 13'te çizilmiştir. Buna göre *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*.

AİHS m. 8/2 de kişilerin özel hayatı ve aile hayatı ile konutuna saygı gösterilmesi hakkının sınırlanabileceği halleri düzenlemektedir. Buna göre *“Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”*.

Görüldüğü üzere gerek Anayasa gerekse de AİHS kişinin özel hayatı, aile hayatı ve konutuna yönelik müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde, belirtilen sebeplerle ve kanunla öngörülmüş olması kaydıyla yapılabileceğini hüküm altına almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi önüne gelen olaylarda müdahalenin AİHS'e ve Anayasa'ya uygunluğu için bu şartların varlığını aramaktadır².

¹ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 369; DOĞAN, Duygu Çağlar: “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 92, s. 160; KESKİN KIZIROĞLU, Serap: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 58, Sayı 1, s. 141; YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 322 vd.

² YILMAZ, Yeşim: “Bir Ceza Muhakemesi İşlemi Olarak Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 124, (YILMAZ, Y.), s. 251-252; YILMAZ, Zahit: “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında ‘Konutta Arama’”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, Sayı 17, (YILMAZ, Z.), s. 166 vd.

Anayasa m. 20/2 ve 21'in verdiği yetki ile bu haklara bir müdahale niteliğindeki arama ve elkoyma işlemlerinin nasıl yapılacağı CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir³. Ayrıca ikincil mevzuat olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği⁴ (Yönetmelik) ile Suç Eşyası Yönetmeliği⁵ bulunmaktadır.

B. Adli Aramanın Usulü

Bir koruma tedbiri⁶ olan adli arama Yönetmelik m. 5'te, "[b]ir suç işlemek veya buna iştirak veya hut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında ve aracında yapılan araştırma işlemi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ceza muhakemesi hukukumuzda aramanın konusunu konut, işyeri ve aramanın muhatabının kendisine ait diğer yerleri, özel kâğıtları, eşyası ve aracı oluşturmaktadır. Şüpheli veya sanığın kaba dış beden muayenesi hariç, kişilerin bedenleri üzerinde yapılacak arama benzeri işlemler bu kapsamda değerlendirilmemektedir⁷. Bunlar CMK m. 75 ve devamında beden muayenesi işlemi olarak adlandırılmaktadır ve farklı usullere tabidir. Ayrıca, arama kararı alınmasını gerektirmeyen istisnai haller Yönetmelik m. 8'de sayılmıştır⁸. Bunun yanında arama ile gizli olanın elde edilmesi amaçlandığından çıplak gözle görülen şeyin bulunduğu yerden alınması da arama sayılmayacaktır⁹.

Hukukumuzda göre adli arama şüpheli veya sanığın yakalanması ve/veya suça dair delillerin elde edilmesine yönelik olarak yapılır (CMK m. 116/1 ve 117/1). Arama sonucuna göre yakalama veya elkoyma tedbirlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Fakat arama yapılmadan da elkoymanın uygulanması mümkündür. Söz gelimi, bir eşyanın kişinin muhafazası altında olduğu biliniyor ancak arama sonucunda ele geçirilemeyeceği düşünülüyorsa veya eşyanın nerede saklandığı bilinmiyorsa elkoyma tedbiri uygulanır¹⁰. Lakin tek başına elkoyma kararı kişinin üzerinin, konutunun veya eşyasının aranmasını sağlamaz¹¹. Bu doğrultuda CMK'da hakkında elkoyma kararı bulunan eşya veya malvarlığı değerinin kişilerce tesliminin zorunlu olduğu, aksi halde kişiler hakkında disiplin hapsi uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır (CMK m. 124/1). Buradaki zorunluluğun şüpheli, sanık ve tanıklıktan çekinebilecek kişiler hakkında uygulanamayacağını belirtmesi gerekir (CMK m. 124/2).

Arama kararı verilebilmesi için şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunması gerekir (CMK m. 116/1). Makul şüphe, Yönetmelik

³ Bunun dışında özel kanunlarda arama ve elkoymaya ilişkin özel hükümler vazedilmiştir (5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 9, 6831 sayılı Orman Kanunu m. 88, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 58, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 88, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 142 ve 146 gibi).

⁴ 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazete.

⁵ 23.03.2016 tarih ve 29662 sayılı Resmî Gazete.

⁶ Centel / Zafer, kanundaki yerinin aksine aramanın bir koruma tedbiri değil delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtası olduğu kanaatinde. Bkz. CENTEL / ZAFER, s. 451.

⁷ DOĞAN, s. 160; KESKİN KIZIROĞLU, s. 146, 154; ÖZBEK, Veli Özer / BACAĞSIZ, Pınar: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 1, s. 171; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 288; ÖZEL, Kadir Can: "Bir Koruma Tedbir Olarak Arama", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 21, Özel Sayı: Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, s. 1225 ve 1240; YILMAZ Y., s. 267-268; Yargıtay, CGK., T. 25.11.2014, E. 2013/9-610, K. 2014/512; T. 15.03.2005, E. 2005/10-15, K. 2005/29.

⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. GÜLŞEN, Recep: "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeyen Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, Sayı 9, s. 17 vd.; KESKİN KIZIROĞLU, s. 154 vd.; bu doğrultudaki kararlar için bkz. Yargıtay, CGK., T. 26.06.2018, E. 2016/20-761, K. 2018/305, T. 16.05.2019, E. 2016/20-431, K. 2019/436, T. 06.12.2018, E. 2016/20-851, K. 2019/619.

⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 287; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SİRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 503 ve 510; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 409; Yargıtay, CGK., T. 17.01.2017, E. 2016/7-63, K. 2017/9, T. 02.05.2019, E. 2016/20-465, K. 2019/369.

¹⁰ CENTEL / ZAFER, s. 463.

¹¹ CENTEL / ZAFER, s. 463.

m. 6/1-2’de aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenen, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan somut olgulara dayanan şüphe olarak tanımlanmaktadır. Yönetmelik’e göre makul şüphede ihbarı veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir (Yönetmelik m. 6).

Arama kararında aramanın nedenini oluşturan fiilin; aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresinin ya da eşyanın; karar veya emrin geçerli olacağı sürenin belirtilmesi gerekir¹² (CMK m. 119/2).

Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde yapılacak arama işlemi kural olarak güneşin doğuşundan bir saat sonra başlayan ve batışından bir saat öncesine kadar devam eden süre olarak tanımlanan [5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 6/1-e] gündüz vakti yerine getirilir. Ancak suçüstü halinde (CMK m. 2/j), gecikmesinde sakınca bulunan hallerde veya yakalanmış ya da gözaltına alınmış olup firar eden kişi, tutuklu veya hükümlünün yeniden yakalanması amacıyla yapılan aramalarda bu kural geçerli değildir (CMK m. 118).

Arama, kural olarak hâkim kararı üzerine ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı durumlarda ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından yapılabilir. Ancak kolluk amirinin yazılı emriyle konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama yapılamaz. Başka bir ifadeyle sadece kişilerin üstünde, eşyasında ve kamuya açık alanlarda bu şekilde arama yapılabilir¹³. Görüleceği üzere CMK, Anayasa’dan aldığı yetkiyle, arama kararının hâkim tarafından verileceğini, ancak kanunla yetkili kılınmış Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin de istisnai hallerde arama kararı verme yetkisinin bulunduğu hükme bağlamıştır (CMK m. 119/1 ve Anayasa m. 20/2 ve 21). Kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan arama ve bunun sonuçları Cumhuriyet başsavcılığına gecikmeksizin bildirilir (CMK m. 119/1 ve Yönetmelik m. 7/5). Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında kolluk amirinin yazılı emri ile arama kararı verilen hallerde verilen kararın hâkim tarafından denetlenebilmesi için Cumhuriyet savcısına neden ulaşılamadığına, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığına ilişkin bilgi ve belgelerin dosyaya eklenmesi gerekir (Yönetmelik m. 7/3). Hâkim dışında diğer makamların şartlar dâhilinde arama kararı verebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusu olmalıdır¹⁴. Bu hal, Yö-

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019, Sayı 1, s. 161 vd. AİHM de suça ve aramaya konu hususları yeterince açıklamayan veya lafzen çok geniş kapsamlı arama emirlerini sözleşmeye aykırı bulmaktadır. Bkz. AİHM, Bağiyeva / Ukrayna, B. No: 41085/05, T. 28.06.2016, § 52; Aydemir / Türkiye, B. No: 17811/04, T. 24.05.2011, § 97-98; Von Rossem / Belçika, B. No: 41872/98, T. 09.12.2004, § 44; Roemen ve Schmit / Lüksemburg, B. No: 51772/99, T. 25.02.2003, § 70; Elçi ve Diğerleri / Türkiye, B. No: 23145/93 25091/94, T. 13.11.2003, § 698 ve 699; Funke / Fransa, B. No: 10828/84, T. 25.02.1993, § 57; Ernst ve Diğerleri / Belçika, B. No: 33400/96, T. 15.07.2003, § 116. Ancak AİHM, terörle mücadele kapsamında hangi eşyaların aranacağına dair netlik bulunmaması nedeniyle bu konuda bir miktar esnek davranılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Bkz. AİHM, Sher ve Diğerleri / Birleşik Krallık, 5201/11, T. 20.10.2015, § 174.

¹³ DOĞAN, s. 173; ÖZEL, s. 1235; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 507; ŞAHİN, Cumhuriyet / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 324; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 417; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 418; YILMAZ Y., s. 262.

¹⁴ Adli aramalar bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hal Yönetmelik m. 4’te “Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunamaması hali” olarak tanımlanmıştır. “Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır”. Bkz. Yargıtay, CGK., T. 29.11.2005, E. 2005/7-144, K. 2005/150.

“Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken kanuni şartlar oluşmadan, verilen arama emri ile buna dayalı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu tabanca ve eklerinin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” Bkz. Yargıtay, CGK., T. 25.11.2014, E. 2014/8-166, K. 2014/514.

“Mesai saatleri içerisinde gecikmesinde sakınca bulunan halin nedeni belirtilmeksizin savcı tarafından verilmiş arama kararının usulüne uygun olmaması karşısında, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu...” Bkz. Yargıtay, 7. CD, T. 26.12.2019, E. 2019/1925, K. 2019/39845.

Ayrıca konu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. İNCİ, Z. Özen: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 1997 vd.

netmelik m. 4'te “*derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hali*” olarak tanımlanmıştır.

Arama yapılırken kural olarak Cumhuriyet savcısının hazır bulunması gerekir. Eğer aramada Cumhuriyet savcısı bulunamıyorsa konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yerdeki ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. Arama askerî mahallerde gerçekleştirilecek ise Cumhuriyet savcısı nezaretinde askerî makamların katılımı ile adli kolluk arama işlemini gerçekleştirir. Cumhuriyet savcısının bulunmadığı hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından arama yapılabilir (CMK m. 119/4 ve 5).

Arama kararı ile şüpheli veya sanığın ya da başka bir kişinin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranması mümkündür (CMK m. 116/1 ve 117/1). Ancak şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler haricinde arama yapılması hali dışındadır, şüpheli veya sanık dışındaki kişiler hakkında yapılacak aramada aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı gereklidir (CMK m. 117/2-3). Kanun'un bu ifadesinden şüpheli ve sanık dışındaki kişiler bakımından makul şüpheye göre daha somutlaşmış bir şüphenin işaret edildiği anlaşılmalıdır¹⁵.

Arama sırasında aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir. Eğer bu kişiler arama sırasında bulunmazlarsa bu kişilerin temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birisi veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur. Arama esnasında aramanın muhatabı olan kişinin avukatının hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK m. 120).

Arama işlemi tutanağa bağlanır¹⁶. Aramaya katılmış olanlar ve aramada hazır bulunanlarca bu tutanak imzalanır, tutanağa işlemi yapanların açık kimlik bilgileri yazılır (CMK m. 119/3 ve Yönetmelik m. 11/2).

Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2 gereğince kanuna aykırı yapılan arama ve elkoyma işlemi sonucunda elde edilen deliller hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğundan bu deliller muhakemede kullanılamaz¹⁷.

Ayrıca aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmiş olması halinde ilgili kişilerin maddi ve manevi zararlarının giderilmesini devletten isteyebilecekleri CMK m. 141/1-i'de düzenleme altına alınmıştır¹⁸.

¹⁵ DOĞAN, s. 166; KESKİN KIZIROĞLU, s. 149-150; ÖZBEK / BACAKSIZ, s. 162-163; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 295; ÖZEL, s. 1233; ÜNVER / HAKERİ, s. 410; YILMAZ Y., s. 254 ve 260; Yargıtay, CGK., T. 18.10.2016, E. 2016/10-57, K. 2016/374.

¹⁶ Arama tutanağında bulunması gereken hususlar için bkz. Yönetmelik m. 11.

¹⁷ YILMAZ Y., s. 289-294; “*Bu itibarla; sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır.*” Bkz. Yargıtay, CGK., T. 29.11.2005, E. 2005/7-144, K. 2005/150. Benzer nitelikte T. 17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/264; T. 25.11.2014, E. 2014/8-166, K. 2014/514; T. 28.04.2015, E. 2013/464, K. 2015/132; T. 14.03.2017, E. 2016/20-348, K. 2017/140; AYM, T. 23.12.2015, E. 2014/195, K. 2015/116; Orhan Kılıç [GK], B. No: 2014/4704, T. 01.02.2018, § 54-56; Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, T. 19.11.2014, § 55-59. Ancak Yargıtayın yapılan işlemin geçerliliğini etkilemeyen basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmeyeceğine yönelik aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay, CGK., T. 13.3.2012, E. 2011/8-278, K. 2012/96; T. 26.6.2007, E. 2007/7-147, K. 2007/159). Yine aynı yönde bkz. AYM (Yüce Divan), T. 19.12.2012, E. 2011/1, K. 2012/1; Jakop Gabriel, B. No: 2013/2392, T. 15.04.2015, § 46-50; konu ile ilgili olarak AİHM kararı için bkz. AİHM, Aydemir / Türkiye, B. No: 17811/04, T. 24.05.2011, § 90.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCİ, s. 2036 vd. Yargıtay 12. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararında AİHM'in Aydemir / Türkiye kararına atıfta bulunarak hakkında yapılmakta olan bir soruşturma veya kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı üzerine işin esaslı araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda makul şüphe değerlendirilmesi ve başka suretle delil elde edilme imkanının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle AİHM kararındaki ölçütler de nazara alınarak arama kararı verilmesi gerekirken telefon ihbarı üzerine yetkili Cumhuriyet savcılığınca işin gerçeği araştırmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı ve yapılan aramanın AİHM kararındaki ölçütlere ve ilkelere uygun olmadığı gerekçesiyle davacı lehine makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. T. 24.12.2013, E. 2013/9105, K. 2013/30731.

II. CUMHURİYET SAVCISI VEYA KOLLUK AMİRİ TARAFINDAN VERİLEN ARAMA KARARININ HÂKİM ONAYINA SUNULMASI

A. Anayasa'daki Durum

Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini ve konut dokunulmazlığını düzenleyen maddelerinde yer verilen ve yukarıda belirtilen sebeplerden biri veya birkaçı gereğince usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının, eşyasının ve konutunun aranmayacağı ve elkoyma işlemi yapılamayacağı düzenleme altına alınmıştır (AY m. 20/2-c. 1, 21/c. 2). Hâkim tarafından arama kararı verilmeyen hallerde “**Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.**” (Anayasa m. 20/2-c. 2-3 ve m. 21/c. 3-4).

Yukarıda da belirtildiği üzere arama ve elkoyma birbirinden ayrı koruma tedbirleridir. Bu bağlamda Anayasa'daki düzenlemelerinin neyi işaret ettiğine dikkat edilmesi gerekir. Anayasa hükümlerinden anlaşıldığı üzere arama kararının hâkim kararı dışında yetkili merci kararıyla yapıldığı hallerde kararın hâkimin onayına sunulması gerekir¹⁹.

B. CMK'daki Durum

Anayasa hükümleri doğrultusunda CMK'da elkoymanın onaylanması “**Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.**” şeklinde düzenlenmiştir (m. 127/3)²⁰. Bu hükmün Anayasa m. 20/2-c. 2-3 ve m. 21/c. 3-4'teki hükümler ile esas itibarıyla aynı olduğu söylenebilir ise de Anayasa'da belirtilen yetkili merciin kararı ile arama ve elkoyma yapıldığı hallerde arama ile elkoyma kararının hâkim onayına sunulacağı yönündeki düzenlemenin sadece elkoyma kararının hâkim onayına sunulacağı yönünde ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle CMK'nın arama kararının onaylanmasını düzenlemediği görülmektedir.

C. Doktrinindeki Görüşler

Anayasa'da düzenleme altına alınan bir hükme kanunlarda yer verilmemesi hali anayasa hukuku doktrininde yasama organının ihmali, yasama ihmali veya parlamento hareketsizliği olarak adlandırılmaktadır²¹. Anayasa hukuku ve ceza muhakemesi hukuku doktrininde konuya farklı yaklaşımlarda bulunulmuş ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Teziç'e ve kendisi ile aynı görüşte olan yazarlara göre Anayasa'da öngörülen bir konunun kanun koyucu tarafından eksik düzenlenmesi durumunda kanun, Anayasa'ya uygun değildir; fakat aykırı da değildir²². Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda gerek 1961 Anayasası'nın gerekse 1982 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemlerde vermiş olduğu kararları da çoğunlukla eksik düzenlemenin anayasaya

¹⁹ Gözler, 2001 yılında 4709 sayılı Kanun m. 5 ve 6 ile Anayasa m. 20 ve 21'de yapılan bu değişikliğin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu, bu değişiklik ile yetkili merciin kararının onaylanmasının idare hukukunda görülen “vesayet denetimi” niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÖZLER, Kemal: “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, Cilt 19, s. 346. Yazar bir başka eserinde hâkimin yetkili merciin arama kararını onaylama veya onaylamama işleminin yargısal değil idari bir işlem olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku, Cilt-1*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 534.

²⁰ Aynı düzenleme Suç Eşyası Yönetmeliği m. 5/5'te de bulunmaktadır.

²¹ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1997, Cilt 14, s. 233 vd.; ÇAĞLAR, Bakır: “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1984, Cilt 5, Sayı 1-3, s. 33; XIV. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, *Anayasa Yargısında Yasama İhmali Sorunları Konulu Anket Hakkında Türkiye Raporu*, https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Turkey_tu.pdf (E.T.: 10/09/2021), s. 2. Yasama ihmali konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AL MAFRACHI, Nagham Fadhil: *Yasama İhmali ve Anayasa Mahkemesinin Rolü Irak ve Mısır Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017, s. 2 vd.

²² TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, 14. Baskı, İstanbul, 2012, s. 240; ALİEFENDİOĞLU, s. 236; GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019, (Kısaltma: *Anayasa*), s. 1129-1130; ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 402.

aykırılık teşkil etmediği yönündedir²³. *Teziç* böyle bir durumda Anayasa'nın doğrudan uygulanmasının bir çözüm olarak düşünülebileceğini, nitekim 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde bu yönde Anayasa Mahkemesi kararları olduğunu ifade etmiştir²⁴.

Kaboğlu ihmal yoluyla anayasaya aykırılığın Türk anayasa hukuku doktrininde kabul görmediğini ifade ettikten sonra AİHM'in geliştirdiği olumlu yükümlülükler kuramı yoluyla kamu iktidarlarının hareketsizliğinin yaptırıma tabi tutulabileceğini belirtmiştir. Yazar, AİHM hâkimi Malinverdi'nin de sözleşmenin güvence altına aldığı hakların tam olarak gerçekleşmesini kolaylaştıran normları kabul etme yükümlülüğünü ulusal yasama organları için getirdiğini belirttiğine atıfla bu konuda Anayasa Mahkemesinin de benzer bir yorum getirmesi gerektiğini kaydetmiştir²⁵.

Akillioğlu ise soyut ve genel hükümler içeren Anayasa hükümlerinin, kanunlar ile düzenleneceğini ve bu şekilde uygulanacağını, ancak istisnaen açık, ayrıntılı, kesin kurallar içeren anayasal hükümlerin doğrudan uygulanabileceğini ifade etmektedir²⁶.

Ünver / Hakeri esasen Cumhuriyet savcısı ve kolluk amirinin yazılı emri konusunda arama ile benzer hüküm getirmiş olan CMK'nın elkoymada ayrıca hâkim onayını aradığını, bunun nedeninin elkoyma tedbirinin halen devam etmesi olduğunu belirtmiştir. Yazarlara göre, aramada hâkim onayı aranacak olsa bile arama işlemi sona erdiğinden bunun somut bir faydası bulunmayacaktır²⁷. Aynı görüşte olan *Şahin / Göktürk*'e göre aramanın amacı suç delillerinin elde edilmesi ise ortada elde edilen bir delil olmadığı halde arama kararının hâkim onayına sunulmasının pratik faydası yoktur. Amaç şüphelinin veya sanığın yakalanması ise zaten hâkim veya Cumhuriyet savcısının haberi olacağından arama kararının hâkim onayına sunulmasına gerek bulunmamaktadır²⁸.

Bazı yazarlar, CMK'da sadece elkoyma işleminin onaylanması kurumu düzenlendiğinden, hâkim kararı olmadan verilen arama emirlerinin hâkim onayına sunulmasının gerekli olmadığını ifade etmişlerdir²⁹.

²³ “Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işleyebilir. **Hüküm yokluğunun iptal konusu olabilmesi düşünülemez.**”. Bkz. AYM, T. 20.05.1963, E. 1963/174, K. 1963/115. “Bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için söz konusu hükmün metin olarak, Anayasa'nın koyduğu esaslara aykırı bir kural koymuş olması gerekir. Hal böyle olunca Anayasa Mahkemesinden Anayasa'ya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak amacı ile iptal kararı istenebilir. Yoksa bir hükmün uygulama alanının genişletilmesi amacı ile veya değiştirilmesini sağlamak için iptal isteminde bulunulmasına ve hüküm yokluğunun iptal konusu olmasına Anayasa hükümleri elverişli değildir. ... Maddede eksik olan ceza işlerine ilişkin hükmün düzenlenmesi suretiyle tamamlanmasının yasama organının yetkisi içinde bulunduğu açıktır.”. Bkz. AYM, T. 05.05.1964, E. 1963/89, K. 1964/36). Aynı yönde bkz. AYM, T. 24.11.1987, E. 1987/24, K. 1987/32. “... Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir, yoksa bir hükmün, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile, değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Zira bu yolda bir istemde, söz konusu hükmün iptali değil, daha geniş bir alana yayılmak suretiyle uygulamada kalması amacı bulunmaktadır ki bu suretle istemin kendisi dahi, mevcut hükümde Anayasa'ya bir aykırılık değil, ancak, davacının düşüncesine göre, bir eksikliğin bulunduğunu ifade etmiş olmaktadır.”. Bkz. AYM, T. 21.10.1963, E. 1963/172, K. 1963/244; AYM, T. 18.01.1989, E. 1988/3, K. 1989/4. Ancak aksi yöndeki bir karar için bkz. AYM, T. 25.02.1986, E. 1985/1, K. 1986/4 (Aktaran TEZİÇ, s. 240, dn. 156): “... bu eksikler Anayasa'nın buyruğuna uygun bir düzenlemenin yapılmadığını göstermektedir. Böylece anayasal zorunluğu ortadan kaldıran ve öngörülen sonuçların sağlanmasını engelleyen nitelikteki bu eksiklikler Anayasa'ya aykırılığı oluşturmaktadır.”.

²⁴ TEZİÇ, s. 240-241; ÇAĞLAR, s. 33-34; GÖZLER, *Anayasa*, s. 1129; ÖZBUDUN, s. 402. Fakat söz konusu kararlar incelendiğinde, bu kararların Anayasa hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan kanunların sonradan yürürlüğe giren Anayasa hükümlerine aykırı olduğu hallerde, Anayasa hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin olduğu yönelik olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu kararlar inceleme konumuz doğrudan ilgilendirmemektedir. Örneğin, AYM, T. 03.06.1976, E. 1976/13, K. 1976/31 sayılı kararda “Yasaların yürürlükten kalkması sonradan çıkan bir yasadaki önceki yasanın tümünün veya kimi hükümlerinin kaldırıldığının açıkça gösterilmesi ya da Yasanın zımnı olarak kaldırılması suretiyle olur. İspat hakkı konusunda da böyle olmuştur. **Sonradan yürürlüğe girmiş olan Anayasa'nın 34. maddesi aynı konu ile ilgili olup, kendisinden önce yürürlükte olan Türk Ceza kanununun 270. maddesi ile 481. maddesinin birinci fıkrasının 1 sayılı bendinin bununla ilgili kuralını yürürlükten kaldırmış ve Anayasa bundan böyle ispat hakkıyla ilgili işlemlerin 34. maddeye göre yürütülmesini özellikle öngörmüştür.**” ifadelerine yer verilmiştir. Ancak mahkemenin aksi yönünde kararları da mevcuttur. Bkz. AYM, T. 11.11.1963, E. 1963/106, K. 1963/270 (Aktaran s. ÖZAY, İl Han: “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri,” *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, Cilt 19, s. 9). 1982 Anayasası m. 177/e ile Anayasa'nın kabulü ile birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ile mevcut kanunlar arasında uyumsuzluk var ise Anayasa hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak doktrinde bazı yazarlar bu hükmü genele yaymanın doğru olmadığını eğer bu şekilde bir yorum yapılırsa bu hükmün genel mahkemelelerin dolaylı olarak Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabileceği şeklinde anlaşılacağı belirtmiştir. Bkz. GÖREN, Zafer: *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, 9 Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1999, s. 320, Aktaran: ÖZAY, s. 85; TEZİÇ, s. 69.

²⁵ KABOĞLU, İbrahim Ö.: *Anayasa Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2020, s. 338-339.

²⁶ AKILLIOĞLU, Tekin: *İnsan Hakları I*, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1998, s. 53, Aktaran: ÖZAY, s. 79.

²⁷ ÜNVER / HAKERİ, s. 427.

²⁸ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 335.

²⁹ ALDEMİR, Hüsnü: *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 60; İNCİ, s. 2019.

Centel / Zafer'e göre, yetkili merci tarafından verilen arama kararının yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmasına ve hâkimin kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklamasına ilişkin Anayasa hükmüne CMK'da yer verilmediğinden somut norm niteliğindeki Anayasa hükmünün aramanın sonucunda *elkoyma yapıldığı hallerde* doğrudan doğruya uygulanması gerekir³⁰.

Özbek / Bacaksız da CMK'da hâkim denetiminin sadece elkoyma için arandığını, bu düzenlemeye göre arama elkoyma ile sonuçlanmamış ise hâkim tarafından denetim yapılması imkânının bulunmadığını, bu yönüyle CMK'nın Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle hükmün gözden geçirilmesi gerektiğini, ancak Anayasa'daki düzenlemenin CMK'daki boşluğu doldurduğunun söylenebileceğini kaydetmiştir³¹. *Özbek / Doğan / Bacaksız* Anayasa m. 20 ve 21'de yetkili merciin arama kararının yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması hükmüne CMK'da yer verilmemesi durumunun Anayasa'ya aykırı olduğuna yönelik görüşünü tekrar etmekle beraber, CMK m. 127/3'ün kıyasen uygulanması ile arama kararının hâkim onayına sunulması gerektiğini ifade etmiştir³².

Doktrinde birçok yazara göre CMK'da Anayasa'daki şekilde düzenleme yapılmayarak bir boşluk oluşmuştur. Söz konusu boşluk Anayasa'nın doğrudan uygulanabilecek mahiyetteki hükmü ile doldurulmalı ve arama sonucunda elkoyma yapıp yapılmasına bakılmaksızın Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin verdiği yazılı arama emir derhal hâkim onayına sunulmalıdır³³. Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin verdiği arama kararının hâkim onayına sunulması CMK'da açıkça düzenlenmemiş olsa da Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan aramanın hâkim tarafından onaylanmaması halinde dahi arama ile elde edilen delilin kullanılabilmesi, verilen arama kararının hâkim onayına sunulmasına ihtiyaç olmadığı şeklinde yorumlanmaması gerekir. Nitekim verilen arama kararının hâkim onayına sunulması anayasal bir zorunluluktur³⁴. Bazı yazarlar CMK'da açık bir hüküm bulunmasının yerinde olacağını ifade etmektedir³⁵.

D. Yargı Kararları

Konu ile ilgili tespit edilebilen yargı kararları incelendiğinde CMK'da arama kararının onaylanması kurumunun bulunmaması nedeniyle bu şekilde bir kararın verilemeyeceğine yönelik kararlar olduğu gibi, Anayasa'nın bağlayıcılığı karşısında arama kararının onaylanmasının gerekli olduğuna yönelik kararlar verildiği de görülmektedir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunduğu değerlendirilerek yazılı arama kararı verildiği, söz konusu arama kararının hâkim onayına sunulduğu, sulh ceza mahkemesince talebin kararın içeriğinden anlaşılamayan bir nedenle reddedildiği, söz konusu ret kararına karşı yapılan itiraz üzerine itirazı inceleyen mahkemece itirazın kabul edildiği ve bu karara karşı kanun yararına bozma yoluna gidildiği bir olayda itirazın kabulüne karar veren asliye ceza mahkemesi kararını kanun yararına bozmuştur³⁶. Kararın ilgili kısmında "... *Yalnızca el koyma kararlarının hâkim onayına tâbi kılındığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının verdiği arama kararlarının icrasından sonra hâkim onayına sunulması halinde kararın onaylanmadığı halde yalnızca arama işleminin hukuka aykırılığının tespiti mahiyetinde anlam*

³⁰ CENTEL / ZAFER, s. 453; AYDIN, Murat: *Arama ve Elkoyma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 41.

³¹ ÖZBEK / BACAŞIZ, s. 184.

³² ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 315 ve 334.

³³ DOĞAN, s. 174; GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim / BALCI, Murat: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 456; KAZAKER, Gözde: "Adli Arama (YCGK. 25.11.2014, 2014/8-166 E., 2014/514 K.)", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt 10, Sayı 27, s. 164; ŞAHBAZ, İbrahim: *Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1060; ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 501; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 509; SIRMA, Özge: "Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 34, s. 33; YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 421; YILMAZ Y., s. 266.

³⁴ YILMAZ Y., s. 266; KESKİN KIZIROĞLU, s. 151.

³⁵ ÖZEL, s. 1237, 1256 ve orada sayılan yazarlar.

³⁶ Yargıtay, 8. CD., T. 04.07.2013, E. 2013/6604, K. 2013/20065.

ifade edeceği ve bu şekilde oluşacak durum tespitinin yürütülen soruşturma açısından hukukî yarar sağlamayacağı aynı yasanın 119. maddesinde de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yazılı emri ile arama yapılabileceği hükmü yer almaktadır. Kararda sulh ceza mahkemesinin arama kararının hukuka aykırı olduğu nedeni ile mi, yoksa arama kararının onaya sunulmasının gerekli olmadığına yönelik olarak mı ret kararı verdiği belli değil ise de Yargıtay 8. Ceza Dairesinin Anayasa ve CMK'nın birlikte yorumlanması neticesinde hâkim kararı dışında yetkili merciin kararıyla arama yapılan hallerde arama kararının onaylanmasının yürütülen soruşturma bakımından hukuken yarar sağlamayacağı sonucuna ulaştığı anlaşılmaktadır. Kararda Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılan hallerde arama kararının onaya sunulup sunulmayacağına yönelik doğrudan yapılmış bir değerlendirme bulunmamaktadır.

İhbar üzerine gidilen yerde bir minibüsün olduğunun, aracın bagaj kapağının açık olup bir şahsın minibüse getirilen poşetleri istif ettiğinin, diğer iki kişinin de daireden ağzı açık poşetleri araca taşıdığının, poşetlerin içinde kitap olduğunun ve bandrollerinin olmadığına, dairenin açık olan kapısından bakıldığında da çok sayıda kitabın kolilenmiş olduğunun tespit edildiği, nöbetçi Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca olduğundan bahisle minibüste ve dairede arama yapılması ve elde edilen suç eşyalarına elkonulması talimatı vermesi üzerine gece vakti dairede ve araçta arama yapıp çok sayıda sahte üretilmiş kitaba elkoyulduğu, arama ve elkoyma işleminden sonra Cumhuriyet savcısı tarafından "arama ve elkoyma işlemlerinin onanmasına" karar verilmesinin talep edildiği, sulh ceza hâkimliği kararı ile de "arama ve elkoyma işlemlerinin onanmasına" karar verildiği olayda, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından sanığın 5846 sayılı Kanun m. 81/4 gereğince mahkûmiyetine dair karar hukuka uygun bulunarak istinaf başvurusu oyçokluğu ile esastan reddedilmiştir³⁷. Kararın muhalefet şerhi incelendiğinde CMK'da "aramanın onaylanması" şeklinde bir düzenlemenin bulunmadığının, arama işleminin hâkimin onayına tabi ve muhtaç işlemlerden olmadığına ifade edildiği, ayrıca hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri olmadan gece vakti arama yapılmasının hukuka aykırı olduğunun belirtildiği görülmektedir.

Başka bir bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararının³⁸ içeriğinden Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararı üzerine hafta içi gündüz vakti bir adres ve bir araçta yapılan arama sonrasında bir kısım eşyanın ele geçirildiği, ardından Cumhuriyet savcılığı tarafından arama ve elkoymanın onaylanmasının sulh ceza hâkimliğinden talep edildiği, hâkimlik tarafından verilen kararlar CMK'da arama kararının onaylanmasına yönelik hüküm bulunmaması nedeniyle talebin reddine, ele geçen eşyalar bakımından ise CMK m. 127 gereğince elkoymanın onaylanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bölge adliye mahkemesi, ceza dairesi sulh ceza hâkimliğinin kararına yönelik herhangi bir belirlemede bulunmamış; ancak mahkeme kararına yönelik istinaf talebini reddetmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararının³⁹ içeriğinde ilk derece mahkemesinin direnme kararında şu açıklamalara yer verdiği görülmektedir: "S... Cumhuriyet Savcılığınca 'sanığın üzerinin aranması ve el koymanın onaylanması' S... Sulh Ceza Mahkemesinden istenilmiş, mahkeme 21.01.2003 tarihli kararında '... arama ile... zaptolma...' işleminin onaylanmasına karar vermiştir. Yapılan işlem iki açıdan sakattır: Birincisi; Anayasanın 20. maddesinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra '... Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim'in onayına sunulur...' denilmiş ise de, burada onaya sunulacak olan şey 'arama' değil 'el koyma' tedbiridir. Nitekim hükmün hemen devamında, 'Hakim kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar...' ifadesi bu yorumu doğrulamaktadır. İkincisi; yapılan aramanın hukuka uygun olup olmadığını, görevli mahkeme zaten yargılama aşamasında değerlendirmek zorundadır. Henüz hazırlık soruşturmasının başında Sulh Ceza Hakiminin, görevli mahkemeyi de bağlayacak bi-

³⁷ Ankara BAM, 9. CD., T. 10.04.2018, E. 2017/3501, K. 2018/1259.

³⁸ İstanbul BAM, 5. CD., T. 04.12.2018, E. 2018/1262, K. 2018/2781. Benzer nitelikte aynı daire T. 16.10.2018, E. 2018/1143, K. 2018/2222.

³⁹ Yargıtay, CGK., T. 15.03.2003, E. 2005/10-15, K. 2005/29.

çimde 'aramanın onaylanmasına' biçiminde bir karar verebilme yetki ve görevi olamaz; bu davranış hukuka uygun değildir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu mahkemenin direnme kararı üzerine verdiği kararda ilk derece mahkemesinin alıntılanan açıklamalarına karşı bir belirlemede bulunmamış ancak direnme kararını farklı bir sebeple bozmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir başka kararının içeriğinde görüldüğü üzere⁴⁰, ilk derece mahkemesinin direnme gerekçesinde “Anayasa’da ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda aramanın onaylanması usulü bulunmamaktadır. Cumhuriyet Savcılığı, mahkemede ki kanaate göre usulsüz yaptığı aramayı onaya sunmuştur ve bunun yanında tesadüfen elde edilen bir başka suç şüphesini uyandıran delil hakkında yapılan el koymanın onanmasını istemiştir. Bu iki talep birbirinden bağımsız taleplerdir. İlki usulümüzde olmamakla birlikte mahkemenin de aramanın onaylanması kararı usule uygun bir karar olmamaktadır.” ibaresine yer verdiği, bir kısım açıklamalardan sonra delillerin hukuka uygun olmayan şekilde toplandığından bahisle önceki kararında direndiği anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında arama kurumunu etraflıca açıklamış, ancak ilk derece mahkemesinin arama kararının onaylanması usulünün CMK’da olmadığına yönelik tespiti ile ilgili herhangi bir tartışmaya yer vermemiş, tartışmayı bir başka konu üzerine toplamış ve direnme kararını onamıştır.

Başvurucu hakkında kolluk amirinin emri ile arama kararı verildiği, sonrasında arama kararının hâkim onayına sunulduğu, mahkemece “*arama ve elkoyma kararının Anayasanın 20-21. maddeleri gereğince onaylanmasına*” karar verildiği, başvurunun arama ve onaylanma kararlarının usule aykırı olduğu ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahisle bireysel başvuruda bulunulduğu olayda Anayasa Mahkemesi başvuruya konu arama işleminin dayanağı olan yetkili amirin yazılı emri mevcut olduğundan ve karar kanuni süresi içerisinde ilgili mahkemece onandığından başvurunun adil yargılama hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴¹.

Burada ilgisi nedeniyle bir kısım AİHM kararlarına da temas edilmesi gerekir. Varga / Romanya kararında⁴² soruşturmayı yürüten savcı tarafından verilen karar ile mahkemeden arama emri alınmadan başvuru, başvurunun avukatı, tanık ve bilirkişi huzurunda yapılan kapsamı geniş aramanın AİHS m. 8’i ihlal ettiği kararı verilmiştir. Gutsanovi / Bulgaristan kararında⁴³ da arama kararının soruşturmayı yapan makamlarca verilmesi, aramadan önce yargısal bir inceleme yapılmaması, aramadan sonra hâkim tarafından aramanın gerekliliğine ve kanuna uygunluğuna ilişkin etkin bir inceleme yapılmaması, böylelikle kişilerin menfaatinin kamu yararına ağırlaştırılması davadaki diğer hususlarla birlikte AİHS’in ihlali olarak görülmüştür. Modestou / Yunanistan kararında⁴⁴ da önceden yapılan bir adli denetim olmadan sınırları kesin olmayan arama kararıyla başvurunun yokluğunda arama yapılması ve sonradan geçmişe yönelik herhangi bir yargısal denetim yapılmaması AİHS m. 8’in ihlali olarak görülmüştür. Işıldak / Türkiye kararında⁴⁵ o tarihte yürürlükteki mevzuata göre soruşturmayı yürüten polis tarafından verilen arama kararlarının önyargılı olabileceği ve sonradan yargısal bir denetim yapılmaması haliyle birlikte belirlenen diğer nedenlerle AİHS m. 8’in ihlal edildiğine karar verilmiştir.

E. Değerlendirme ve Görüşümüz

Anayasa m. 20/2-c. 2 ve 21/c. 3’te yetkili merci tarafından alınan arama kararının yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulacağı hüküm altına alınmıştır. Hüküm incelendiğinde yetkili merciin kararı ile kastedilenin arama ve elkoyma kararı olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle Anayasa hükmü gerek arama kararının gerekse elkoyma kararının hâkim tarafından verilmediği hallerde bunların

⁴⁰ Yargıtay, CGK., T. 25.11.2014, E. 2014/8-166, K. 2014/514.

⁴¹ AYM, Nihat Öner, B. No: 2012/1301, T. 26.02.2015.

⁴² AİHM, Varga / Romanya, B. No: 73957/01, T. 01.04.2008, § 71.

⁴³ AİHM, Gutsonavi / Bulgaristan, B. No: 34529/10, T. 15.10.2013, § 133.

⁴⁴ AİHM, Modestou / Yunanistan, B. No: 51693/13, T. 16.03.2017, § 52.

⁴⁵ AİHM, Işıldak / Türkiye, B. No: 12863/02, T. 30.09.2008, § 52.

hâkim onayına sunulması gerektiğini hüküm altına almıştır. Ancak CMK'da sadece elkoymanın onaylanmasını düzenleyen m. 127/3 hükmü yer almaktadır. Başka bir ifadeyle CMK arama kararının onaylanması hükmünü düzenleme altına almamıştır. Yukarıda belirtildiği üzere kural olarak kanuni düzenleme eksikliğinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmeyeceği için, doktrinde de ifade edildiği üzere, Anayasa hükmünün doğrudan uygulama kabiliyeti olup olmadığı tartışılmalıdır.

Kanaatimizce yukarıda da belirtildiği üzere ortada Anayasa'ya aykırılık sorunu yoktur, Anayasa hükmüne CMK'da yer verilmemesi sorunu vardır. Anayasa m. 20/2-c. 2 ile 21/c. 3 hükümlerinin doğrudan uygulama kabiliyetine sahip olması nedeniyle doğrudan tatbiki mümkündür. Aksi yönde yapılacak yorum Anayasa'nın 11. maddesinde düzenleme altına alınan Anayasa'nın bağlayıcılığı ilkesine aykırı olacak ve açıkça bir Anayasa hükmünün uygulanmamasına neden olacaktır. Doktrinde bir kısım yazar tarafından yapılan ve Anayasa hükmüne rağmen konunun CMK'da düzenlenmemesi veya pratik bir faydası olmaması nedeniyle arama kararının onaylanmasına yönelik karar verilmemesi gerektiği yönündeki yorumların bu anlamda hukuki temeli bulunmamaktadır. Ele geçen eşya olmadığı takdirde arama kararının onaylanmasının gerekli olmadığını savunan görüş de aynı nedenle isabetli değildir.

Doktrindeki Anayasa m. 20/2-c. 3 ile 21/c. 3'deki hâkimin *elkoymadan* itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklayacağına dair hükmün yorumu ile aramanın sonuçsuz kalması halinde arama kararının hâkim onayına sunulmasına gerek görülmediğine dair yoruma da katılmıyoruz. Nitekim Anayasa m. 20/2-c. 2 ile 21/c.3'de *yetkili merciin kararının* yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulacağı açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Elkoymanın kendine özgü aciliyet hali nedeniyle hâkimin elkoyma halinde kararını açıklaması için süre öngörülmüş olması, yapılan aramanın sonuçsuz kalması halinde verilen arama kararının hâkim onayına sunulmasına gerek olmadığı sonucuna götürmemelidir.

Doktrindeki CMK m. 127/3 hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüşe de katılmak mümkün değildir. Bilindiği üzere kıyas konu ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde başvurulabilecek bir yorum yöntemidir. Oysa somut durumda Anayasa m. 20/2-c. 2 ile 21/c. 3 açık düzenleme getirdiğinden kıyas yoluna gidilmesine lüzum olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrıca arama başlı başına temel hak ve özgürlüklere müdahale etmekte olduğundan bunun yargısal denetiminin derhâl yapılması gereklidir. Kimi hallerde verilmiş hukuka aykırı arama kararlarının şüpheli veya sanık üzerinde bir baskı aracına dönüşebileceği ve Anayasa m. 38/5'te düzenlenen kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamayacağına dair hükmün ihlaline yol açabileceği düşünülmelidir. Bu yolla Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri ile verilen arama kararına dair yapılacak yargısal denetimin kovuşturma mercii olan mahkemeler tarafından yapılması gerektiği yönündeki yorum da isabetli olmayacaktır. Arama kararının denetiminin sulh ceza hâkimliği nezdinde kısa süre içinde yapılması imkânı varken bunun kovuşturma aşamasına ertelenmesi adil yargılanma ilkesiyle (Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6) bağdaşmayacaktır. Nitekim hukuka aykırı verilmiş bir arama kararı sonucunda kişilerin özel hayatının gizliliğine ve konut dokunulmazlığına müdahale edilmekte olduğundan bu müdahalenin derhâl denetlenmesi için bir hukuki yolun bulunması gerekir.

AİHM'in hâkim kararı olmadan yapılan aramalarda bilhassa ihtiyatlı davrandığı ve bu yetkinin kullanımında kişilerin özel hayatına ve konut dokunulmazlığına keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamak hususunda devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu belirttiği, bu yetkinin kullanımına dair bağımsız bir denetim mekanizması kurulması ve yapılacak denetimin etkin olması gerektiği yönündeki içtihadı nazara alındığında, muhtemel ihlal kararlarının önlenmesi adına da Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen yazılı emrin hâkim onayına sunulması gereklidir.

Yine de oluşabilecek duraksamaların önüne geçilebilmesi için yetkili merciin arama kararının hâkim onayına sunulmasına dair Anayasa hükmüne CMK'da da yer verilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Anayasa m. 20 ve 21’de hâkim kararı olmadan yetkili merciin kararıyla verilen arama ve elkoyma kararının hâkim onayına sunulması yönünde emredici hüküm vazedilmiş ise de CMK’da bu nitelikteki arama kararının denetimine ilişkin bir hükme yer verilmemesi nedeniyle elkoyma işlemi yapılmayan arama kararlarının hâkim onayına sunulup sunulmayacağı ve hukuki denetim ne şekilde yapılacağı hususu doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır.

Doktrinde bir kısım yazar bu halde verilen arama kararlarının Anayasa’nın 20. ve 21. maddelerindeki hükümler doğrultusunda hâkim onayına sunulmasının gerekli olduğunu, bir kısım yazar da CMK’da açık düzenleme olmadığından ve arama yapılıp elkoyma yapılmayan hallerde hukuken bir fayda elde edilemeyeceğini gerekçe göstererek böyle bir işleme lüzum olmadığını savunmuştur. Diğer bir görüş de mevcut durumun Anayasa’ya aykırı olduğunu savunmakla beraber aynı eser içinde CMK m. 127/3’teki hükmün kıyas yoluyla uygulanabileceğini ifade etmiştir. Tespit edilebilen yüksek yargı kararları incelendiğinde de ilk derece mahkemelerinin konu ile ilgili yaptığı değerlendirmelere rağmen bu bakımdan değerlendirme yapılmadığı için konunun tartışma dışı kaldığı görülmektedir.

Kanaatimizce AİHM’in hâkim kararı olmadan yapılan aramalarda bilhassa ihtiyatlı davrandığı ve bu yetkinin kullanımında kişilerin özel hayatına ve konut dokunulmazlığına keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamak hususunda devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu hatırlattığı içtihadı ışığında anayasanın bağlayıcılığı ilkesi de nazara alınarak doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip Anayasa m. 20/2-c. 2 ve 21/c. 3’ün tatbiki ve arama tedbiri ile başlı başına temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmekte olduğundan bunun yargısal denetiminin derhâl yapılmasının sağlanması gerekli olduğundan hâkim kararı olmadan yetkili merci tarafından verilen arama emirlerinin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması gereklidir.

KAYNAKÇA

- ALDEMİR, Hüsnü: *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1997, Cilt 14, s. 225-246.
- AL MAFRACHI, Nagham Fadhl: *Yasama İhmali ve Anayasa Mahkemesinin Rolü Irak ve Mısır Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017.
- AYDIN, Murat: *Arama ve Elkoyma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇAĞLAR, Bakır: “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1984, Cilt 5, Sayı 1-3, s. 3-34.
- ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019, Sayı 1, s. 157-229.
- DOĞAN, Duygu Çağlar: “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 92, s. 157-180.
- GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim / BALCI, Murat: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019. (Anayasa).
- GÖZLER, Kemal: “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, Cilt 19, s. 326-354.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku, Cilt-1*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- GÜLŞEN, Recep: “Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmenden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, Sayı 9, s. 16-22.
- İNÇİ, Z. Özen: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 1997-2046.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: *Anayasa Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KAZAKER, Gözde: “Adli Arama (YCGK. 25.11.2014, 2014/8-166 E., 2014/514 K.)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt 10, Sayı 27, s. 145-168.
- KESKİN KİZİROĞLU, Serap: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 58, Sayı 1, s. 139-168.
- ÖZAY, İl Han: “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, Cilt 19, s. 275-286.
- ÖZBEK, Veli Özer / BACAŞIZ, Pınar: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 1, s. 145-206.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ÖZEL, Kadir Can: “Bir Koruma Tedbir Olarak Arama”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Özel Sayı: Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, s. 1217-1266.
- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VIL-LEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ŞAHBAZ, İbrahim: *Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-I-*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

SIRMA, Özge: “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 34, s. 29-39.

TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

YILMAZ, Yeşim: “Bir Ceza Muhakemesi İşlemi Olarak Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 124, s. 247-304 (Yılmaz Y.).

YILMAZ, Zahit: “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında ‘Konutta Arama’”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, Sayı 17, s. 160-185 (Yılmaz Z.).

XIV. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, *Anayasa Yargısında Yasama İhmali Sorunları Konulu Anket Hakkında Türkiye Raporu*, https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Turkey_tu.pdf (E.T.: 10.09.2021).

Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Yönünden Suça İştirak^(*)

Complicity in Crime in the Manufacturing and Trafficking of Drugs or Stimulants

Ersin ŞARE  
 Hâkim 
 Adana Adliyesi

Anahtar Kelimeler

*Uyuşturucu,
İştirak,
Fail,
Yardımcı Eden,
Örgüt.*

Öz

Uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin yarattığı zarar ve tehlike, bireylerin de ötesinde ülke halklarını hatta tüm insanlığı tehdit etmektedir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu çoğu zaman belli bir grup insanın bir araya gelerek iş birliği içerisinde işlediği bir gerçektir. Hatta uyuşturucu veya uyarıcı madde ihraç ya da ithal etme suçları, genelde ulusal ve uluslararası boyutta örgütlü olarak işlenmektedir. Bu yüzden uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti yönünden suça iştirak konusu önem arz etmektedir. Cezasının ağır olması nedeniyle suça katkı sağlayanların ne zaman fail ne zaman yardımcı eden olarak sorumlu olacaklarının tespiti ayrı bir önem taşır. Zira Türk Ceza Kanunu'na (TCK) göre, bir başkasının suç işlemesine yardımcı eden kişi hakkında hükmolunan ceza indirilmektedir. TCK'nın 188. maddesindeki suç tanımı ve yargı kararları esas alındığında, kullanım amacı dışında, herhangi bir saikle uyuşturucu maddeye temas eden kişilerin fail olarak cezalandırıldığı söylenebilir. TCK'da suçların iştirak halinde işlenmesi genel bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemiştir. Ancak kanun koyucu uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun iştirak halinde işlenmesini özel olarak ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir.

Keywords

*Drugs,
Complicity,
Offender,
Aider,
Organization.*

Abstract

The harm and danger created by drugs and stimulants threaten not only individuals but also the people of the country and even the whole of humanity. It is a fact that a certain group of people often come together and commit the crime of manufacturing and trading drugs or stimulants. As a matter of fact, the crimes of exporting or importing drugs or stimulants are generally committed nationally and internationally by being organized. Therefore, the issue of complicity in the manufacture and trade of drugs or stimulants is important. It is of particular importance to determine when those who contribute to the crime will be responsible as the principal offender or aider and when they will be responsible since the punishment is heavy. Moreover, according to the Turkish Penal Code, the penalty to be impose about the person who assists another person to commit offence, is reduced. Based on the definition of crime and judicial decisions in Article 188 of the Turkish Penal Code, it can be said that people who come into contact with drugs by inducement are punished as the principal offender. In the Turkish Penal Code, committing crimes collectively is not accepted as a general aggravating cause. However, the legislator has specifically regulated that the crime of manufacturing and trading drugs or stimulants is committed as an aggravating cause.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 06.09.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 06.01.2022.

GİRİŞ

Uyuşturucu¹ veya uyarıcı² madde kullanımının bireyler üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bireyin sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yarattığı gibi bireyin suç işleme eğilimini de arttırdığı bilinen bir gerçektir. Zira uyuşturucu veya uyarıcı madde temin etmek için bireylerin yağma veya şiddet içeren başka suçlar işlediklerine sıklıkla tanık olunmaktadır³. Bu yüzden uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin yarattığı zarar ve tehlike, bireylerin de ötesinde ülke halklarını hatta tüm insanlığı tehdit etmektedir⁴. Nitekim “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (UUMİT)” suçuna Ceza Kanunu’nun “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” bölümünde yer verilmiştir⁵. Tüm insanlık yönünden tehdit oluşturması nedeniyle UUMİT suçu bir zarar suçu değil, tehlike suçudur. Başka bir ifade ile fiilin cezalandırılması için mutlak zararlı sonucun ortaya çıkması gerekmez⁶.

Ceza siyaseti gereği, zaman içerisinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının doğrudan ve dolaylı yoldan hapis cezası ile cezalandırılması yerine uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananlara ceza dışı tedbirler, mesela tedavi ve denetimli serbestlik tedbirleri, öngörülmeğe başlanmıştır⁷. Nitekim Avrupa ülkelerinde ve diğer bazı ülkelerde uyuşturucu madde kullanımına ilişkin olarak hürriyeti bağlayıcı cezaların kaldırılması, uyuşturucu madde kullanımının Kanun’da suç olmasına rağmen uygulamada görmezden gelinmesi ve adli suç olmaktan çıkarılması yaklaşımlarının bulunduğu ifade edilmektedir⁸. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suç olarak kabul edildiği ve ağır şekilde cezalandırıldığı halde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının yaptırımsız bırakılmasına ilişkin bu yaklaşımlar uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yönünden Avrupa’ya ve benzer anlayıştaki ülkeleri pazar haline getirmektedir⁹.

Zaman içerisinde UUMİT, küresel ölçekte yasa dışı finans kaynağına dönüşmüş, bu suç özellikle yasa dışı organizasyonların ve terör örgütlerinin finans kaynağı sağlamak için başvurdukları önemli bir araç haline gelmiş, hatta bu açıdan UUMİT suçu ile mücadele, belli oranda organize suçlulukla ve terörle mücadele ile paralel yürütülmeye başlanmıştır¹⁰.

UUMİT kapsamındaki suçları, çoğu zaman belli bir grup insanın bir araya gelip iş birliği içerisinde işlediği bir gerçektir¹¹. Hatta uyuşturucu veya uyarıcı madde ihraç ya da ithal etme suçları genelde, ulusal

¹ Yunanca “narke” (uyku) kelimesinden türetilen “uyuşturucu madde” kavramının bazı hallerde maddenin etkisiyle ters olarak kullanıldığı; uyuşturmaktan ziyade keyif veren, tahrik eden, uyanıklık veren maddelerin de uyuşturucu madde kapsamında değerlendirildiği ifade edilmektedir. Bkz. GÜNAL, Yılmaz: *Uyuşturucu Madde Suçları*, İş Matbaacılık ve Ticaret, Ankara, 1976, s. 7.

² Günlük hayatta yaygın olarak kullanılan tütün ve kahvenin bu grupta yer aldığı ifade edilmiş ise de (bkz. GÜNAL, s. 17.) “uyarıcı madde” kavramından, “yasal düzenlemelerle yasaklanmış olan ve uyarıcı etki yaratan maddeler”in anlaşılması gerekmektedir.

³ Uyuşturucu madde kullanan kişiler, bu maddeyi temin etmek için gerekli para ya da malvarlığına sahip değilseler maddeyi elde etmek için hırsızlık, gasp, adam öldürme, yaralama vb. gibi toplum düzenini sarsacak nitelikte suçlar işledikleri, özellikle mafya türü yapılanmaların veya terör örgütlerinin, finansman sağlamak için uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna karıştıkları ifade edilmektedir. Bkz. SEVDİM, Ali Erdem: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 105.

⁴ GÜNAL, s. 59; YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, (Özel Hükümler), s. 355.

⁵ Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunun mağdurunun ülke toplumu olduğu, hatta toplumun da ötesinde başka ülkelerde yaşayan insanların mağdur konumunda olduğu, o halde bu suçların mağdurunun tüm insanlık olduğunu söylemenin yanlış olmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt md. 141-196*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 5719-5720.

⁶ GÜNAL, s. 55-56; SEVDİM, s. 107.

⁷ GÜNAL, s. 51.

⁸ Avrupa ülkelerine ilişkin değerlendirme için bkz. PINARCI, Mustafa: *Uyuşturucu Sorunu ve Mücadele Politikası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 57. Uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin türüne göre değişkenlik göstermekle birlikte kimi Avrupa ülkelerinde uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımının suç olmaktan çıkarıldığı ve sadece idari yaptırıma bağlandığı, kimi ülkelerde ise yasal zemine oturtularak belli koşullarda uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımına izin verildiği ifade edilmektedir. Bkz. PINARCI, s. 59-61. “Hollanda ve Belçika uyuşturucu kullanmanın serbest olduğu, uyuşturucu bulundurmanın da adli suç olmadığı iki ülkedir.” Bkz. PINARCI, s. 66.

⁹ Avrupa’ya pazarlanan esrar maddesinin Fas üzerinden İspanya’ya ve oradan tüm Avrupa’ya dağıtıldığı, kokain maddesinin ise Güney Amerika’da üretilerek İspanya, Hollanda, Portekiz ve Belçika kanalıyla Avrupa’ya sokulduğu, eroin maddesinin büyük bir bölümünün ise Afganistan’da üretilip Türkiye üzerinden geçirilerek Avrupa’ya giriş yaptığı ifade edilmektedir. Nitekim 2010 yılında Avrupa’da yakalanan 19.000 kg eroinin 2/3’lük dilimi olan 12.700 kg eroinin Türkiye tarafından yakalandığı belirtilmektedir. Bkz. PINARCI, s. 64-69.

¹⁰ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 773.

¹¹ Uygulayıcılar tarafından, uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarının, çoğu zaman birden fazla kişi tarafından gerçekleştirildiği, özellikle UUMİT suçunun, neredeyse tek kişi tarafından işlendiğine rastlamanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. AKKAYA, Çetin: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 75; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5763.

ya da uluslararası sahada faaliyet gösteren suç örgütlerince işlenmektedir¹². Bu yüzden suça iştirak şartlarının belirlenerek kişilerin ne zaman bu suça iştirak etmiş olacaklarının ve Kanunumuzda fail-yardım eden ayrımı yapılması, suça yardım eden olarak iştirak eden kişinin daha az ceza alması dikkate alındığında hangi sanığın suçtan hangi derecede sorumlu olacağının tespiti önem arz etmektedir.

Çalışmamızda UUMİT suçuna iştirak konusunu inceleyeceğiz. Ancak esas konumuza geçmeden önce Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 188. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları yönünden açıklama yapma gereği duymaktayız. Zira bir suça iştirakten söz edebilmek için öncelikle Kanun'da düzenlenen tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten işlenmiş bir eylemin varlığı gerekmektedir.

I. 5237 SAYILI TCK'NIN 188. MADDESİNDE DÜZENLENEN UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE İMAL VE TİCARETİ SUÇU

TCK'nın 188. maddesinin 1, 3 ve 7. fıkralarında UUMİT suçu yönünden suç teşkil eden hareketlere yer verilmiş; 4, 5 ve 8. fıkralarda bu suçun ağırlaştırıcı nedenlerine ve 6. fıkrada hafifletici nedene, 2. fıkrada da özellik göstermesi nedeniyle cezanın mahsubuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

UUMİT suçu esas olarak TCK'nın 188. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir¹³. İlgili düzenlemelere bakıldığında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin tanımına yer verilmemiş ve hangi maddelerin bu kapsamda olduğu özel olarak belirtilmemiştir¹⁴. Yalnızca yakalanan uyuşturucu maddelerin TCK'nın 188/4-a hükmünde sayılan maddelerden birinin kapsamına girmesi durumu ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir¹⁵. Uyuşturucu ve uyarıcı madde tanımının yapılması ve soyut olarak uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin neler olduğunun teker teker sayılarak Kanun'da belirtilmesi kişi özgürlüklerini korumak bağlamında faydalı olabilecektir¹⁶. Bununla birlikte günden güne yeni uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ortaya çıkması ve etkilerinin de birbirinden farklı olması nedeniyle uyuşturucu ve uyarıcı maddelere tanımlama ya da sayma yoluyla kanunda yer verme işlevsel değildir¹⁷. Yakalanan hangi türden maddelerin cezalandırmayı gerektirdiğinin tespiti sorunu, uyuşturucu ve uyarıcı olarak kabul edilen maddeleri sayma yoluyla belirten uluslararası sözleşmeler¹⁸, iç hukuk düzenlemeleri¹⁹ ve idarenin kanuna dayanarak bu alanda çıkardığı düzenleyici işlemler²⁰ esas alınarak çözümlen-

¹² HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar*, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, (Toplama Karşı Suçlar), s. 95.

¹³ Kazanç gütmeye amaçlı olmadan uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir başkasına verilmesinin de suç olarak kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, madde başlığının "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Temini" şeklinde olmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bkz. SEVDİM, s. 119-120.

¹⁴ Kanunun 188. maddesinin 1. ve 3. fıkralarındaki düzenlemelerin yapısı itibarıyla eksik ceza normu olduğu, hükümde yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde, ruhsat, ruhsata aykırılık, imal, ithal, ihraç gibi terimlerin anlamlarının, kapsamalarının ve sınırlarının, kanunilik ilkesinin gereği olarak ulusal kanunlar ve ülkenin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler esas alınarak belirleneceği ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Toplama Karşı Suçlar*, s. 94.

¹⁵ Her geçen gün yeni bir uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ortaya çıktığı, hatta ortaya çıkan bu maddelerden bazılarının ilgili maddede sayılanlardan daha tehlikeli olduğu, bu nedenle uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunu ağırlaştırıcı neden açısından sayma yönünden vazgeçilmesi ve maddenin türüne göre cezanın ağırlaştırılmasının hâkimin takdirine bırakılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖNER, Mehmet Zülfi: *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 158. Morfin maddesinin yasaya aykırı ticaretinin de bu fıkra kapsamında ağırlaştırıcı neden olarak kabul edildiği, ancak morfin maddesinin reçete ile temin edilebileceği ve bu nedenle aynı zamanda TCK'nın 188/6 hükmünde düzenlenen hafifletici neden kapsamında olduğu, aynı maddeye ilişkin olarak hem ağırlaştırıcı nedenin hem de hafifletici nedenin kabul edilmesinin yerinde olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. ÖNER, s. 161.

¹⁶ SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, (Özel Hükümler), s. 487; GÜNAL, s. 13.

¹⁷ GÜNAL, s. 64-65.

¹⁸ Türkiye, "1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesi"nin, "1971 tarihli Psicotrop Maddeler Sözleşmesi"nin ve "1988 tarihli "Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin tarafıdır. Meclis tarafından onaylandığı için Anayasa'nın 90. maddesi gereğince bu sözleşmeler iç hukuk yönünden kanun hükmünde ve değerindedir. Bu nedenle TCK'nın 188. maddesi ile ilgili değerlendirme yapılırken bu sözleşmelerde yer alan hükümlerin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. SEVDİM, s. 113.

¹⁹ İç hukukta uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin yasaklanması ya da ruhsata bağlanması, 2313 ve 3298 sayılı kanunlar ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılan idarenin düzenleyici işlemleri ile sağlanmaktadır.

²⁰ 2313 sayılı Kanun uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı nitelik taşıyan maddelerin imal, ithal ve ihracı yönünden sağlık bakanlığından izin alınması gerekmektedir. 2313 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre birinci maddede belirtilenlerden hariç uyuşturucu veya uyarıcı nite-

meye çalışılmaktadır. Uygulamada yakalanan uyuşturucu ve uyarıcı maddeler ilgili uzmanlık kurumlarına gönderilmekte, uzmanlık kurumu yakalanan maddenin yasaklı uyuşturucu ve uyarıcı maddelerden olup olmadığını tespit etmekte, hâkimler de çoğu zaman bu kurumlarca hazırlanan raporlar doğrultusunda karar vermektedirler²¹.

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak *imal*, *ithal* veya *ihraç* edenin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır²². *İthalden* anlaşılması gereken, ülkeye başka bir ülkeden uyuşturucu veya uyarıcı madde sokulmasıdır. Ancak bu suçun oluşumu için uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanım amacı dışında ülkeye getirilmesi gereklidir²³. *İhraç*; ülkeden, başka bir ülkeye uyuşturucu veya uyarıcı madde gönderilmesidir ve yine bu suçun oluşumu için kullanım amacı dışında bir saikin bulunması gerekmektedir²⁴.

Başka bir ülkeye uyuşturucu veya uyarıcı madde ihraç edildiğinde, ihraç edilen ülke yönünden ithal suçu oluşacaktır. Kanun koyucu TCK'nın 188/2 maddesini getirerek yabancı ülkede, uyuşturucu veya uyarıcı madde ithali suçundan yapılan yargılama yönünden "*ne bis in idem*" ilkesine geçerlilik tanınmayacağını kabul etmiştir²⁵. Bununla birlikte TCK'nın 188/2 maddesi uyarınca, uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilebilecektir. Böyle bir hüküm getirilerek fail ya da failerin mükerrer olarak cezalandırılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

İmal, tek başına uyuşturucu veya uyarıcı madde olmayan iki veya daha fazla maddenin kimyasal işlemle geçirilerek uyuşturucu madde haline getirilmesi, bir uyuşturucu veya uyarıcı maddenin başka bir uyuşturucu veya uyarıcı maddeye dönüştürülmesi ya da uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saflaştırılması olarak tanımlanmaktadır²⁶. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğinde değişiklik yapmayan işlemler ile doğal şeklinin muhafazası için yapılan işlemlerin imal olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir²⁷. Yüksek Mahkeme esrar maddesinin elde edildiği kenevir bitkisinin, kurutma, toz

likteki maddelerin bu Kanun hükmüne tabi olacağı Cumhurbaşkanlığı kararıyla Sağlık Bakanlığı tarafından tayin ve ilan olunur. Bu bağlamda bu alana ilişkin Sağlık Bakanlığının çıkardığı düzenleyici işlemler önem arz etmektedir. 3298 sayılı Kanun'un 1. maddesinin son fıkrasına göre Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine tabii ve sentetik nitelikteki uyuşturucu veya uyarıcı maddeler, Cumhurbaşkanlığı kararı ile 3298 sayılı "Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun" kapsamına dâhil edilebilmektedir.

²¹ Maddenin niteliğinin tespitinde, kolluk gücü bünyesinde faaliyet gösteren kriminal laboratuvarlar ve Adli Tıp Kurumu 5. Adli Tıp İhtisas Kurulu görev yapmaktadır. Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bir kararda "... bir maddenin TCK'nın 188 ve devamı maddelerinin konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı madde olup olmadığını belirlemek için, bunun herhangi bir listede yer almasından ziyade, kişinin algılama, muhakeme ve irade yeteneği üzerindeki etkisine bakmak gerekir. Somut bir madde ile ilgili bu bağlamda yapılacak olan değerlendirmenin, ancak bilirkişi (Adli Tıp Kurumu) tarafından yapılması gerekmektedir." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 30.11.2016, E. 2016/2536, K. 2016/3941.

²² Maddenin 1. fıkrasında yer alan bu hükmün seçimlik hareketli suç niteliğinde olduğu, imal, ithal veya ihraç hareketlerinden sadece birinin yapılmasının suçun oluşumu için yeterli olduğu, imal, ithal veya ihraç hareketlerinin hepsinin bir arada gerçekleştirilmesi durumunda tek bir suçun oluşacağı ifade edilmektedir. Bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5724. Suçun seçimlik hareketli suç olmadığı, failin uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ederek ihraç etmesi durumunda iki ayrı suçun oluşacağını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Topluma Karşı Suçlar*, s. 93.

²³ Bkz. Yargıtay, 9. CD., T. 04.06.2015, E. 2015/2214, K. 2015/5655: "... diğer sanığın kargo ile gönderdiği kullanma sınırları içinde kalan 12,095 gram uyuşturucu maddeyi sanığın aksi sabit olmayan savunmasına göre kullanmak dışında ticaret amacıyla kabul ettiğine dair delil bulunmadığı, bu nedenle eyleminin bir bütün halinde kullanmak için uyuşturucu madde kabul etmek suçunu oluşturacağı..."; bkz. ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 268.

²⁴ Bkz. Yargıtay, CGK., T. 13.03.2018, E. 2016/20-426, K. 2018/85: "... söz konusu suçun oluşabilmesi için uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanma dışında bir amaçla yurt dışına çıkarılmış olması gerekmektedir. Bu suç aynı zamanda teşebbüse elverişli olup, sınır kapısı olan yerlerde gümrük görevlilerine beyanda bulunduktan sonra ancak ülke sınırı geçilmeden önce ele geçirilmiş olması halinde biri ihraça teşebbüs, diğer ise TCK'nın 188. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen tamamlanmış uyuşturucu madde bulundurma ve nakletme ya da sevki etme suçu oluşacaktır..".

²⁵ TCK'nın 188. maddesinin gerekçesinde "Türkiye'den yapılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracının, karşı ülke açısından ithal fiilini oluşturduğu, bu ülkede uyuşturucu veya uyarıcı madde ithali nedeniyle yargılama yapılması veya bir cezaya mahkûm olunmasının, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yargılama yapılmasına engel olmadığı, böylece uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarıyla ilgili non bis in idem kuralına mültelelerarası sahada geçerlilik tanınmadığı" ifade edilmiştir.

²⁶ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, (Ceza Özel Hukuku), s. 907.

²⁷ Bkz. GÜNAL, s. 88; EREM, Faruk: *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: II*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 1824-1825; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 360.

haline getirme gibi işlenmiş olmasını imal kapsamında kabul etmemektedir²⁸. Bu bağlamda istihsal (üretim) ile imalin birbirinden ayrı tutulduğunu söyleyebiliriz²⁹. Bunun yanı sıra topraktan koparılacak kurumaya bırakılan ve kullanım sınırını aşan miktarda esrar elde edilmesi durumunda uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun, sadece kullanım düzeyinde hint keneviri bitkisinin ekildiği durumlarda 2313 sayılı Kanun uyarınca izinsiz hint keneviri ekmek suçunun oluşacağı; kullanım sınırını aşan miktarda hem dikili vaziyette hem de kurutulmaya bırakılmış esrarın ele geçirilmesi durumunda hem hint keneviri ekmek suçundan hem de TCK'nın 188/3. maddesinde yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan ceza verilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁰.

TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak ülke içinde “*satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran*” kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. *Satma*, bir menfaat ya da bedel karşılığı uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir başkasına verilmesidir³¹. *Satışa arz etme*, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satış için hazırlanmasıdır³². *Satma* hareketi teşebbüs aşamasında kaldığında, başka bir ifade ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin zilyetliğinin diğer tarafa geçirilmeden söz konusu maddeler yakalandığında satışa arz etme söz konusu olacak ve yine tamamlanmış suçtan ceza verilecektir. *Başkalarına verme*, hangi amaç ve saik ile olursa olsun herhangi bir bedel karşılığı olmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir başkasına temin edilmesidir³³. Kullanım miktarı sınırında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, bedelsiz, hatır veya sair nedenlerle bir başkasına verilmesi hallerinde dahi başkalarına verme şeklindeki uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun oluşacağı ifade edilmektedir³⁴. *Nakletme*, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bizzat fail tarafından ülke içerisinde bir yerden başka bir yere taşınmasıdır³⁵. *Sevk etme*, nakilden farklı olarak uyuşturucu veya uyarıcı maddenin fail tarafından ülke içerisinde, vasıta kullanılarak başka bir yere gönderilmesidir³⁶. *Depolama*, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerde muhafaza edilmesini sağlamaktır³⁷. Su-

²⁸ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 20.06.2014, E. 2014/3092, K. 2014/4830: “... kenevir sapçık ve yapraklarını kurutup, ufalayarak toz haline getirdiği ve bunlardan net 1229 gram esrar elde ettiği anlaşılan sanığın eyleminin ‘ticaret amacı ile uyuşturucu madde bulundurma’ suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliği yanlış değerlendirilerek TCK’nın 188/3 maddesi yerine TCK’nın 188/1. maddesi gereğince hüküm kurulması...”. Tarım yoluyla yetiştirilenin de imal kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 263.

²⁹ UUMİT ile daha etkin mücadele etmek için “üretmek” (istihsal) fiilinin de bu suçun seçimlik hareketlerinden birisi haline getirilmesi önerilmektedir. Bkz. TEKİN, Nurullah: “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal, İthal ve İhraç Etmek ile Satmak, Satın Almak, Kabul Etmek ve Bulundurmak Suçları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 37, s. 109.

³⁰ Bkz. AKKAYA, s. 87-88; SELBES, Ece: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 149; YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, (Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin), s. 173.

³¹ İçinde uyuşturucu madde bulunan evini, deposunu, imalathanesini veya nakil vasıtasını satan ya da kiralayan kişinin de buralarda bulunan uyuşturucu maddeyi satmış olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 272. Satılan uyuşturucu maddenin karşılığında başka bir uyuşturucu madde alınması yani trampa hallerinin ya da satma karşılığında menfaat elde edilmesinin mesela uyuşturucu madde karşılığı satın alan kişi ile cinsel birliktelikte bulunulması satma kapsamında değerlendirilecektir. Bununla birlikte *Yaşar / Gökcan / Artuç*’a göre; fail, uyuşturucu maddeyi cinsel ilişkide bulunma karşılığı vermiş olsa bile, maddi bir karşılık elde etmediğinden, bu eylem başkalarına verme hareketi kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5737.

³² Uyuşturucu maddeyi satmak için pazarlık etmek, müşteri aramak, anlaşmaya çalışmak, kaparo almak gibi hareketlerin satışa arz etmek kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. GÜNGÖR, Şener / KINACI, Ali: *Öğreti ve Uygulama Boyutu ile Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 229; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, 2014, s. 5737; PARLAR, Ali / KIZILKAYA, Azmi: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, s. 36; ÖNER, s. 126.

³³ Bkz. ÖNER, s. 127. Failin kendi kişisel kullanımına yetecek kadar uyuşturucu veya uyarıcı madde miktarına sahipken, bunu acıma hissi gibi bir amaç ile vermesi fiili ile uyuşturucu madde kullanan ve acındırarak ya da rahatsız ederek kendisinden uyuşturucu madde isteyen bir kimseyi başından savmak için bir miktar uyuşturucu maddeyi parasız verme fiilinin TCK’nın 188/3 hükmü uyarınca cezalandırılmasının adil olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. GÜNAL, s. 108. Ayrıca bkz. YOKUŞ SEVÜK, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin*, s. 166. Ayrıca kullanım sınırındaki uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir başkasına ikram edilerek birlikte kullanılmasının, kast yokluğundan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunu oluşturmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5738; AKKAYA, s. 39.

³⁴ Bkz. SEVDİM, s. 141.

³⁵ Transit rejimine tabi olan ve başka ülkeden gelip ülkemizden zorunlu olarak geçip başka ülkeye gitmekte olan kara araçlarında herhangi bir nedenle arama yapılması sonucu kullanım miktarının üzerinde uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunması halinde, söz konusu maddenin yurt içinde bırakılacağı hususunda herhangi bir delil yoksa ithal ya da ihraca teşebbüs suçunun değil nakletme suçunun oluşacağı ifade edilmektedir. Bkz. GÜNAL, s. 92; PARLAR / KIZILKAYA, s. 35.

³⁶ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 08.03.2021, E. 2017/2625, K. 2021/3144: “... sanığın, Kırşehir E tipi Kapalı İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan kişiye kargo paketi içindeki ayakkabının topuk kısmına gizlenmiş halde, 2,16 gr esrar elde edilebilecek kenevir bitkisini

çun oluşumu için depolama hareketinin mutlak maddi kazanç sağlamak maksadıyla yapılmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir³⁸. *Satın alma*, uyuşturucu maddenin, kullanım maksadı olmaksızın bir başkasından satın alınmasıdır³⁹. Burada satın alma hareketi bir başkasına uyuşturucu veya uyarıcı madde temini için gerçekleştirilebilir⁴⁰. Faildeki maksat kazanç elde etmek değil; kullanımsa ve fiilin işleniş özellikleri kullanım amacını açıkça gösteriyorsa bu hükmün uygulanması mümkün değildir. *Kabul etme*, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, kullanım maksadı olmaksızın ve herhangi bir bedel ödenmeksizin kabul edilmesidir⁴¹. *Bulundurma* ise kullanma maksadı olmaksızın herhangi bir saik ya da amaçla uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, tasarruf imkânı sağlayacak biçimde kişinin hukuki ya da fiili egemenliğinde bulundurulmasıdır⁴². Kişi kullanım amacı ile yanında uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduruyorsa uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu oluşmayacaktır⁴³.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun tanımlandığı hükümde sayılan hareketlerin bir kısmı esasen uyuşturucu veya uyarıcı madde temin etme suçunun hazırlık ve teşebbüs hareketlerini teşkil etmektedir. Yine bu hareketlerden bazılarının niteliği göz önünde bulundurulduğunda, uyuşturucu veya uyarıcı madde teminine yardım etme niteliğindeki hareketlerin, temin etme suçu gibi cezalandırıldığını ve bu gibi durumlarda kişilerin fail olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Kanun'da böylesi bir düzenleme yer almasaydı, depolama, nakletme gibi hareketler bu suça yardım etme şeklindeki iştirak türü kapsamında değerlendirilebilecekti. Kanun koyucunun böyle bir yol izleyerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarının cezasını ağırlaştırdığını söylemek mümkündür⁴⁴.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde satan kişi tespit edildiğinde, satıcının elinde daha fazla uyuşturucu ve uyarıcı madde olabileceği gerekçesiyle evinde ya da uyuşturucu ve uyarıcı maddeyi sakladığı muhtemel yerlerde, yetkili makamın kararıyla arama yapılmaktadır. Arama yapılan yerlerde uyuşturucu madde ele geçirildiğinde, ayrı ayrı hem satma hem de bulundurma suçlarının oluşup oluşmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu suç seçimlik hareketli suçtur ve bu yüzden uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satma, nakletme, depolama ve satışa arz etme hareketlerinden birinin ya da tamamının bir arada gerçekleştirilmesi halinde sonuç değişmeyecek ve failin tek suç işlediği kabul edilecektir⁴⁵. Ancak satarken yakalanan ile evde ele geçirilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin özdeş olması gerek-

gönderdiği, ceza infaz kurumu görevlileri tarafından yapılan kontrolde suça konu maddenin yakalandığı olayda; sanığın kullanma amacı dışında, cezaevinde hükümlü olarak bulunan kişiye teslim edilmek üzere uyuşturucu maddeyi bulundurup sevk ettiği anda uyuşturucu madde ticareti suçunun tamamlandığı gözetilmeden...".

³⁷ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 01.07.2014, E. 2014/3248, K. 2014/5067: "... mülkiyeti, babası olan diğer sanığa ait olup üvey annesi tarafından getirilen 15 paket halindeki AM-2201 isimli etken madde içeren 19,8 gram uyuşturucu maddeyi alıp kendi evindeki yatağının altına gizlemek suretiyle 'uyuşturucu maddeyi depolama' suçunu işlediği sabit olan sanığın TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrası gereği cezalandırılması...". Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 29.05.2014, E. 2014/2942, K. 2014/4238: "... sanıkların 'uyuşturucu madde ihraç etme' suçlarına iştirak etiklerine ilişkin, kuşku ve varsayımdan öte delil bulunmadığı; sabit olan fiillerinin, konteynırlardaki uyuşturucu maddeyi depoya indirmekten ibaret olduğu ve böylece 'ticaret amacıyla uyuşturucu madde bulundurma ve depolama' suçunu işledikleri gözetilmeden...".

³⁸ PARLAR / KIZILKAYA, s. 37.

³⁹ Fail tarafından satın alınan uyuşturucu veya uyarıcı maddenin miktarının suçun niteliğini belirlemede önemli olduğu, bununla birlikte kişisel kullanma ihtiyacı sınırını aşmayan miktarda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satın alındığı durumlarda, kişinin kullanım amacı dışında söz konusu maddeleri satın aldığı diğer delillerden anlaşılıyorsa miktar az olsa bile fiilin TCK'nın 191 maddesi kapsamında değil, TCK'nın 188/3 hükmü kapsamında olduğunun değerlendirileceği ifade edilmektedir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin*, s. 133.

⁴⁰ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 10.11.2020, E. 2020/16093, K. 2020/7142: "... başka bir şahsa teslim etmek üzere diğer sanıktan suça konu eroini teslim almadan önce, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği anlaşıldığından; sanığın fiilinin tamamlanmadığı ve 'ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın alma veya kabul etme' suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı dikkate alınarak...". Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 21.05.2013, E. 2013/5466, K. 2013/4560.

⁴¹ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 07.03.2018, E. 2017/6689, K. 2018/1257: "... sanıkların suç konusu uyuşturucu nitelikteki MDMA etkin maddesi içeren hapları ithal ettiğine ya da ithal suçuna iştirak ettiğine ilişkin, kuşku aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı; sabit olan fiillerinin, Türkiye'ye getirilmesinden sonra uyuşturucu nitelikte MDMA etkin maddesi içeren hapları teslim almaktan ibaret olduğu dikkate alındığında, sanıklar hakkında TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen 'ticaret amacıyla uyuşturucu maddeyi kabul etme' suçu yerine 'uyuşturucu madde ithal etme' suçundan mahkumiyet hükmü kurulması...".

⁴² ERMAN / ÖZEK, s. 283; ayrıca bkz. Yargıtay, CGK., T. 02.02.2021, E. 2019/20-53, K. 2021/14.

⁴³ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin*, s. 142-144; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5743.

⁴⁴ Bkz. EREM, s. 1821.

⁴⁵ GÜNAL, s. 95-96; AKKAYA, s. 46; ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 19.03.2014, E. 2013/13225, K. 2014/1838 (kararı aktaran SELBES, s. 147).

mektedir⁴⁶. Bununla birlikte evde yapılan aramada özdeş olmayan, farklı bir maddenin ele geçirildiği hallerde dahi tek suçun oluşacağı yönünde Yüksek Mahkeme kararı bulunmaktadır⁴⁷.

Sıklıkla karşılaşıldığı üzere, uyuşturucu veya uyarıcı madde satan kişi aynı zamanda bu maddeyi kullanmaktadır. Bu gibi durumda hem ticaret hem de kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma şeklinde iki suçtan değil, sadece ticaret için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma suçundan ceza verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁸. Ancak uygulamada her iki suçtan ceza verilmektedir⁴⁹.

TCK'nın 188. maddenin 7. fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal etme suçunun hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller müstakil suç olarak cezalandırılmıştır⁵⁰. Bu fıkra göre uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmi makamların iznine bağlı olan maddeyi ülkeye “*ithal eden, imal eden, satan, satın alan, sevk eden, nakleden, depolayan veya ihraç eden*” kişi cezalandırılmaktadır⁵¹.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu yönünden fail ya da failler suça konu malın uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğunu bilmiyorsa hataları esaslı kabul edilecek, kast ortadan kalktığından gerçekleştirilen fiil suç oluşturmayacaktır⁵². Yine fail ya da iştirak edenler suça konu uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, TCK'nın 188/4-a maddesinde yer alan türden uyuşturucu madde olduğunu bilmiyorsa haklarında ağırlaştırıcı neden uygulanmayacaktır⁵³.

İlgili hükümlerdeki “*ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak*” ifadesinden⁵⁴, Kanun'un çerçevesini belirlediği usule göre izin alınması hallerinde belli türdeki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin imal edilebileceği, temin edilebileceği ya da bulundurulabileceği anlaşılmalıdır. Gerekli izinler alınmış ise suç oluşmayacaktır⁵⁵.

Kastın bilme ve isteme unsurunun yanı sıra faildeki saike önem atfedildiği durumlarda özel kastın varlığından söz edilecektir⁵⁶. Failin saikinden kaynaklanan özel kast, diğer unsurları aynı olan suç tiplerini birbirinden ayırır⁵⁷, suç olmayan bir fiili suç haline getirebilir ve bazen de bir suçu başka bir suça dönüştürebilir⁵⁸. Nitekim 188. maddenin gerekçesinde, 1. fıkrada tanımlanan suçun oluşumu için

⁴⁶ ÖNER, s. 191.

⁴⁷ Yargıtay, 20. CD., T. 01.12.2015, E. 2015/290, K. 2015/4903: “... Bazı kişilerin uyuşturucu madde ticareti yaptıklarına ilişkin ihbar ve istihbari bilgiler edinilmesi üzerine sivil giyimli adli kolluk görevlilerinin sanıktan 0,2 gram AB PINACA etken maddesi içeren uyuşturucu madde satın aldıkları, böylece sanığın satmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu ve delili elde edilmiş olup 17.09.2014 tarihinde sanığın evinde yapılan aramada 1,2 gram AM-2201 etken maddesi içeren uyuşturucu maddeyi, ilk satıştan sonra temin ettiğine ilişkin bir delil de bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanarak fazla ceza tayini...”.

⁴⁸ Bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 277.

⁴⁹ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 27.02.2020, E. 2014/4430, K. 2020/1411: “... sanıkların sabit olan fiillerinin ‘kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma’ suçunu oluşturduğu ve bu suçtan da aynı iddianame ile dava açılarak tedavi ve denetimli serbestlik kararı verildiği gözetilmeden...”.

⁵⁰ SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 494.

⁵¹ Söz konusu maddenin, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin üretilmesini sağlayacak miktarda olması gerektiği, izinsiz ithal ya da imal edilen maddenin miktarı itibarıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde üretmeye elverişli olmadığı durumlarda işlenemez suçun söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Topluma Karşı Suçlar*, s. 104.

⁵² SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 489. Uyuşturucu veya uyarıcı madde için ruhsat alınmasına gerek olmadığı ya da ruhsatın olduğu düşüncesiyle hareket edildiği durumlarda da fiil üzerinde hatanın söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Topluma Karşı Suçlar*, s. 96.

⁵³ GÜNAL, s. 103-104; GÜNGÖR / KINACI, s. 467; YOLCU, Ferit: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 188)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 101.

⁵⁴ Ruhsata aykırılığın, a) uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ruhsatta belirtilen madde dışında bir madde olduğu, b) uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ruhsatta yazılı olandan fazla olduğu ya da c) ruhsatta verilen izin dışında başka bir işleme tabi tutulduğu durumlarda söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, s. 917.

⁵⁵ Hükümetin ruhsata bağlı olduğu uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ilişkin izin verme merciin sağlık bakanlığı olduğu, uyuşturucu veya uyarıcı nitelikteki maddenin verilen izin dışında bulunduğu karışımındaki oranının fazla olması ya da ruhsatta belirtilenden başka yerde bulundurulması hallerinde de ruhsata aykırılığın oluşacağı ifade edilmektedir. Bkz. PARLAR / KIZILKAYA, s. 33.

⁵⁶ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 480.

⁵⁷ DÖNMEZER / ERMAN, s. 480.

⁵⁸ TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 207.

failde kazanç saikinın, başka bir ifade ile menfaat elde etme saikinın, bulunmasının gerekli olduğu; uyuşturucu maddenin kullanılmasının suç olarak düzenlendiği 191. maddenin gerekçesinde de ilgili suçun oluşumu için failde kullanma saikinın bulunmasının gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹. Buradan çıkan sonuç kullanım saikinın bulunmasının; satın alma, kabul etme, bulundurma, nakletme gibi hareketler yönünden *uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçuna* dönüştürdüğüdür. Bunun yanında “başkasına verme” şeklindeki hareket yönünden suçun oluşumu için genel kastın varlığı yeterlidir. Yine önemle belirtmeliyiz ki, kullanma saiki ile bulundurmamak hariç olmak üzere, yasal olmayan herhangi bir sebeple uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bulundurulması hallerinin tümü ticaret suçunu oluşturabilecektir⁶⁰.

TCK'nın 188/3. hükmünde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun cezasının on yıldan başladığı, TCK'nın 191/1. hükmünde düzenlenen suçun cezasının ise iki yıldan başladığı dikkate alındığında faildeki saikin tespiti önemlidir⁶¹. Saik manevi unsura ilişkindir ve fail hangi saik ile hareket ettiğini açıkça beyan etmiyorsa, failin gerçekleştirdiği harekete bakılarak değerlendirme yapılmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme yakalanan uyuşturucu maddenin ticari saikle mi, yoksa kullanma saiki ile mi bulundurulduğunun tespitine ilişkin birtakım ölçütler geliştirmiştir⁶². Failin saiki tam olarak tespit edilemiyorsa kullanma amacıyla bulundurduğunun kabulü gerekecektir⁶³.

II. UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE İMAL VE TİCARETİ SUÇUNA İŞTİRAK

Kanunda yer verilen suç tipine göre soyut olarak bir tek kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olan, niteliği gereği birden fazla kişinin iştirakinin zorunlu olmadığı bir suç birden fazla kişinin birlikte gerçekleştirmesi halinde *suça iştiraktan* söz edilecektir⁶⁴. Suçun işlenmesi için birden fazla kişinin bir araya gelmesinin suç tipinde şart koşulduğu durumlarda, *çok failli* suçların varlığından bahsedilecektir⁶⁵.

UUMİT suçu esasen tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan suçlardandır. Bununla birlikte TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen ve seçimlik hareketlerden oluşan uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satılması ya da başkasına temin edilmesi esasen çok failli suç tipi kapsamına gir-

⁵⁹ Bkz. TCK'nın 188. ve 191. maddelerinin gerekçesi.

⁶⁰ Erem'e göre, ticaret saikinın sübutu, suçun oluşumu için şart değildir. Bkz. EREM, s. 1830. Ayrıca bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 276.

⁶¹ TCK 191/1 hükmünde düzenlenen suçun ilk defa işlenmesi halinde TCK 191/2 hükmü gereğince kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmektedir. TCK'nın 188 ve 190. maddelerinde belirtilen suçlardan dolayı dava açıldığı ve yapılan yargılama neticesinde isnat edilen fiilin münhasıran 191/1 maddesinde düzenlenen suç kapsamına girdiği anlaşıldığında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmektedir. Bkz. TCK madde 191/8.

⁶² Bkz. Yargıtay, CGK., T. 02.02.2021, E. 2019/20-53, K. 2021/14: “... uyuşturucu madde bulundurmanın, kullanma maksadına matuf olduğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken ve öğreti ile uygulamada da kabul görmüş bazı kriterler bulunmaktadır. Bunlardan ilki; failin bulundurduğu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranış içine girip girmediğidir. İkinci kriter, uyuşturucu maddenin bulundurulduğu yer ve bulundurulmuş biçimidir. Kişisel kullanım için uyuşturucu madde bulunduran kimse, bunu her zaman kolaylıkla erişebileceği yerde, örneğin genellikle evinde veya iş yerinde bulundurmaktadır. Buna karşın uyuşturucunun ev veya iş yerine uzakta, çıkarılması güç ve zaman gerektiren depo, mağara, samanlık gibi bir yere gizlenmesi kullanma dışındaki bir amaçla bulundurulduğunu gösterebilir. Yine, uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde olması, her paketçik için hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde konulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması, kullanım dışında bir amaçla bulundurulduğu hususunda önemli bir belirtidir. Üçüncü kriter de bulundurulan uyuşturucu maddenin çeşit ve miktarıdır. Uyuşturucu madde kullanan kimse genelde bir ya da benzer etki gösteren iki değişik uyuşturucu maddeyi bulundurur. Bu nedenle değişik nitelikte ve farklı etkileri olan eroin, kokain, esrar ve amfetamin içeren tabletleri birlikte bulunduran sanığın bunları satmak amacıyla bulundurduğu kabul edilmelidir. Kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktar, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik göstermekle birlikte, Adli Tıp Kurumunun mütaalaalarında esrar kullanmaların her defasında 1-1,5 gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebildikleri bildirilmektedir. Esrar kullanan alışkanlığı olanların bunları göz önüne alarak, birkaç aylık ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında veya ulaşabilecekleri bir yerde bulundurabildikleri de adli dosyalara yansıyan ve bilinen bir husustur. Buna göre, esrar kullanan faillerin olağan sayılan bu süre içinde kişisel olarak kullanıp tüketebilecekleri miktarın üzerinde esrar maddesi bulundurmaları halinde, bulundurmanın kişisel kullanım amacıyla yönelik olmadığı kabul edilmelidir.”.

⁶³ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin*, s. 143; SEVDİM, s. 125-126.

⁶⁴ PISAPIA, Gian Domenico: *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, (Çev.) AKGÜÇ, Atif, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1971, s. 204; TOROSLU, s. 295.

⁶⁵ DÖNMEZER / ERMAN, s. 737.

mektedir⁶⁶. Zira bu gibi hallerde satıcı ya da temin edenin yanı sıra zorunlu olarak alıcı bulunmaktadır ve bu alıcı kişi, tasarruf ehliyetine sahip ise suçun mağduru dahi değildir. Ancak kanun koyucu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satanı ya da temin edeni cezalandırırken kullanım amacıyla alan kişiyi cezalandırmama tercihinde bulunmuştur⁶⁷. Kanun koyucunun bu tercihi nedeniyle uyuşturucu maddeyi alan kişiyi, azmettiren ya da teşvik eden olarak suça iştirak ettiği gerekçesiyle cezalandırmak mümkün değildir⁶⁸.

Ortaklaşa hareket edilmesi durumunda suçların daha kolay işlendiği, bu gibi durumlarda tehlikenin daha da arttığı bir gerçektir. Bu yüzden suçların ortaklaşa işlenmesinin tercihen genel bir ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁶⁹. Ancak TCK'da suça iştirak, genel bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmemiş, yalnızca belirli suçlar yönünden suç ortaklığı ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir⁷⁰. Nitekim TCK'nın 188/5. maddesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun, “*üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*”⁷¹ halinde verilecek cezanın yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek cezanın bir kat arttırılacağı” hüküm altına alınmıştır.

Tipik fiile nedensel katkısı olan herkesin fail gibi cezalandırılmasının savunulması halinde iştirak hükümlerinin, sorumluluğu daraltıcı etkisinin olduğu söylenebilir⁷². Ancak öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre iştirak hükümlerinin sorumluluğu genişletici özelliği bulunmaktadır. Zira iştirak edilen suç tipi esas alındığında, azmettirme ve yardım etme şeklinde gerçekleştirilen hareketler tipik değildir. Başka bir ifade ile azmettiren ile yardım eden konumunda olan kişiler iştirak edilen suça ilişkin tipik hareketlerden hiçbirini gerçekleştirmezler. Ancak Kanun'da ayrıca hüküm bulunması nedeniyle bu iştirak türleri yönünden failerin sorumluluğuna gidilebilmektedir⁷³.

Suçta iştiraktan söz edebilmek için belli koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. İştirak edilen suçun icrasına başlanılmış olması, iştirak edilen fiilin kasten gerçekleştirilmiş ve hukuka aykırı nitelikte olması, şerik tarafından gerçekleştirilen hareketin iştirak edilen suça ilişkin harekete nedensel katkısının bulunması, birden çok kişinin birden çok hareketinin bulunması ve suçun bütün ortaklar için aynı olması, suça iştirak iradesinin mevcut olması gerekmektedir. Aşağıda kısaca UUMİT suçu çerçevesinde bu şartlara ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

A. Suça İştirakin Koşulları

1. İştirak Edilen Suçun İcra Hareketlerine Başlanılmış, Kastan Gerçekleştirilmiş ve Hukuka Aykırı Olması

TCK'nın 40. maddesinde bağıllık kuralı düzenlenmiştir. TCK'nın 40. maddesinin 1. fıkrasında “*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*” hükmüne yer verilmiştir.

⁶⁶ İÇEL, Kayıhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 530; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 461.

⁶⁷ Bkz. SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Genel Hükümler), s. 503: “... kanunsuz suç ve ceza olmayacağı için alan cezalandırılmayacak sadece satan cezalandırılacaktır.”

⁶⁸ ERMAN / ÖZEK, s. 293. Ayrıca bkz. ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 459: “*Bu durumda mağdur olarak görülen zorunlu fail diğer zorunlu faili suça azmettirmiş olsa dahi, yine cezasızlık sebebinden yararlanacaktır.*”

⁶⁹ YÜCE, Turhan Tufan: *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985, s. 84.

⁷⁰ 765 sayılı TCK'da da aynı durum geçerliydi. Bkz. TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s. 529.

⁷¹ Kanun'da ilgili suç tiplerinde geçen “*birlikte işlenmesi*” ifadesinden anlaşılması gerekenin müşterek faillik olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 644.

⁷² “*Geniş anlamda fail anlayışına göre; fiilleri ile suç tanımındaki neticeye doğrudan doğruya neden olan tüm kişiler faildir. İştirake ilişkin hükümler sadece her bir ortağın üstlendiği rolle ilgili olarak yaptırımın derecelenmesine hizmet eder. İştirak hükümleri cezalandırmanın alanını daraltıcı rol oynar.*” bkz. ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 413.

⁷³ *Toroslu*'ya göre iştiraki düzenleyen normun, özel kısımdaki suç yaratan norm ile bir araya gelmesinden, tek faili suç tipinden farklı, yeni birçok faili suç tipi doğar. Kişilerin davranışları, çok faili kanuni tipin kurucu unsurlarına sahip iseler, tek faili suç tipi yönünden tipik olmasalar bile, iştirake ilişkin çok faili kanuni tip yönünden tipik davranışlardır. Bkz. TOROSLU, s. 301-302.

Bu hükümden, failin hukuka uygun olarak ya da kasıtlı olmadan gerçekleştirdiği fiiller yönünden suçta iştirak etmenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte failin kusuru olmadan gerçekleştirilmiş olduğu fiiller yönünden suçta iştirakin mümkün olduğunu söylemek gerekir. Suçta iştirak için failin kusurlu hareketinin aranmamış olması nedeni ile 5237 sayılı TCK’da suçta iştirak yönünden *sınırlı bağıllık kuralının* benimsendiği ifade edilmektedir⁷⁴.

Kanun’da açıkça belirtilmemiş olsa da suçta iştiraktan söz edebilmek için fail tarafından gerçekleştirilen fiilin suç tipine uygun olması gerekmektedir⁷⁵. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçunun düzenlendiği 188. maddenin 1. ve 3. fıkralarında yer alan “*ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak*” ifadesi suçun tipikliği ile ilgili bir unsurdur ve ruhsata uygun olarak hareket edilmesi hallerinde hukuka uygunluk nedeninin varlığından değil, fiilin tipik olmadığından bahsedilecektir⁷⁶. İzin alınarak ve verilen izne uygun olarak belli türdeki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin imal edilmesi, satılması, temin edilmesi ya da bulundurulması hallerinde suç oluşmayacaktır. Zira fiil tipik değildir ve bu durumda suçta iştirakte söz konusu olmayacaktır.

İşlenen fiil yönünden hukuka uygunluk hallerinden birinin mevcut olduğu durumlarda söz konusu fiile iştirak edenler cezalandırılmayacaktır. Zira ortada bir suçun varlığından ve dolayısıyla suçta iştiraktan söz etmek mümkün değildir⁷⁷.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçu yönünden zorunluk hali, kanunun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme biçiminde hukuka uygunluk nedenlerinin varlığından bahsedilebilecektir. Nitekim uyuşturucu madde krizine giren ve bu kriz nedeniyle kendisinin ya da yakınlarının hayatını riske sokan kişiye uyuşturucu madde verilmesinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁷⁸. Bu gibi bir durumda üçüncü kişi lehine zorunluluk hali söz konusudur⁷⁹. Ancak şunu da ifade etmeliyiz ki, TCK’nın 25/2. hükmünde yer verilen zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden mi, yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğuna ilişkin olarak Kanun’da bir kesinlik bulunmamaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabulü halinde diğer iştirakçiler de bundan faydalanacak ve gerçekleştirilen fiilden sorumlu olmayacaklardır⁸⁰. Kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olduğunun kabulü halinde ise sadece kurtarma fiilini gerçekleştiren kişi cezalandırılmayacak; suç iştirak eden diğer kişilerin cezai sorumlulukları kendi kusurlarına göre tayin edilecektir⁸¹.

Aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, UUMİT suçunun işlendiğini açığa çıkarmak için kanuna uygun olarak görevlendirilen ve yine kanunun çizdiği sınırlara ve yetkili makamlarca verilen kararlara uygun olarak hareket eden gizli soruşturmacının da suçta iştiraktan dolayı sorumlu olmaması gerekir.

⁷⁴ TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, Beril: *Suçta İştirakte Bağıllık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 101. Bağıllık kuralının, sınırlı bağıllık kuralının yanı sıra “aşgari bağıllık” kuralı ve “aşırı bağıllık kuralı” gibi şekillerinin olduğu, aşgari bağıllık kuralında suçta iştirak için tipik bir fiilin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu, aşırı bağıllık kuralında ise suçta iştirak için fiilin hukuka aykırı olmasının ve kasten işlenmesinin yanı sıra failin kusurlu olmasının arandığı ifade edilmektedir. Bkz. TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, 95-104.

⁷⁵ DEMİREL, Muhammed: *Suçta İştirakte Bağıllık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Bağıllık Kuralı), s. 365-366. Suç, teşebbüs aşamasında kaldığında hareket esasen tipik değildir, ancak teşebbüs hükmü uyarınca tipiklik sağlanmakta ve fail teşebbüs aşamasında kalan eyleminden cezalandırılmaktadır.

⁷⁶ DÜLGER, İbrahim: “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (TCK m. 188)”, (Ed.) ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem: *Uyuşturucu Madde Suçlarıyla Mücadele*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 58-59; farklı görüş için bkz. İLTAŞ, Yiğit: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 184.

⁷⁷ DEMİRBAŞ, s. 482.

⁷⁸ YOKUŞ SEVÜK, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin*, s. 152-153. Uyuşturucu krizine girmiş bir kişiye, hekim tarafından uyuşturucu madde verilmesi durumunda “kanun hükmünü yerine getirme” biçimindeki hukuka uygunluk nedeninin oluşabileceği ifade edilmektedir. Bkz. İLTAŞ, s. 185.

⁷⁹ Uyuşturucu madde krizine giren bir kişinin, uyuşturucu madde temini için suç işlediği hallerde zorunluluk halinden söz edilemeyecektir. Zira tehlikeyi bizzat failin kendisi yaratmıştır. Üçüncü kişi lehine kurtarma fiilini yapan kişi, tehlikeyi kendi yaratmadığından zorunluluk halinden faydalanabilir. Bkz. KANGAL, Zeynel: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 348, 473-474.

⁸⁰ KANGAL, s. 209.

⁸¹ KANGAL, s. 478.

UUMİT suçunun kasten gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. İştirak edilen fiil kasten gerçekleştirilmemişse bu suça iştirak etmek mümkün değildir. Kullandığı araçta uyuşturucu ve uyarıcı madde taşındığını bilmeyen şoförün kastı bulunmadığından ve bu nedenle suç iştirak etmiş sayılmayacağından taşıtan kişi yönünden azmettirme değil, dolayısıyla faillik söz konusu olacaktır⁸².

Suçta iştirakten söz edebilmek için diğer bir şart iştirak edilen suçun icrasına başlanılmış olunmasıdır. Nitekim TCK'nın 40/3. maddesinde “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” hükmüne yer verilmiştir. Başka bir ifade ile iştirak edilen esas suçun hazırlık hareketleri yapılmış, ancak icra aşamasına henüz geçilmemişse iştirak edenleri sorumlu tutmak mümkün değildir.

Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için hareketin suç işlemeye elverişli olması gerekmektedir. Nitekim teşebbüs hükmünün düzenlendiği TCK'nın 35. maddesinde “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” ifadesine yer verilmiştir. Suçta kullanılan aracın mutlak elverişsizliğinin yanı sıra maddi konunun mutlak yokluğunda hareketin elverişli olduğundan söz edilemeyecektir⁸³ ve bu gibi bir durumda işlenemez suç meydana geldiğinden fail teşebbüsten dahi cezalandırılmayacaktır. Konumuz açısından işlenemez suçun ne gibi hallerde söz konusu olabileceğinin tespiti önemlidir. Zira işlenemez suç söz konusu olduğunda bu fiile iştirak edenler açısından da suç oluşmayacaktır.

Satıldığı tespit edilen maddenin, uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliğini haiz olmadığı tespit edildiğinde maddi konunun yokluğu nedeniyle suç da oluşmayacaktır. Ele geçirilen uyuşturucu ve uyarıcı maddenin az miktarda ya da bulaşık durumda bulunması sebebiyle kullanmaya elverişli olmadığı durumlarda dahi işlenemez suç hükümleri uyarınca failin cezalandırılmaması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁴. Bununla birlikte madde miktarının az olması veya amaca uygun etki yapıp yapmaması, suçun tehlike suçu olması nedeniyle suçun oluşumunu etkilemez ve bu gibi bir durumda aracın elverişsizliği değil, yetersizliği söz konusudur⁸⁵. Yüksek Mahkeme, başka bir madde ile karışık ya da tek başına, çok az miktarda yasak nitelikte uyuşturucu veya uyarıcı madde içeren, bu yüzden miktarsal analizi yapılamayan madde ele geçirildiğinde ve ayrıca çok az miktardaki bu maddenin 2313 sayılı Kanun'un 1. maddesinde öngörülen miktarın altında olduğu durumlarda suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suçun söz konusu olduğuna dair kararlar vermektedir⁸⁶.

Ele geçirilen maddenin bulaşık nitelikte olması, kabından veya paketinden ayrılabilmesi ya da miktarının azlığı nedeniyle kişisel kullanıma elverişli olmadığı durumlarda işlenemez suçun varlığından söz edilebilecekse de⁸⁷ herhâlde somut olayın özelliğine bakmak gerekecektir. Nitekim suçüstü hallerinde şüpheliler tarafından, yakalanmaması için uyuşturucu veya uyarıcı nitelikteki maddelerin imha edilmeye çalışıldığı olaylarla sıklıkla karşılaşmakta ve suçun delili olarak çok az miktarda uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilebilmektedir. Örnek vermek gerekirse eve kolluk gücüne baskın yapıldığının anlaşılması üzerine, şüpheliler tarafından poşet içerisindeki uyuşturucu veya uyarıcı madde lavaboya ya da tuvalete döküldüğü için, kolluk gücü tarafından kullanılmaya elverişli olmayacak düzeyde çok az miktarda uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilebilmektedir. Buna benzer hadiselerde, diğer deliller göz önünde bulundurularak ele geçen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanmaya elverişli olduğunu kabul etmek en doğru çözüm yolu olacaktır⁸⁸.

⁸² DEMİREL, *Bağlılık Kuralı*, s. 380.

⁸³ ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 114.

⁸⁴ Bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5735-5736; AKKAYA, s. 36.

⁸⁵ Bkz. ÖNER, s. 122-124; YOKUŞ SEVÜK, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin*, s. 159. *Yokuş Sevitik* tarafından kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma suçu için ifade edilen bu görüş, şüphesiz uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu için de geçerlidir.

⁸⁶ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 12.06.2019, E. 2017/5260, K. 2019/3549; Yargıtay, 20. CD., T. 11.12.2018, E. 2015/12447, K. 2018/5870; Yargıtay, 10. CD., T. 09.01.2012, E. 2008/3482, K. 2012/34; farklı yönde karar için bkz. Yargıtay, CGK., T. 13.02.2020, E. 2016/16-871, K. 2020/102.

⁸⁷ GÜNGÖR / KINACI, s. 213.

⁸⁸ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 06.03.2007, E. 2006/7517, K. 2007/2633, (kararı aktaran AKKAYA, s. 36).

Failin cezalandırılmasını engelleyen kişisel nedenlerin bulunması, başka bir ifade ile failin gerçekleştirmiş olduğu kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin, failde bulunan kişisel nedenden dolayı cezalandırılmaması, diğer suç ortaklarının cezalandırılmasını engellemez⁸⁹. Örneğin UUMİT suçunu işleyen esas failin yasama ya da diplomasi bağışıklığından faydalanması, diğer suç ortaklarının cezalandırılmasını engellemeyecektir.

2. Şerik Tarafından Gerçekleştirilen Hareketin İştirak Edilen Suça İlişkin Harekete Nedensel Katkısının Bulunması

Suçta iştiraktan söz edebilmek için gerçekleştirilen icari ya da ihmali hareketin, iştirak edilen suçun meydana gelmesinde nedensel katkısının bulunması gerekmektedir⁹⁰. İştirakçinin fiilinin, suçun gerçekleşmesinin olmazsa olmaz koşulunu oluşturması aranmaz⁹¹. Şerik tarafından gerçekleştirilen hareketin suçun işlenmesini desteklemiş, muhtemel hale getirmiş ve suçun işlenme riskini yükseltmiş olması failin sorumlu olması için yeterlidir⁹². Başka bir ifade ile bir ortağın hareketinin eksikliğinden dolayı diğer ortakların hareketlerinde değişiklik olacaksa ortağın hareketinin suç teşkil eden fiil üzerinde etkisi vardır ve dolayısıyla öteki ortaklar ile birlikte suça iştiraktan sorumlu olacaktır⁹³. Bununla birlikte soyut olarak nedensel değer taşıyan bir hareketin, suçun işlenmesinde hiçbir etkisinin bulunmadığı, suçun işlenme riskini yükseltmediği hallerde suça iştirak ettiği gerekçesi ile bu hareketi gerçekleştiren kişinin sorumluluğuna gidilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴.

Günlük hayatta yapılması normal kabul edilen tarafsız hareketlerin, suçun işlenmesine nedensel olarak katkı sağlasa da riski attırması yönünden bir değerlendirme yapıldığında yardım etme kapsamında cezalandırılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁹⁵. Araç içerisindeki konuşmalardan yolcuların, UUMİT suçunu işlemek için bir yere gittiklerini anlayan taksi şoförünün, bu kişileri istenilen yere ulaştırmasından dolayı yardım eden olarak cezalandırılmaması gerektiği düşünülebilir⁹⁶. Zira failler başka bir taksiyi kullanarak gitmek istedikleri yere ulaşabileceklerdir⁹⁷. Ama suçun uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti değil de terör suçu olduğu kabul edildiğinde, bu değerlendirme pek adil olmayacaktır. Terör saldırısı gerçekleştirecek birisini, saldırının gerçekleşeceği yere götüren ve bu suçun işleneceğini takside bu yolcuyla taşıırken öğrenen taksi şoförünün, gerçekleşecek suçtan yardım eden olarak dahi sorumlu olmayacağını kabulü adil bir çözüm değildir. Bununla birlikte taksi şoförünün, muhakkak olarak kahramanlık gösterip suçun gerçekleşmesini önlemesi gerektiği şeklinde bir kabul de doğru değildir. Bu durumda en azından suçun önlenmesi için makul bir zaman içerisinde kolluk gücünü araması ya da başka tedbirler alması taksi şoförünün yardım eden ve belki de onun da ötesinde müşterek fail olarak sorumlu olmasını bertaraf etmelidir. İhmal suretiyle icrai hareketin şartlarının oluşmadığı ve tarafsız hareketle suça katkı sağlandığı durumlarda suçun önlenmesi yönünden bir yükümlülüğün bahsedilmeyecek ise de; bir gerekliliğin var olduğunu kabul etmek gerekir.

⁸⁹ ZAFER, s. 417.

⁹⁰ PISAPIA, s. 206.

⁹¹ ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 401: "... failin yardım eden olarak cezalandırılması için genel olarak asıl fiil bakımından daha uygun bir ön koşulun yaratılmış olması, tipikliği gerçekleştiren davranışı kolaylaştırması veya desteklemesi ya da hukuksal yarar üzerinde tehlikeyi yükseltmesi yeterlidir."

⁹² TOROSLU, s. 311. Suçun işlenme tehlikesini arttıran her fiilin, netice ile nedensel olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ZAFER, s. 419.

⁹³ SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 487; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, (Genel Hükümler), s. 333.

⁹⁴ İÇEL, s. 537.

⁹⁵ EVİK, Vesile Sonay: *Suçta İştirakte Yardım Edenin Cezai Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 237.

⁹⁶ Farklı görüş için bkz. HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian: *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, (Çev.) OKTAR, Salih, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 242.

⁹⁷ Alman Yargıtayının uyuşturucu satıcısını satacağı yere götüren şoförü uyuşturucu ticaretine yardım etmeden sorumlu olması gerektiği yönünde karar verdiği nakledilmektedir. Karar ve çevirisi için bkz. EVİK, s. 238.

Nedensel katkı, suç işlenmeden önce ya da en geç suç tamamlanmadan önce olmalıdır. Suç tamamlandıktan sonra yapılan katkıların suçun işlenmesinde nedensel katkısının olduğunun kabulü mümkün değildir⁹⁸. Dolayısıyla tamamlanmış suça iştirak mümkün değildir⁹⁹.

3. Birden Çok Kişinin Birden Çok Hareketinin Bulunması ve Suçun Bütün Ortaklar İçin Aynı Olması

Suçta iştirakin bir diğer şartı, fiilin icrasına birden fazla kişinin katılmış olması ve suçun oluşumunda birden fazla fiilin nedensel katkısının bulunmasıdır¹⁰⁰. Ayrıca gerçekleştirilen suç bütün ortaklar için aynı olmalıdır. Birden fazla kişinin suça nedensel katkısının bulunması, kimin işlenen suçtan sorumlu olacağı ve kimin müşterek fail kimin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği sorunu ortaya çıkarmaktadır¹⁰¹.

İştirak hareketleri maddi ya da manevi nitelikte olabilir. Yine suça iştirak icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareket ile de gerçekleştirilebilir¹⁰². Ancak bu durumda da ihmali harekette bulunan kişinin suçun gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü ya da gerekliliği bulunmalıdır¹⁰³. Suçu önleme yükümlülüğü bulunmayan ve işlenen suça herhangi bir şekilde nedensel katkısı olmayan bir kişi, UUMİT suçundan haberdar olup yetkili makamlara ihbarda bulunmamışsa suça iştirak etmiş olmaz¹⁰⁴, ancak kişinin *suçu bildirmeme* suçundan sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁰⁵. Bunun yanı sıra suç yerinde olup suçu önleme yükümlülüğü bulunmayan ve hareketsiz kalan kişilerin, sadece orada bulunmaları suçun işlenmesini etkilemiş ise suça iştirak ettiklerinden bahsedilebilecek¹⁰⁶ ve bu kişilerin böyle bir durumda suçun işlenmesine manevi olarak iştirak etmek suretiyle yardım ettikleri kabul edilebilecektir¹⁰⁷.

Örnek vermek gerekirse gümrüğe gelen uyuşturucu maddenin yurda sokulmasına göz yuman ya da herhangi bir çevirmede uyuşturucu madde taşıyan aracın geçişine izin veren devlet memurunun hareketi ihmali hareket ve uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna iştirak etmekten sorumluluğu doğacaktır¹⁰⁸. Ancak böyle bir durumda hareket gerçekleştirilmeden önce yapılan bir anlaşmanın varlığı ya da yokluğu farklı sonuçlar doğurabilecektir. Eğer devlet memuru uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi yurda sokan veya nakleden kişilerle öncesinde anlaşıp ihmali harekete bulunmuş ise müşterek fail olarak sorumlu olacaktır¹⁰⁹. Bunun yanında belli suçun failine, haberi olmaksızın ve tek taraflı iradeyle suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardımda bulunulması müşterek faillik kapsamında değil, yardım etme kapsamında değerlendirilmelidir¹¹⁰. Devlet memuru, asıl faillerin haberi olmaksızın tek taraflı irade ile ihmali gösterip uyuşturucu madde taşıyan aracın geçişine izin vermiş ise yardım eden olarak sorumlu olacaktır¹¹¹.

⁹⁸ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 334.

⁹⁹ EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 377.

¹⁰⁰ ZAFER, s. 418.

¹⁰¹ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 364.

¹⁰² AYDIN, Devrim: *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 90; HAKERİ, Hakan: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 1, Sayı 1, (İştirak), s. 76.

¹⁰³ AYDIN, s. 90; DÖNMEZER / ERMAN, s. 769-770; HAKERİ, *İştirak*, s. 76-77.

¹⁰⁴ Fail, suçun neticesini önleme konusunda hukuksal bir yükümlülük altındaysa ve bunu önlememişse failin suçu bildirmeme suçundan değil, işlenmesine engel olmadığı suçu ihmali hareketle işlemekten dolayı sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan: "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 80, s. 108.

¹⁰⁵ Suçu bildirmeme suçu TCK'nın 278. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 373.

¹⁰⁷ EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 404.

¹⁰⁸ SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 488: "... evin soyulacağını bilen bekçi veya polis memuru ise ve herhangi bir şekilde müdahale ederek suçu önlemiyorsa ihmali suretiyle icra yoluyla suça iştirak ediyor demektir. Çünkü bekçi ve polis suçu önleme yükümlülüğü vardır."

¹⁰⁹ EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 391.

¹¹⁰ DEMİRBAŞ, s. 473.

¹¹¹ TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde "... bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekir" ifadeleri yer almaktadır.

Suçta iştirak edenler yönünden suçun aynı olması gerekmektedir. Suçun aynı olduğunun kabulü için yalnızca maddi unsurların değil, manevi unsurların da aynı olması gerekmektedir¹¹². Suçun oluşumu için özel kast gerekiyorsa, şeriklerde de bu özel kastın mevcudiyeti gerekmektedir¹¹³.

Farklı ihtimaller dâhilinde suçun farklı olması mümkündür. Suç kararlaştırıldıktan farklı şekilde işlenmiş olabilir. İşlenen suç daha hafif ya da daha ağır olabilir veya üzerinde anlaşılan suçtan başka ya da ilave bir suç daha işlenmiş olabilir¹¹⁴.

Örnek vermek gerekirse suçta iştirak eden kişi nakledilen maddenin tütün olduğunu zannetmektedir. Ancak nakledilen uyuşturucu veya uyarıcı maddedir ya da nakledilen tütünün yanına şerikin iradesi dışında uyuşturucu veya uyarıcı madde eklenmiştir. Bu durumda şeriki, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan sorumlu tutmak mümkün değildir. Zira üzerinde anlaşılan suçtan başka ya da ilave bir suç işlenmiştir¹¹⁵. İşlenen suçun kararlaştırıldıktan daha hafif ya da daha ağır olması halleri aşağıda “Suça Etki Eden Nedenlerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi” başlığı altında ayrıca incelenmiştir.

Müşterek faillikte suç işleyenlerden biri kararlaştırılan suçun dışına esaslı olarak çıkmışsa diğer suç failinin bu sınır aşımı yönünden kastı bulunmadığından sorumlu tutulamayacağı, esasız sapma hallerinde ise diğer suç failinin de bu sınır aşımından sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁶. Bu nedenle müşterek faillerden biri, nakledilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin TCK'nın 188/4-a maddesinde sayılan maddelerden olduğunu bilmiyorsa hakkında bu ağırlaştırıcı neden uygulanmayabilecektir¹¹⁷.

4. Suça İştirak İradesinin Bulunması

Suçta iştirakten söz edebilmek için, sadece nedensel değer taşıyan bir hareketin yapılmış olması yetmez; ayrıca suç ortağında iştirak iradesinin bulunması¹¹⁸, başka bir ifade ile esas suçu işleme kastının yanı sıra bu suçun işlenmesini mümkün kılan ya da kolaylaştıran bir harekette bulunmayı bilip isteyerek diğer ortakların eylemine katılma iradesinin bulunması gerekir¹¹⁹. Buna öğretide *iştirakte çifte kast* denmektedir¹²⁰. Bununla birlikte suçta iştirakten söz edebilmek için suç ortaklarının önceden anlaşmış olmaları gerekmez¹²¹. Diğer suç ortaklarının haberi olmadan da bir suçun işlenmesine iştirak etmek mümkündür¹²². İştirak iradesinin suçtan önce ya da en geç suçun gerçekleşmesi sırasında ortaya çıkması gerekmektedir¹²³.

Seyahat ettiği özel araçta uyuşturucu madde taşıdığını bilmeyen bir kişi ile içinde uyuşturucu madde olduğunu bilmediği kutuyu bir başkasına ulaştıran kuryede uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçuna iştirak etme iradesi bulunmamaktadır¹²⁴.

¹¹² HAKERİ, *İştirak*, s. 84-85.

¹¹³ Farklı görüş için bkz. EVİK, s. 169: “*Tipik fiili yapan failin normun aradığı özel kasta sahip olması yeterlidir, bu suça katılan diğer suç ortaklarının da özel kast ile hareket etmelerine gerek yoktur.*”

¹¹⁴ HAKERİ, *İştirak*, s. 85.

¹¹⁵ Bkz. EVİK, s. 180.

¹¹⁶ HILGENDORF / VALERIUS, s. 220.

¹¹⁷ Müşterek faillerden birinin kararlaştırılan suçun sınırını diğer suç ortağından bağımsız olarak ve bilinçli bir şekilde aşması halinde, sınırı aşan kısım bakımından müstakil fail veya duruma göre dolayısıyla fail olarak sorumlu olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 658.

¹¹⁸ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 518.

¹¹⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 336.

¹²⁰ Bkz. TAŞKIN KAPUSUZUĞLU, s. 135; DEMİREL, *Bağlılık Kuralı*, s. 429. Suça iştirak edenin, hem failin gerçekleştirmiş olduğu hareketi bilmesi ve istemesi hem de kendi gerçekleştirdiği fiil ile failin gerçekleştirmiş olduğu fiile katkı sağladığını bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

¹²¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 334.

¹²² Bkz. TCK'nın 37. maddesinin gerekçesi; ayrıca bkz. AYDIN, s. 39.

¹²³ HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, (Genel Hükümler), s. 547.

¹²⁴ Aracındaki yolcunun, uyuşturucu veya uyarıcı madde taşıdığını bilmeyen ve bu yolcuyu bir yerden başka bir yere götüren taksi şoförünün iştirakten sorumlu olmaması gerektiği yönünde karar için bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 26.12.2019, E. 2018/4546, K. 2019/7605; Yargıtay, 9. CD., T. 29.03.2016, E. 2015/1689, K. 2016/3043.

Failin kasten işlemiş olduğu esas fiile taksirle iştirak etmek mümkün değildir¹²⁵. Ancak olası kast ile suç iştirak etmenin mümkün olduğu belirtilmektedir¹²⁶. Başka ülkelerde yeni bir akım olarak, uyuşturucu madde olma şüphesi bulunan birtakım maddelerin nakledilmesi, reçete edilmesi ve muhafaza edilmesi hallerinde, şüphe edilmesine rağmen gereğinin yapılmaması hallerinin yardım etmek kapsamında değerlendirildiği ve taksiri bulunan kişilerin cezalandırıldığı ifade edilmektedir¹²⁷.

Bu konuda Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararlara değinmekte fayda görüyoruz. Kadın sanık, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan ceza alan diğer sanığın eşidir ve olay tarihinde Van'dan İstanbul'a doğru seyahat etmektedirler. İstanbul'da yol uygulamasında araç durdurulmuştur ve araçta 41.000 gram eroin maddesi bulunmuştur. Diğer sanığın eşi olan ve ona refakat eden kadın sanığın, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna iştirak ettiğine ilişkin, eşi olan diğer sanığın isteği ve ısrarı üzerine araçta seyahat etmesi dışında her türlü şüpheden uzak, kuşku aşan, yeterli ve kesin delilin bulunmaması nedeniyle Yüksek Mahkeme kadın sanığın beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁸. Yüksek Mahkeme başka bir kararında suça konu eroinin aracın özel bölümlerine yapılan zulalarda nakledilmesinin ve kokusunun olmaması nedeniyle sanığın, araçtaki uyuşturucu veya uyarıcı maddeden haberi olmadığına ilişkin savunmasına itibar edilmesi ve bu nedenle beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁹.

Şehirler arasında araç ile uyuşturucu veya uyarıcı madde nakleirken yol güzergâhındaki güvenlik güçlerince yapılan kontrolleri daha rahat aşmak için araç içerisindeki kişilerin aile görüntüsü verdiği, böylece daha az şüphe çekildiği ve bu bağlamda aracı kullanan bir erkeğe, yolculuk sırasında bir kadının, hatta çocukların da eşlik ettiği bir gerçektir. Bu gibi bir durumda araçta yolcu olarak bulunan kişinin uyuşturucu maddeden haberi olduğu, başka bir ifade ile iştirak iradesinin bulunduğu, ispat edilebiliyorsa uyuşturucu veya uyarıcı maddenin nakledilmesi yönünden müşterek fail olduğunun kabulü gerekecektir. Bunun birlikte nakil sırasında araçta bulunan uyuşturucu veya uyarıcı madde yolcuya ait değilse ve bu yolcu araçtaki uyuşturucu veya uyarıcı maddeden haberdar ise olayın özelliğine göre yardım eden olarak dahi sorumlu tutulamayacağı yönünde görüşlerin bulunduğunu söylemek gerekir¹³⁰.

İştirak iradesi, açık bir şekilde ortaya konabileceği gibi, zımnî olarak da sergilenebilir¹³¹. Suça iştirak edenin neye katılmakta olduğunu genel hatları ile bilmesi yeterlidir, failin gerçekleştireceği fiilin bütün ayrıntılarını bilmesine gerek yoktur¹³². Nitekim uyuşturucu nakli için gerekli olan aracı kiralayan kişinin suça iştirak ettiğinin kabulü için söz konusu aracın uyuşturucu madde naklinde kullanılacağını bilmesi yeterlidir. Bununla birlikte suçun nasıl gerçekleştirileceğini ve aracın ne şekilde kullanılacağını tüm ayrıntılarıyla bilmesine gerek yoktur. Ayrıca suç ortaklarının önceden birbirleriyle şahsen tanışmış olmaları da zorunlu değildir¹³³.

¹²⁵ EVİK, s. 170.

¹²⁶ HAKERİ, *İştirak*, s. 101.

¹²⁷ ÜNVER, Yener: "Karşılaştırmalı Hukukta Uyuşturucu Maddeler Konusunda Önemli Hukuki Düzenlemeler", (Ed.) ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem: *Uyuşturucu Madde Suçlarıyla Mücadele*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 35-36.

¹²⁸ Bkz. Yargıtay, CGK., T. 05.11.2020, E. 2017/20-980, K. 2020/448.

¹²⁹ Yargıtay, CGK., T. 12.04.2016, E. 2014/10-75, K. 2016/186.

¹³⁰ Demirel, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin, son dönemdeki görüşüne göre, fiilin işlenmesine objektif olarak bir katkıda bulunmasızın fiilin işlenmesi konusunda bilgi sahibi olunmasını veya fiilin işlenmesinin tasvip edilmesini, manevi yardım olarak nitelendirmediğini, bununla birlikte failin, gerek duyduğunda yanında hareketsiz de olsa bekleyen kişinin, lehine olarak olaya müdahale edeceği düşüncesinden hareket etmesi durumunda sorumlu tutulabileceğini, olay yerinde bulunma suretiyle fiilin tasvip edilmesinin yahut fiilden haberdar olunmasının tek başına cezalandırılabilir yardım etme için yeterli olmadığını ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. DEMİREL, Muhammed: "Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 686-687.

¹³¹ HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 545.

¹³² ÖNDER, s. 442.

¹³³ ZAFER, s. 419-420.

UUMİT suçu şüphesi nedeniyle arama yapılan yerlerde bazı zamanlar, şüpheli dışında başkaları da ikamet etmektedir. Bu kişilerin, failin yanı sıra uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma ya da depolama suçundan sorumlu olup olmayacaklarının tespiti önem taşımaktadır¹³⁴. Öner'e göre uyuşturucu ve uyarıcı madde satıcısının ilgili maddeleri sakladığı evde yaşayan kişilerin bu maddelerden haberi olmaması durumunda cezalandırılmaları söz konusu değildir, ancak uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi birlikte yaşadığı evde saklandığını veya bulundurulduğunu bilen, bulundurulmasına imkân tanıyan ve buna rıza gösteren kişi ya da kişilerin iştiraktan sorumlu tutulmaları mümkündür¹³⁵.

Aynı ikameteki kişilerin, suçtan sorumluluğunu daha da daraltan görüşler bulunmaktadır. Nitekim birden fazla kişinin bir aracı veya evi paylaşması halinde, esas failin haricindeki diğer kişi, uyuşturucu maddelerin varlığından haberdar olsa bile bu bilginin kişiyi cezalandırmak için yeterli unsur olmadığı, kişinin bilme dışında aktif olarak uyuşturucu maddelerle ilgisinin bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁶. Bununla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde şahsına ait olmamak şartıyla¹³⁷ aynı evi ya da aracı paylaşan kişi ya da kişiler uyuşturucu veya uyarıcı maddeden haberdarlarsa ve bu kişi ya da kişiler buldukları durum itibarıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu yönünden kolaylaştırıcı bir işlev görüyorlarsa iştiraktan sorumlu tutulmaları mümkündür¹³⁸.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde asli iştirak ve tali iştirak ayrımı yapılmaktaydı. Asli iştirak da kendi içerisinde asli maddi iştirak ve asli manevi iştirak olarak ayrılmaktaydı. Asli maddi iştirak, bugün yürürlükte olan Ceza Kanunu sisteminde belirtildiği şekliye *faillik* kavramına karşılık gelmekteydi. Asli manevi iştirak ise azmettirme müessesine karşılık gelmekteydi. Tali iştirak da yine kendi içerisinde maddi ve manevi ayrımına tabi tutulmaktaydı: Tali maddi iştirak hali suç işlemek için araç sağlama şeklindeki yardım etme haline, tali manevi iştirak da suç işlemeye teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme şeklindeki yardım etme hallerine karşılık gelmekteydi. 5237 sayılı TCK'da asli-tali iştirak ayrımı yerine başka kavramlar kullanılarak ceza sorumluluğu yönünden ikililik sisteminin devam ettirildiği söylenebilir¹³⁹.

TCK'daki suça iştirak hükümlerinin yer aldığı bölüm, Alman Ceza Kanunu'ndan esinlenerek düzenlenmiş ve yine mehzaz Kanun'daki *faillik*, *azmettiren* ve *yardım eden* şeklinde yapılan ayrım esas alınarak düzenleme yapılmıştır¹⁴⁰. Suça iştirak kavramının, esasen failliği ve şerikliği bir arada ifade eden üst kavram olduğu ifade edilmektedir¹⁴¹. Bu yüzden suça iştirak konusunda açıklama yapılırken faillik konusuna değinmek elzemdir. TCK'nın "Faillik" başlıklı 37. maddesinde *müşterek faillik* ve *dolayısıyla faillik* kurumları düzenlenmiş; 38. maddede *azmettirme* ve 39. maddede *yardım etme* biçimindeki şeriklik türlerine yer verilmiş hem faillik hem de şerikliğin türleri Kanun'un "Suça İştirak" başlıklı bölümünde yer almıştır. Aşağıda kanun sistematığına bağlı kalınarak uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu yönünden önce faillik ve failliğin biçimleri olan müstakil faillik, müşterek faillik, dolayısıyla faillik, sonrasında şeriklik türleri olan azmettirme ve yardım etme konularına değineceğiz.

¹³⁴ Yaşar / Gökcan / Artuç'a göre; bir dairede uyuşturucu bulunmakta ise, o dairenin içinde uyuşturucu olduğunu bilip anahtar bulunan ve uyuşturucu üzerinde her an tasarruf imkânı bulunan herkes için bulundurma suçu oluşacaktır. Bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5743.

¹³⁵ ÖNER, s. 189; İLTAŞ, s. 212. Ayrıca bkz. YOLCU, s. 139; SELBES, s. 141-142.

¹³⁶ İngiltere'de uygulamanın bu yönde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. SEVDİM, s. 160.

¹³⁷ Belirtmeliyiz ki "depolama" şeklindeki uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda söz konusu madde başkasına ait olsa da depolayan kişi yönünden suç oluşabilmektedir ve kişi fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Bkz. ÖZDABAKOĞLU, Erdiñ Hakan: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 135-136.

¹³⁸ İtalyan Yargıtayının uyuşturucu madde bulundurma suçunun failinin yanında bulunan kişinin, bu suça iştirak nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için onun varlığının uyuşturucu maddeyi bulunduran açısından bir şekilde hareketini kolaylaştırdığı, uyuşturucu maddeyi saklayabilmesi bakımından kendini güvende hissetmesini sağladığı sonucuna ulaşılması gerektiğine hükmettiği nakledilmektedir. Bkz. EVİK, s. 249.

¹³⁹ Suça iştirak edenlerin nasıl cezalandırılması gerektiği hususunda başlıca üç sistemin bulunduğu, eşitlik sisteminde her suç ortağının aynı ceza ile cezalandırıldığı, ikililik sisteminde asli failerin tam ceza ile suça tali olarak iştirak edenlerin ise daha az ceza ile cezalandırıldığı, cezanın faile göre belirlenmesinde ise failin tehlikeliliğine göre cezadan indirim yapıp yapılmayacağına hâkimin takdirinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ZAFER, s. 414-415.

¹⁴⁰ DEMİRBAŞ, s. 466.

¹⁴¹ ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 642.

B. Faillik

Olayın gelişimini dizginleyebilme durumda olan kişilerin fail sayıldığı, esasen failliğin üç durumda söz konusu olduğu, suçu bizzat işleyen *müstakil failin* hareket (fiil) egemenliğine sahip olduğu, suç teşkil eden hareketi üstün bir irade ile yönlendiren *dolayısıyla failin* iradeye egemen olduğu, suç teşkil eden hareketi bir başkası ile birlikte gerçekleştiren *müşterek failin* fonksiyonel egemenliğe sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁴². Başka bir ifade ile müstakil faillik, müşterek faillik ve dolayısıyla faillik bir bütün olarak faillik kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Faillik söz konusu olduğunda TCK'nın 40. maddesinde yer verilen *bağlılık kuralının* uygulanmasına ihtiyaç duyulmaz¹⁴³.

1. Müstakil Faillik

Kanun'da yer alan suç tipleri, çok failli suçları hariç tutarsak, bir kişi tarafından ihlal edileceği göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Nitekim UUMİT suçunun düzenlendiği TCK'nın 188. maddesinde de “*kişi*” terimi kullanılmıştır. Kanundaki tipik fiile uygun icra hareketini gerçekleştiren kişi, fail olarak kabul edilmektedir¹⁴⁴.

UUMİT suçunda fail herkes olabilir, yani suç özgü suç niteliği taşımaz. Ancak TCK'nın 188/8. maddesinde bu suçun tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hasta bakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi durumunda verilecek olan cezanın yarı oranda arttırılacağı hüküm altına alınmıştır¹⁴⁵. Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin, maddede sayılan bu mesleklerden birinin mensubu olması gerekmektedir.

Tüzel kişiler bir suçun faili olamazlar, ancak suçun işlenmesi nedeniyle özel hukuk bağlamında sorumlu tutulabilirler¹⁴⁶. UUMİT suçunun ticari şirketler paravan gösterilmek suretiyle işlendiği hadiselerle sıklıkla karşılaşmaktadır. Nitekim TCK'nın 189. maddesinde, bu konuya ilişkin olarak özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre “*uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenacaktır*”. Tüzel kişilere ilişkin hangi türden kararlar verilebileceği TCK'nın 60. maddesinde gösterilmiştir¹⁴⁷.

Bir tüzel kişiliğin UUMİT suçunda kullanıldığı tespit edildiğinde tüzel kişinin yönetim organında bulunan herkesin bu suçtan peşinen sorumlu olduklarının kabulü doğru değildir. Zira bazı durumlarda, yönetim organında bulunan belli kişilerin, tüzel kişiliği alet ederek, diğer üyelerden habersiz şekilde ya da diğer üyeleri kandırarak bu suçu bireysel olarak işledikleri görülmektedir. Bu nedenle tüzel kişiliğin yönetim organında bulunan kişiler yönünden kolektif bir değerlendirme değil, yönetim organında yer alan her bir kişinin bireysel kusuruna göre değerlendirme yapılıp sorumlu olup olmadıkları tespit edilmelidir¹⁴⁸.

İsteddiği neticeyi elde etmek için kendinin yönlendirdiği bir aracı veya hayvanı kullanan kişi de müstakil faildir¹⁴⁹.

¹⁴² ÖZTÜRK / ERDEM, s. 366; bu belirleme fiile egemenlik teorisi kapsamında yapılmaktadır. Bu teorinin *Maurach*'a dayandığı ve *Roxin* tarafından geliştirildiği ifade edilmektedir. Ayrıca bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 649; DEMİRBAŞ, s. 469.

¹⁴³ AYDIN, s. 135.

¹⁴⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 505.

¹⁴⁵ Bkz. SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 492: “*Böyle bir ağırlatıcı sebebin konulmasının nedeni, ilgili maddede belirtilen meslekleri icra edenlerin mesleki bilgileri gereği bu maddeleri oluşturabilme veya meslekleri gereği uyuşturucu ve uyarıcı nitelikteki bu maddeleri bulundurma ve satma yetkisine sahip olmalıdır. Bu meslekler suçu işlemede kolaylık sağlamakta ve aynı zamanda bu kişiler tarafından suçun işlenmesi ile mensubu oldukları mesleklerle duyulan güven sarsılmaktadır.*”

¹⁴⁶ DÖNMEZER / ERMAN, s. 712-714.

¹⁴⁷ TCK'nın 60. maddesine göre “*1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kastlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. 2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. 3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.*”

¹⁴⁸ DÖNMEZER / ERMAN, s. 713.

¹⁴⁹ ZAFER, s. 422.

2. Müşterek Fail

TCK'nın 37/1. maddesine göre “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur”. Bu hüküm müşterek failliği tanımlamaktadır¹⁵⁰.

Müşterek faillikten söz edilebilmesi için birden çok kişinin, işlenen suç yönünden, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmaları gereklidir¹⁵¹. Ayrıca her bir failde suçu birlikte işleme iradesinin bulunması gerekmektedir¹⁵². Bu irade birliği, açık ya da sonuç doğuracak şekilde örtülü olabilir ve fiilin işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında gösterilebilir. Eğer bu irade birliği yoksa fiili eş zamanlı gerçekleştiren her bir fail, müstakil fail olarak sorumludur¹⁵³. Bu duruma yan yana faillik adı da verilmektedir¹⁵⁴. Bunun tespiti özellikle TCK'nın 188/5. hükmünde düzenlenen ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasında önem taşır. Zira aşağıda daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere TCK'nın 188/5. hükmü uyarınca artırım yapılabilmesi için müşterek failer olarak hareket edilmesi gereklidir ve yan yana faillik durumlarında bu ağırlaştırıcı neden uygulanmaz.

Fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulup kurulmadığının tespitinde, suça katılan kişilerin suçun icrasında üstlendikleri rollerin ve suçun icrasına buldukları katkının gösterdiği önem ve zorunluluğun göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁵. Fiil üzerinde hâkimiyet kurmadan hem tipik hareketleri yapanlar hem de tipik hareketlerin yapılması için zorunlu olan, ancak tipik olmayan diğer hareketleri yapanlar anlaşılmalıdır¹⁵⁶. Bu bağlamda 765 sayılı TCK'da yer verilen zorunlu ferî iştirak halleri, yeni Kanun'daki düzenlemeler dikkate alındığında müşterek faillik kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵⁷.

Müşterek failerin davranışlarının eşzamanlı olmasının zorunluluk olmadığı, suç yolunun herhangi bir aşamasında müşterek failliğin ortaya çıkabileceği; uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu işlemek amacıyla faillerden birinin tarlasında hint keneviri ekip yetiştirmesinin, diğerinin tohumlardan ham uyuşturucu maddeyi üretmiş olmasının, bir diğerinin de uyuşturucuyu paketleyip satmış olmasının müşterek faillik kapsamında olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁸. Zira UUMİT suçu seçimlik hareketli suçtur. Hareketlerden birinin ya da tamamının birlikte gerçekleştirilmesi arasında fark yoktur ve tek suç oluşur. Suç ortaya çıkana kadar bu seçimlik hareketlerden birinin ya da birkaçının farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda müşterek faillikten söz edilmelidir¹⁵⁹. Uyuşturucu maddeyi bir başka şehre nakleden ile uyuşturucu maddeyi nakledenden alıp bir başkasına temin eden kişiler uyuşturucu madde ticareti suçunda müşterek fail olarak sorumlu olmalıdır. Yine nakledilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir başkasına ait olması durumunda taşıyan nakletmeden, maddenin maliki de sevk etmeden¹⁶⁰ müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Ancak aşağıda değinileceği üzere Yüksek Mahkeme bu konuda farklı görüştedir.

¹⁵⁰ 765 sayılı TCK döneminde müşterek failliğin tespiti için “suçu irtikâp etme” ve “suçu doğrudan doğruya birlikte işleme” şeklinde kriterler getirilmiştir. Uygulamada bu ayırımın bazı güçlüklerle neden olduğu, Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi “suçu birlikte işleyenler fail olarak cezalandırılır” şeklinde bir hüküm getirilmesinin yeterli olduğu ifade edilmekteydi. Bkz. EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 391. Nitekim 5237 sayılı TCK'da Alman Ceza Kanunu'na paralel bir şekilde benzer hükme yer verilmiştir.

¹⁵¹ TOROSLU, s. 326; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 652.

¹⁵² ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 514.

¹⁵³ HEINRICH, Bernd: *Ceza Hukuku Genel Kısım II*, (Ed.) ÜNVER, Yener, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 254-255.

¹⁵⁴ ÖNDER, s. 460.

¹⁵⁵ HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 559; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 654.

¹⁵⁶ AYDIN, s. 132.

¹⁵⁷ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 346. İştirakinin hareketi, somut olarak işlenen suçun işlenmesine başlamada, işlenmesi esnasında veya sona erdirildikten sonra mutlak zorunlu sayılabiliyorsa, yani genel deney kurallarına göre o hareket olmasaydı öteki ortaklar kanunun suç saydığı fiile kalkışmazlardı denebiliyorsa, yardım etmeden değil, müşterek faillikten söz edileceği ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 353. Ayrıca bkz. ÖNDER, s. 470.

¹⁵⁸ AYDIN, s. 137.

¹⁵⁹ Başka bir seçimlik hareketli suç olan ve TCK'nın 197. maddesinde düzenlenen “para sahteciliği” suçunda, sahte paranın ortaya çıkması na kadar bir dizi faaliyette bulunanların hepsinin müşterek fail olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 655; ÖNDER, s. 460.

¹⁶⁰ ÖNER, s. 131.

Yapılan hareketin *müşterek faillik* kapsamında mı, yoksa *yardım eden* kapsamında mı olduğu hususu suçun işlenişi üzerinde ortak hâkimiyet kurulup kurulmadığının tespitine göre değişkenlik gösterebilecektir. Örnek vermek gerekirse yüksek risk nedeniyle gözcünün bulunmaması durumunda fiil gerçekleştirilmeyecekse fiil üzerinde ortak hâkimiyet söz konusudur ve bu nedenle gözcü müşterek fail olarak kabul edilebilecektir¹⁶¹. Nitekim Yüksek Mahkeme, uyuşturucu veya uyarıcı madde naklederken nakil güzergâhındaki güvenlik güçlerinin yol kontrolünü haber vermek için öncü araçta bulunan fail ya da failerin yönlendirmesi olmadan, suça konu uyuşturucu maddeyi istenilen yere ulaştırılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle bu kişi ya da kişilerin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu yönünden müşterek fail olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmektedir¹⁶². Aşağıda değinileceği üzere uyuşturucu satımında gözcülük yapanlar ise çoğunlukla yardım eden olarak kabul edilmektedir.

Suçun işlenişinde fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurabilmek için suç ortağının, fiilin işlenmesine doğrudan müdahale etmesi ya da suçun işlendiği yerde bizzat bulunmasının gerekmediği, iletişim araçlarıyla fiilin icrasını sevk ve idare edenlerin de müşterek fail olabileceği ifade edilmektedir¹⁶³. Yine suçun planlanmasında esaslı rol oynayanların da müşterek fail olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁴. Bu durumda uyuşturucu veya uyarıcı madde kendisine ait olup başka kişileri kullanarak sattıran, naklettiren ya da imal ve ticaretini planlayan kişi de müşterek fail olarak sorumludur.

Özgü suçlarda, suçun birlikte gerçekleştirildiği diğer müşterek failin hem fail hem de özgü suça yardım eden konumunda olduğu, bu gibi bir durumda *failliğin şerikliğe asliliği* kuralı gereğince sadece faillikten sorumlu olması gerektiği, özgü suçtan sadece bu sıfatı taşıyan kişinin sorumlu olacağı ifade edilmektedir¹⁶⁵. Bu görüş özellikle UUMİT suçunun ağırlaştırıcı nedeni olan 188/8 hükmünün uygulamasında önem taşır.

Müşterek faillerden birinin fiili hukuka uygun olsa da bu durum diğer müşterek failleri etkilemez¹⁶⁶. Bu nedenle UUMİT suçunu gerçekleştirenlerden biri yönünden hukuka uygunluk nedeninin bulunması, diğerlerinin cezalandırılmasını engellemeyecektir.

3. Dolayısıyla Fail

TCK'nın 37/2. maddesine göre “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.” Bu hüküm *dolayısıyla failliği* tanımlamaktadır¹⁶⁷.

Dolayısıyla faillikte isnat yeteneği olmayan, esasen tipik bir fiil gerçekleştirmeyen, hukuka uygunluk sebebi içine sokulan ya da kusuru bulunmayan bir insan, suçun işlenmesinde maddi araç gibi kullanılmaktadır¹⁶⁸. Başka bir kişinin kullanılması hileli yollarla da gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla faillikte araç olarak kullanılan kişinin cezai sorumluluğu yoktur ve bu gibi hallerde suça iştirakin söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁹.

Sınırlı bağlılık kuralını kabul etmenin bir sonucu, failin kusurlu olmaksızın gerçekleştirmiş olduğu fiile iştirak etmenin mümkün olmasıdır. Bu durumda kusuru bulunmadan hareket eden bir kişiyi azmettirmenin mümkün olduğu söylenebilir. Ancak arka planda yer alan kişi, vasıta olarak kullanılan

¹⁶¹ HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 563; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 373.

¹⁶² Bkz. Yargıtay, CGK., T. 02.04.2013, E. 2012/10-1323, K. 2013/117. Farklı yönde karar için bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 23.06.2016, E. 2016/1523, K. 2016/4174.

¹⁶³ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 373; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 656; HAKERİ, *İştirak*, s. 91.

¹⁶⁴ HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 560; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 373: “... fail, fiile bizzat katılmamış, ancak fiilin planlaması ve organizasyonunda belirleyici olmuş ise, fiilin işlenmesine katkı, zorunlu olarak tipiklikte yer alan unsurların da gerçekleştirilmesini gerektirmemişinden, bu kişi de müşterek fail sayılmalıdır.”

¹⁶⁵ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 660.

¹⁶⁶ HAKERİ, *İştirak*, s. 90.

¹⁶⁷ Vasıta olarak kullanılan ve asıl fiili gerçekleştiren kişinin, hukuka uygun hareket ettiği veya kasten hareket etmediği hallerde, dolayısıyla faillik kurumu bulunmadığı takdirde, bu kişinin gerçekleştirmiş olduğu fiile iştirak edenlerin cezalandırılmasının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. HAKERİ, *İştirak*, s. 93.

¹⁶⁸ TOROSLU, s. 304.

¹⁶⁹ YÜCE, s. 85.

ve kusursuz hareket eden kişinin hareket hâkimiyetine ileri derecede etkili olduğundan bu gibi hallerde azmettirmeden değil, dolayısıyla faillikten söz edileceği ifade edilmektedir¹⁷⁰.

Dolayısıyla faillikte başka bir kimseyi araç olarak kullanan kişi kasten hareket etmelidir. Bu nedenle taksirli bir davranışla dolayısıyla faillik söz konusu olmaz¹⁷¹.

Bir suçun mağdurunun aynı zamanda faili olması mümkün olmamakla birlikte¹⁷² dolayısıyla faillikte suç işlemede kullanılan kişi bizzat mağdurun kendisi de olabilir¹⁷³. Yine organize güçlerin başında bulunan kişilerin, organizasyonun alt kademesinde bulunan ve alet olarak kullanılan kişilerin işlediği suçlar yönünden *dolayısıyla fail* olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁴. Bu türden dolayısıyla failliğin, devlet gücünü istismar eden oluşumlar veya mafya benzeri örgüt yapılanmaları yönünden söz konusu olabileceği belirtilmektedir¹⁷⁵.

Suç işlemede vasıta olarak kullanılan ve isnat yeteneği olmayan kişi akıl hastası olabileceği gibi ayırt etme gücüne sahip olmayan bir çocuk da olabilir. Isnat yeteneğinin esasında suç kavramına dâhil olmadığı ve cezai ehliyete ilişkin olduğu, kusurluluğun veya suçun değil, cezalandırabilmenin ön şartı olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁶. Bu durumda isnat yeteneği olmayan kişileri yönlendirilerek suç işletilmesi halinde dolayısıyla faillikten ziyade azmettirmeden söz edilebilir¹⁷⁷. Ancak TCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde "*kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezasının arttırılacağı*" öngörüldüğünden, isnat yeteneğinin kusurun bir unsuru olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Kanun'da yer verilen bu hüküm nedeniyle TCK 32. madde kapsamında isnat yeteneği bulunmayan bir kişiye ya da on iki yaşından küçük bir çocuğa uyuşturucu veya uyarıcı madde sattırılması, naklettirilmesi ya da başkasına temin için kullanılması hallerinde dolayısıyla faillik söz konusu olacak ve bu kişilere uyuşturucu madde sattırarak kişi dolayısıyla fail olarak uyuşturucu madde ticaretinden sorumlu olacak¹⁷⁸, ayrıca kusur yeteneği olmayanların suçta kullanılması nedeniyle TCK 37/2 son cümle uyarınca temel cezadan artırım yapılacaktır¹⁷⁹.

Bir kimseye cebir, şiddet, korkutma veya tehdit kullanarak suç işleten kişi de dolayısıyla fail olarak kabul edilmektedir¹⁸⁰. Cebir uygulayarak bir başkasını, uyuşturucu veya uyarıcı madde naklinde

¹⁷⁰ HILGENDORF / VALERIUS, s. 211.

¹⁷¹ DEMİRBAŞ, s. 478.

¹⁷² Bkz. DÖNMEZER / ERMAN, s. 732.

¹⁷³ Bkz. JESCHECK, Hans-Heinrich: *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, (Çev.) YENİSEY, Feridun, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 45: "... *dolayısıyla failliğin birinci hali, alet durumunda olan kişinin yaptığı hareketin suç teşkil etmemesi durumudur; mesela hiçbir şeyin farkında olmayan suç kurbanının, yüksek gerilim nakleden tele dokunmasına yol açan kişi, niteliksiz kasten adam öldürme suçunu işlemiş olur.*"

¹⁷⁴ Dolayısıyla faillik biçimi olan "organizasyona egemenlik" görüşünü ilk ortaya atan yazarın Alman ceza hukukçusu *Claus Roxin* olduğu, bu tür dolayısıyla failliğin "masa başı faillik" olarak da adlandırıldığı ifade edilmektedir. Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 376; TCK'nın 220/5. maddesinde, "*örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır*" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla *Roxin*'in bu teorisine dayanmadan da örgütün başındaki kişileri, üyelerin işlemiş olduğu suçlardan sorumlu tutmak mümkündür.

¹⁷⁵ HILGENDORF / VALERIUS, s. 212. Bu teorisinin geliştirilmesindeki itici gücün İkinci Dünya Savaşı öncesi Almanya'da, devlet içerisinde örgütlenen Nazilerin işledikleri suçlar ve bu oluşumun başındaki kişilerin sorumluluğunun tespiti olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca Alman Federal Yüksek Mahkemesinin, eski Doğu Almanya Demokratik Cumhuriyeti zamanında, sınır güvenliği mensuplarının, kasıtlı bir şekilde, sınırı geçmeye çalışanları vurmaları dolayısıyla zamanın ulusal güvenlik kurulu mensuplarının dolayısıyla failliğini *Roxin*'in bu öğretisine dayanarak kabul ettiği nakledilmektedir. Bkz. ARSLAN, Mehmet: *Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 94. Bu türden dolayısıyla faillikte "*hiyerarşik olarak teşkilatlanmış otoriter yapı içerisinde karar verme gücü*", "*doğrudan fiili işleyen kişinin değişebilirliği*", "*otoriter yapının hukukun dışında hareket etmesi*" şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 382-383.

¹⁷⁶ YALÇIN SANCAR, Türkan: *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 211.

¹⁷⁷ Farklı görüş için bkz. AYDIN, s. 168. *Aydın*, azmettirmenin varlığı için azmettirilmek istenen kişinin bunu idrak edebilmesi yani isnat yeteneği olarak tanımlanan anlama ve isteme yeteneğine sahip olması gerektiğini, çünkü isnat yeteneği olmayan kişilerin ya da kendi iradesi ile davranma olanağı bulunmayan kişilerin azmettirilmesinin olanaklı olmadığını ifade etmektedir.

¹⁷⁸ TONGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 323.

¹⁷⁹ 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde UUMİT suçunun düzenlendiği 403. maddenin 9. fıkrasında "*on sekiz yaşını bitirmeyen küçükleri veya ceza ehliyetine sahip bulunmayanları bu maddede yazılı suçları işlemekte kullanan kimseler hakkında, fiil için tertip olunacak ceza altında bir oranda artırılarak hükmolunur.*" düzenlemesi yer almaktaydı.

¹⁸⁰ ZAFER, s. 426; HAKERİ, İştirak, s. 96; GÜLŞEN, Recep: *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 150, 170.

kullanan kişi dolayısıyla fail olduğu için bu suçtan sorumlu olacak, cebir sonucu suç işleyen kişi ise TCK'nın 28. maddesi gereğince cezalandırılmayabilecektir¹⁸¹. Tehdit yoluyla bir kimseye uyuşturucu veya uyarıcı madde sattırılması durumunda da sattıran kişi dolayısıyla fail kabul edilerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan sorumlu tutulabileceken, ağır ve muhakkak bir tehdit altında suç işleyen kişinin kusuru bulunmadığından cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir¹⁸².

Yüksek Mahkemeye yansımış birkaç olayı irdelemek bu konuyu açıklamada faydalı olacaktır. Karakolda gözaltında bulunan kişiye yemek götürülmek istendiği, yemeğin içine uyuşturucu madde konulduğu, yemeği karakola götüren kişinin bundan haberi olmadığı ve uyuşturucu maddenin karakol girişinde tespit edildiği olayda yemek içine uyuşturucu madde koyan kişi dolayısıyla fail olarak uyuşturucu ve uyarıcı madde ticaretinden sorumlu olacaktır. Yemeği götüren kişi aracı olduğundan ve uyuşturucu madde götürdüğünden haberi olmadığından kastı yoktur ve dolayısıyla kusuru bulunmamaktadır. Bu nedenle yemeği götüren kişi bu suçtan sorumlu olmayacaktır¹⁸³. Yine yurt içinden, yurt dışına mal ihracının olduğu, ihracatta kullanılan sürücünün kendisine teslim edilen tırdaki uyuşturucu maddeden haberi olmadığı olayda nakilde kullanılan tır sürücüsü, araç kişi olduğundan ve yine kastı bulunmadığından sorumlu değildir¹⁸⁴.

Birinin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan cezalandırılması için aracına ya da konutuna uyuşturucu madde konulması halinde failin hem uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan hem de iftira suçundan cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁵. Burada vasıta olarak kullanılan kişi iftira atılan kişinin kendisidir.

C. Şeriklik

Kanun'da azmettirme (TCK m. 38) ve yardım etme (TCK m. 39) olmak üzere iki farklı şeriklik türüne yer verilmiştir. Şerikliğe ilişkin düzenlemelerin sorumluluk alanını genişleten hükümler olduğu¹⁸⁶ göz önünde bulundurulduğunda bu şeriklik türleri dışında, şerik sıfatıyla suça iştirak etmenin mümkün olmadığı söylenebilir.

1. Azmettiren

Azmettirmede, hiç aklında yokken, bir kimseyi kanunda suç sayılan bir fiili işlemeye sevk etme hali söz konusudur¹⁸⁷. Azmettirmeden söz edebilmek için azmettirilmeden önce azmettirilen kişide suç işleme düşüncesi bulunmamalıdır¹⁸⁸. Bu konudaki ölçütün "*azmettirme olmasaydı suç işlenmeyecekti*" olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁹.

Uyuşturucu maddenin nakli için bir kişinin azmettirilmesi, azmettirilen kişinin de nakil için bir başkasını azmettirmesinde olduğu gibi azmettirmeye azmettirme mümkündür¹⁹⁰. Azmettirme; ikna, rica, ödül ya da menfaat vaadi gibi araçlar kullanılarak gerçekleştirilebilir¹⁹¹.

¹⁸¹ Kişinin karşı koyma, yardım çağırma veya kaçma imkânına sahip olduğu takdirde, cezasızlığı sağlayan TCK'nın 28. maddesinden faydalanamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. GÜLŞEN, s. 144.

¹⁸² Kusurluğu kaldıran tehditten söz edebilmek için ise tehdidin muhakkak ve ağır olması, tehdit edilen kişinin tehditle istenen hususu gerçekleştirmekten başka türlü kaçınmaması, korunan ve ihlal edilen değerler arasında bir orantının bulunması gerekmektedir. Bkz. GÜLŞEN, s. 161-164. TCK'nın 28. maddesinde belirtilen şartları taşımayan cebir ve tehdit hallerinde suç gerçekleştirilmişse, hem suç işletilen kişi yönünden cezasızlık söz konusu olmayacak hem de dolayısıyla faillikten değil azmettirme durumundan bahsedilecektir.

¹⁸³ Benzer olay ve benzer yönde karar için bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 10.06.2014, E. 2012/25281, K. 2014/4519.

¹⁸⁴ Benzer olay ve benzer yönde karar için bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 13.03.2008, E. 2008/37, K. 2008/4310.

¹⁸⁵ ÖNER, s. 195.

¹⁸⁶ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 664.

¹⁸⁷ EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 392: "*Azmettirme kavramı, suçun ilk ve etkili nedenini yaratmak anlamına gelir*".

¹⁸⁸ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 394.

¹⁸⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 529.

¹⁹⁰ HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 578; DEMİRBAŞ, s. 486: "*... örneğin bir suç örgütü başının, adamlarından birisine, bir kiralık katil bulup aleyhine yazan gazeteciyi öldürmesini istemesinde olduğu gibi...*".

¹⁹¹ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 394.

TCK'nın 38/1. maddesine göre “başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır”. TCK'nın 38/2. maddesine göre de “üst soy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme veya çocukların azmettirilmesi” hallerinde ceza arttırılmaktadır¹⁹².

Uygulamada genellikle uyuşturucu madde nakledeken yakalanan kişiler; araçlarında bulunan uyuşturucu maddenin kendilerine ait olmadığı, tanımadıkları bir kişinin kendileri ile iletişime geçerek para karşılığı uyuşturucu madde taşıması teklifinde bulunduğu, bu teklifi kabul ettikleri şekilde savunma yapmaktadırlar. Bu gibi hadiselerde uyuşturucu madde taşıyan kişi esasen azmettiren konumundadır. Aynı zamanda uyuşturucu veya uyarıcı madde taşıyan bu kişiler, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin sahibi olmaları ve hareket üzerinde ortak hâkimiyet kurmaları nedeniyle müşterek fail konumundadırlar. Failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince bu kişiler, sadece fail olarak sorumlu olacaktır. Bazı durumlarda azmettiren, işlenen suçun cezasından daha ağır şekilde cezalandırılabilirdiği¹⁹³ için bu tespit önemlidir.

Failin kullanmak için istediği uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi bulunduğu yerden alıp getirmesi için bir başkasını azmettirmesi üzerine azmettirilen kişi, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi alıp azmettirmeye verdiği anda azmettirilen yönünden ticaret suçunun oluşacağı, kullanım amacı taşıyorsa azmettirenin de TCK 191. maddesi uyarınca kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satın alma, kabul etme veya bulundurma suçunu işlemiş olacağı ifade edilmektedir¹⁹⁴. Bizce bu görüş yerinde değildir. Zira azmettiren söz konusu uyuşturucu maddeyi kullanma niyetinde olsa da azmettirdiği husus aynı zamanda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden başka bir yere naklidir. Bu nedenle hem azmettiren hem de azmettirilen yönünden uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun oluşmasının kabulü gerekir¹⁹⁵.

Nitekim sanığın uyuşturucu maddeyi ceza infaz kurumuna sokmak isterken yakalandığı olayda, cezaevinde bulunan ve uyuşturucu maddenin getirildiği diğer sanığın azmettiren olduğu ve uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan cezalandırılması gerektiği yönünde Yüksek Mahkeme kararı bulunmaktadır¹⁹⁶.

Etkisiz (neticesiz) kalan azmettirme, TCK'da bu duruma ilişkin bir düzenleme yer almaması nedeniyle cezalandırılmamaktadır¹⁹⁷. Mevcut suça iştirak düzenlemeleri dikkate alındığında etkisiz azmettirmenin cezalandırılması mümkün değildir. Zira suça iştiraktan söz edebilmek için işlenecek olan suçun icra hareketine başlanmalıdır.

TCK'nın 38/3. maddesinde, azmettirmeye ilişkin olarak etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. TCK'nın 38/3. maddesine göre “azmettirenin belli olmaması halinde; kim olduğunu ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında hükmedilen cezadan indirim yapılacaktır”.

Kimi zaman uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu failleri, etkin pişmanlık hükmünden faydalanmak için kendilerine uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi veren ya da taşıyan kişi ya da kişilerin

¹⁹² Bu hükmün eleştirisi için bkz. AYDIN, s. 225: “Azmettiren işlenen suçtan sorumlu tutarak suçun kanundaki cezası ile cezalandırılması kabul eden bir sistemde sırf bu nedenle azmettirenin cezasının arttırılması isabetli değildir.”.

¹⁹³ TCK'nın 38/2. maddesine göre de “üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme veya çocukların azmettirilmesi” hallerinde ceza üçte birden yarısına kadar arttırılmaktadır.

¹⁹⁴ ELMAS, Birsen: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 200; İLTAŞ, s. 210; ayrıca bkz. SELBES, s. 139; YOLCU, s. 137.

¹⁹⁵ Benzer yönde görüş için bkz. KIDIL, Fahrettin: *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 297: “... sanığın kullanma kastıyla hareket etmesi, doğrudan kendisi tarafından gerçekleştirilen uyuşturucu madde satın alma, kabul etme, bulundurma gibi haksız eylemler bakımından sonuç doğuracaktır. Esas haksızlığın kaynağı ve şeriklerin bağlı olduğu fiil azmettirilen tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda hem azmettirenin hem de failin cezai sorumluluğu, TCK'nın 188/3'teki suç gereğince belirlenmelidir.”.

¹⁹⁶ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 07.07.2020, E. 2019/7270, K. 2020/3985.

¹⁹⁷ Bkz. SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 486: “İtalyan Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde etkisiz kalan azmettirme hallerinde güvenlik tedbiri uygulanmaktadır.”. Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s. 483: “Alman Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde neticesiz azmettirme cezalandırılmaktadır.”. Alman Ceza Kanunu'ndaki bu hükmün, Duchense adlı bir Fransız'ın 40.000 Frank karşılığı Bismark'ı öldürmeye azmettirmesi ve bu olayın yıl sonra ortaya çıkması nedeniyle konulduğu ifade edilmektedir. Bkz. ÖNDER, s. 447.

kimliklerini açıklamaktadırlar. Fail tarafından bu kişi ya da kişilerin adının verilmesi ve kimliğinin açığa çıkarılması durumunda TCK'nın 38/3. maddesinin mi, yoksa TCK'nın 192. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükmünün mü uygulanacağı sorunu ortaya çıkacaktır.

Azmettirilen kişi, azmettirenin kimliğini ortaya çıkmasını sağlar ise cezasından indirim yapılacaktır. Yine birden fazla azmettiren var ise azmettirilenin bu hükümden faydalanabilmesi için azmettirenlerin hepsinin kimliğinin ortaya çıkmasına katkı sağlaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁸. Azmettirme düzenlemesinin yer aldığı 38. maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme genel nitelikte bir etkin pişmanlık hükmüdür ve şartları itibarıyla uygulanması daha zordur. TCK'nın 192. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükmü ise UUMİT suçuna özgü olarak düzenlenmiştir. Özel hüküm olması nedeniyle TCK'nın 192. maddesi öncelikle uygulanacaktır¹⁹⁹.

2. Yardım Eden

Suçta yardım, iştirak edilen fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmayan, başka bir ifade ile müşterek faillik oluşturacak düzeye ulaşmayan ve azmettirme kapsamına girmeyen her türlü maddi ve manevi katkıdır²⁰⁰. Yardım etme kasıtlı olmalıdır, ancak yardım edenin asıl failin kim olduğunu ve fiilin tüm ayrıntılarını bilmesi gerekmez²⁰¹.

Şerik tarafından yardım etme fiili, asıl fail tarafından suç işlenmeden önce ya da işlendiği sırada yapılmalıdır. Suçun işlenmesinden sonra faile yardım edilmesi iştirak fiilini oluşturmaz²⁰².

TCK'nın 39. maddesinin 1. fıkrasında, suçta yardım eden olarak iştirak edenin cezasından indirim yapılacağı belirtilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında, hangi hareketlerin yardım etme kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Kanunda yardım etme halleri sayma usulü ile belirtildiğinden bunlar dışında kalan hareketlerin, yardım etme kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir²⁰³.

TCK'nın 39. maddesinin 2. fıkrasına göre “a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, b) Suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” şeklindeki hareketlerden herhangi birini yapan kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur.

a) Manevi yardım türü olan suç işlemeye teşvikte suç işlemeyi düşünen, fakat henüz karar vermemiş olan faile suç işleme kararı aldırılmaktadır²⁰⁴. Suçta teşvik hallerinde failin kafasında suç işleme fikri mevcuttur, ancak suç işleme konusunda henüz karar vermemiştir. Bu yönüyle azmettirmeden farklılık göstermektedir²⁰⁵. UUMİT suçunu işlemeyi düşünen bir kişinin bu düşüncesini onaylayıcı veya destekleyici hareketlerde bulunmak teşvik etme kapsamında değerlendirilebilecektir²⁰⁶. Diğer manevi yardım türü olan suç işleme kararını kuvvetlendirmede, bir suç işlemeye karar vermiş failin, karar aşamasından icra aşamasına geçmesini sağlamaya yönelik hareketler gerçekleştirilmektedir²⁰⁷. Suç işleme kararını kuvvetlendirmede, geçmişe doğru bir değerlendirme yapılarak yardım edenin telkin ve benzeri hareketlerinin, karar aşamasından hareket aşamasına geçilmesinde etkili

¹⁹⁸ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 341.

¹⁹⁹ TCK'nın 192. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında UUMİT suçlarına iştirak etmiş olan kişinin, suç haber alınmadan önce etkin pişmanlık göstermesi halinde ceza almayabileceği, suç haber alındıktan sonra suçun meydana çıkması ve fail ya da diğer suç ortaklarının yakalanmasını sağlaması halinde ise cezasından indirim yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.

²⁰⁰ TONGÜR / ÇETİNTÜRK, s. 331; HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 532; EVİK, s. 189.

²⁰¹ DEMİRBAŞ, s. 488.

²⁰² TOROSLU, s. 312.

²⁰³ EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 401.

²⁰⁴ ZAFER, s. 428.

²⁰⁵ ÇELEN, Ömer: *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 293.

²⁰⁶ Bkz. EVİK, s. 225.

²⁰⁷ TOROSLU, s. 327.

olup olmadığının tespiti yapılmaktadır²⁰⁸. Ayrıca belirtmeliyiz ki, yardım eden kişinin, failin fiiline kasıtlı olarak katkı sağlaması gerekmektedir. Bir kişiye konuşma arasında sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretinde çok para olduğunun söylenmesi ve bu konuşmadan etkilenen failin de bu suçu işlemesi hali bizce yardım etme şeklindeki iştirak türü kapsamında değerlendirilemez. Zira taksir ile bir suça iştirak etmek mümkün değildir.

Suçun işlendiği yerde hiçbir şey yapmadan, gönüllü olarak bulunmanın dahi faili teşvik etme veya suç işleme kararını kuvvetlendirme suretiyle manevi yardım kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir²⁰⁹. Şüphesiz bu gibi bir durumda da kişide açık ya da zımnı suça iştirak iradesinin bulunması gerekir²¹⁰.

Fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaadi suç tamamlanmadan önce yapılmalıdır. Öncesinde veya işlenmesi sırasında böyle bir vaat yoksa yardım etme kapsamında değerlendirilemeyecek, suç işlendikten sonra faile yardımda bulunmak başka bağımsız bir suçu oluşturacaktır²¹¹. Bu iştirak halinde, vaat edilenin suç işlendikten sonra yerine getirilip getirilmemesi önem taşımaz²¹². Uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi aracı ile nakleden kişiye, yakalanması durumunda ailesine yardım edileceği ve cezaevinde bakılacağı vaadinde bulunan kişinin yardım eden olarak suça iştirak ettiğinin kabulü gerekir ve sonradan bu sözlerin yerine getirilmemesi cezai sorumluluğunu etkilemez.

- b) Suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermekte; yol gösteren kimse faili yönlendirmekte, faile tavsiyelerde bulunmakta ve akıl vermek suretiyle failin iradesine etkide bulunmaktadır²¹³. Ancak bu türden yol gösterici hareketlerin suç işlenmeden önce yapılması gerekmektedir. Zira suç işlenirken yapılan yol gösterme müşterek faillik kapsamına girebilecektir²¹⁴.

“Fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak” yardım türleri arasında sayılmıştır. TCK’nın 39/2. maddesinde “*fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak*” şeklinde bir ifadenin yer alması nedeniyle bu fıkranın uygulanabilmesi için aracın suçta kullanılmaya elverişli olması ve muhakkak suçta kullanılmış olması gerekmektedir²¹⁵. Bununla birlikte aracın suçta kullanılmaması ya da elverişli olmaması durumunda gerçekleştirilen hareket, manevi şekilde yardım etme türlerinden birisine girebilir²¹⁶. Aracın fiilin icrası sırasında sağlanması halinde, somut olayın koşullarına göre müşterek failliğin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir²¹⁷.

Bir gayrimenkulün suçta kullanılması için başkasına tahsis edilmesinin, araç tahsisi şeklindeki yardım etme kapsamına girebileceği ifade edilmiş ise de²¹⁸; UUMİT suçu yönünden durum farklıdır. Zira suç tanımında *depolama*, *bulundurma* gibi hareketlerin müstakil suç olarak kabul edilmesi nedeniyle, taşınmazını kullandıran ya da tahsis eden gayrimenkulün sahibi müşterek fail olarak sorumlu tutulabilecektir²¹⁹.

²⁰⁸ Bkz. DÖNMEZER / ERMAN, s. 838.

²⁰⁹ HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 584.

²¹⁰ İÇEL, s. 535.

²¹¹ ÇELEN, s. 302: “... örneğin, hırsızlık suçu işlendikten sonra elde edilen altınların elden çıkarılmasına sağlanan katkı TCK md. 165’te yer alan suça iştiraktan dolayı sorumluluk gerektirir.”.

²¹² TANER, s. 543.

²¹³ DÖNMEZER / ERMAN, s. 839.

²¹⁴ ÖNDER, s. 469.

²¹⁵ EVİK, s. 217.

²¹⁶ ÖNDER, s. 468; DEMİRBAŞ, s. 489.

²¹⁷ ZAFER, s. 429.

²¹⁸ TANER, s. 545: “... bir kimsenin evini veya evinin bir odasını suç faillerine tahsis etmesi vasıta tedariki kabilindedir.”. Ayrıca bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 536.

²¹⁹ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 26.02.2016, E. 2016/82, K. 2016/547.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunma halinde, suç işlenirken zorunlu olmayan hareketlerde bulunularak failin hareketleri kolaylaştırılmaktadır²²⁰. Fiil ve faile araç sağlamak dışındaki tüm kişisel hizmetlerin suçun icrasını kolaylaştırmak kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir²²¹. Kanun koyucunun suçun icrasını kolaylaştıran her türlü katkıyı, desteği cezasız bırakmamak amacıyla bu şekilde torba bir hüküm getirdiği belirtilmektedir²²². UUMİT suçunun işlenmesi yönünden araç sağlama dışındaki her türlü maddi katkı, müşteri- rek faillik kapsamı dışında olmak şartıyla bu bent kapsamında değerlendirilebilecektir.

Yüksek Mahkeme kararlarında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin taşınmasında kullanılan aracı temin etme²²³, kiralama²²⁴, satılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ile doğrudan ilgisi bulunmamak şartıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satışına aracı olma²²⁵; alışveriş sırasında yanında bulunmamak şartıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddenin alıcı ile satıcısının buluşmasını sağlama²²⁶, telefon görüşmeleri yaparak ya da başka bir şekilde uyuşturucu veya uyarıcı madde alıcılarını satıcıya yönlendirme²²⁷; uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alınacağını bilerek faillere para gönderme²²⁸; uyuşturucu veya uyarıcı madde satan kişinin parasını alamaması üzerine paranın tahsili için satıcıya yardımda bulunma²²⁹; uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alınması için gerekli olan paraların havalesinin yapılabilmesi maksadıyla banka hesabı açıp diğer suç ortaklarının kullanımına bırakma²³⁰; uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alınması için gerekli olan paraların kendi adına gönderilmesine izin verme ve gelen paraları suç ortaklarına iletme²³¹; uyuşturucu veya uyarıcı maddenin nakli için araç satın alma ve ele geçirilmesini önlemek amacıyla araca gizli bölme yapma²³²; uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçunu işleyen failler arasında iletişimi sağlama ya da faillere suçun işlenmesi sırasında bilgi vererek suçun icrasını kolaylaştırma²³³; uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kalitesini kontrol etme²³⁴; uyuşturucu veya uyarıcı maddenin taşınmasında kolaylık sağlamak amacıyla adına şirket kurulmasına ve şirket adına araç kayıt edilmesine izin verme²³⁵; uyuşturucu veya uyarıcı madde satıcısı olan faile yeni uyuşturucu maddeler geldiğini uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcılarına haber verme²³⁶ veya uyuşturucu alışverişinde cep telefonunu kullandırma²³⁷; uyuşturucu veya uyarıcı madde sahiplerini,

²²⁰ AYDIN, s. 183.

²²¹ EVİK, s. 220.

²²² EVİK, s. 220.

²²³ Yargıtay, 20. CD., T. 24.10.2016, E. 2016/1340, K. 2016/21433: "... sanığın diğer sanığa uyuşturucuları naklettiği aracı vermekten ibaret eylemi...". Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 20.10.2016, E. 2016/5244, K. 3107, (kararı aktaran ELMAS, s. 195).

²²⁴ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 19.12.2018, E. 2018/3392, K. 2018/6130: "... sanığın kiraladığı aracı diğer sanıklara vermek suretiyle TCK'nın 39/2-b maddesi kapsamında diğer sanıkların suçuna yardım eden sıfatıyla katıldığı...". Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 24.01.2019, E. 2018/5386, K. 2019/512, (kararı aktaran ELMAS, s. 195).

²²⁵ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 04.11.2020, E. 2020/14080, K. 2020/4087: "... sanığın diğer sanık ile irtibatını kurarak suç konusu uyuşturucu maddeyi satın almasını sağlama şeklinde gerçekleşen fiilinin TCK'nın 39. maddesi uyarınca sanığa yardım eden sıfatında iştirak niteliğinde olduğu...". Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 12.07.2011, E. 2011/8782, K. 2011/20016, (kararı aktaran ELMAS, s. 195).

²²⁶ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 22.11.2018, E. 2018/2485, K. 2018/8304: "... diğer sanığın kendisinden uyuşturucu madde temin etmek hususunda yardım istediği ve sanığın bu amaçla diğer sanığı uyuşturucu madde satıcılarının bulunduğu yere götürdüğü..." Ayrıca bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 09.07.2019, E. 2018/3697, K. 2019/4214.

²²⁷ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 18.11.2020, E. 2020/15402, K. 2020/7762; Yargıtay, 20. CD., T. 26.10.2015, E. 2015/14607, K. 2015/4352: "... sanıkların alıcı konumundaki kişileri, uyuşturucu madde satıcılarına yönlendirerek uyuşturucu madde temininde aracılık ettikleri, dolayısıyla suçun işlenmesinde yardım eden konumunda oldukları...". Ayrıca bkz. Yargıtay 10. CD, T. 23.06.2011, E. 2010/38949, K. 2011/5142, (kararı aktaran ELMAS, s. 196).

²²⁸ Bkz. Yargıtay, 9. CD., T. 23.11.2015, E. 2015/17194, K. 2015/7161.

²²⁹ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 15.10.2015, E. 2015/8238, K. 2015/3958; Yargıtay, 10. CD., T. 27.11.2018, E. 2018/4364, K. 2018/8403.

²³⁰ ELMAS, s. 196.

²³¹ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 19.03.2018, E. 2017/6784, K. 2018/2710, (kararı aktaran ELMAS, s. 196).

²³² Yargıtay 10. CD., T. 02.03.2017, E. 2016/3449, K. 2017/798; ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 27.06.2011, E. 2009/21446, K. 2011/5236, (kararı aktaran ELMAS, s. 197).

²³³ Yargıtay, 10. CD., T. 17.09.2015, E. 2014/14483, K. 2015/32259; ayrıca bkz. ELMAS, s. 197.

²³⁴ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 07.04.2011, E. 2010/56279, K. 2011/3840, (kararı aktaran ELMAS, s. 197).

²³⁵ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 01.03.2012, E. 2011/12876, K. 2012/2386, (kararı aktaran ELMAS, s. 197).

²³⁶ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 07.11.2016, E. 2016/1974, K. 2016/3525, (kararı aktaran ELMAS, s. 197-198).

²³⁷ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 30.10.2017, E. 2015/9477 K. 2017/5622: "... uyuşturucunun kullanıcılara ulaştırılması konusunda kendisine ait cep telefonunu kullandırmasından ibaret eyleminin TCK'nın 39. maddesi kapsamında suçun işlenmesi sırasında yardım etmek olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden...".

uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bulunduğu aracın yanına götürme²³⁸; uyuşturucu veya uyarıcı maddenin nakli için uyuşturucu maddenin sahibi ile nakledecek kişiyi tanıştırma²³⁹ ya da nakledecek kurveyi²⁴⁰ veya şoförü temin etme²⁴¹; uyuşturucu veya uyarıcı madde paketlenmesinde kullanılmak üzere kesilen kâğıtları katlama veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin paketlenmesinde kullanılan malzemeleri bulundurma²⁴²; uyuşturucu veya uyarıcı madde teminini kolaylaştırmak amacıyla polislerin olay mahallinde bulunduğunu şifreli ya da mesaj yoluyla haber verme²⁴³; gözcülük yapma²⁴⁴ gibi hareketler yardım etme kapsamında değerlendirilmiştir.

Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında, faillik ile yardım eden ayrımı yapılırken öncelikle failin hareketinin, kanuni tipte yer alan seçimlik hareketlerden birinin kapsamına girip girmediğine bakıldığını söylemek mümkündür²⁴⁵.

Uyuşturucu veya uyarıcı maddeyle herhangi bir şekilde temas halinde ya da hukuki terimle ifade etmek gerekirse *bulundurma* sayılabilecek ölçüde temas kurulması durumunda, temas eden ya da bulunduran kişinin fail olarak sorumlu tutulduğunu söylemek mümkündür²⁴⁶. Nitekim cezaevi bahçesine atılan esrarı diğer sanığa iletmek için alarak bulunduran sanığın yardım eden olarak değil, fail olarak sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir²⁴⁷.

TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde "*failin, müşterek fail mi yoksa yardım eden mi olduğunun tespiti yapılırken gerçekleştirilen suçun bütünlüğüne bakılmasının gerektiği, bir işyerinde işlenen yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin failinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılabileceği, bu durumda gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerektiği*" ifade edilmiştir²⁴⁸. Somut olayın bütünlüğüne bakıldığında UUMİT suçunun işlenmesinde gözcülük yapan kişi müşterek fail olarak kabul edilebilecektir. Ancak Yüksek Mahkeme, yukarıda belirttiğimiz üzere uyuşturucu madde ile doğrudan ilgisi bulunmamak şartıyla uyuşturucu madde satışı yapılırken gözcülük yapan kişilerin yardım eden sıfatıyla sorumlu olması gerektiğine hükmetmektedir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde nakli sırasında, suça konu maddelerin yakalanmaması için öncül araç ile nakil güzergâhındaki yol kontrollerini tespit ederek nakledenlere bildiren kişilerin Yüksek Mahkemeye müşterek fail olarak sorumlu tutulduğunu daha önce açıkladık. Her iki durumda gerçekleştirilen hareketlerin ve etkilerinin birbirinden farklı olması nedeniyle farklı sonuçlara ulaşıldığını söylemek gerekir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin nakli için öncül araç kullanmak suçun tamamlanması için zorunluluk olarak kabul edilirken, uyuşturucu veya uyarıcı madde satışı ya da temini gerçekleştirilirken kullanılan gözcünün fonksiyonu suçun başarıyla icrası için tali nitelikte kabul edilmektedir²⁴⁹.

²³⁸ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 12.07.2018, E. 2018/1316, K. 2018/5713: "... suç konusu uyuşturucu madde ile doğrudan ilgisi kanıtlanamayan sanığın uyuşturucu madde sahipleri diğer sanıkları uyuşturucu maddenin bulunduğu aracın yanına götürüp..." (kararı aktaran ELMAS, s. 198).

²³⁹ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 21.02.2019, E. 2018/4812, K. 2019/1088.

²⁴⁰ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 03.04.2019, E. 2018/1174, K. 2019/2072.

²⁴¹ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 13.05.2010, E. 2010/304, K. 2010/11590, (kararı aktaran ELMAS, s. 197).

²⁴² Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 18.06.2018, E. 2015/9819, K. 2018/2766, (kararı aktaran ELMAS, s. 198).

²⁴³ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 06.11.2017, E. 2017/5248, K. 2017/5794. Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 16.09.2019, E. 2019/1407, K. 2019/5552: "... olay yerinin yakınında polisleri görünce bu sanıklara yönelik onları ikaz etmek için 'ayık ol' diye bağırması şeklinde gerçekleşen eyleminden dolayı TCK'nın 39. maddesi kapsamında yardım eden sıfatı ile sorumlu olduğu..."

²⁴⁴ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 22.01.2020, E. 2019/1125, K. 2020/766: "... sanığın gözcülük yaptığı ve eyleminin TCK'nın 39/1. maddesi kapsamında kaldığı, sanığın yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırdığı..." Ayrıca bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 16.01.2018, E. 2015/9374, K. 2018/288, (kararı aktaran ELMAS, s. 198).

²⁴⁵ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 17.09.2015, E. 2014/14483, K. 2015/32259: "... somut olayda sanıkların TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında seçimlik olarak sayılan hareketlerden herhangi birini gerçekleştirdiklerine; bu bağlamda suç konusu uyuşturucu maddenin temini, yüklenmesi, paketlenmesi, taşınması gibi bir fiile katıldıklarına ya da uyuşturucu maddeye ortak olduklarına ilişkin hiçbir delil bulunmadığı..."

²⁴⁶ Bkz. ELMAS, s. 198; KIDIL, s. 298.

²⁴⁷ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 18.11.2020, E. 2017/5574, K. 2020/7845.

²⁴⁸ Bkz. TCK 37 Madde Gerekçesi.

²⁴⁹ EVİK, s. 254-255.

Elde edilen paradan yararlanmanın tek başına suça yardım olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir²⁵⁰. Bu nedenle UUMİT suçunun işlenmesine iştirak etmemek ile birlikte işlenen suç dolayısıyla elde edilen gelirden faydalanmış olmak tek başına yardım etme kapsamında değerlendirilemez.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, UUMİT suçunun düzenlendiği 403. maddenin 5. fıkrasında “*uyuşturucu maddenin alınıp satılmasına veya devrine veya ne suretle olursa olsun tedarik edilmesine aracı olanların*” cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştı. Bu hüküm nedeniyle uyuşturucu maddelerin alınıp satılmasına veya devrine ya da her ne suretle olursa olsun tedarikine vasıta olanların da asli fail gibi cezalandırılması gerektiği ifade edilmekteydi²⁵¹. 5237 sayılı TCK'nın 188/3 hükmündeki suç tanımının, önceki düzenlemeden farklı olması nedeniyle satılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ile doğrudan ilgisi bulunmamak şartıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satışına aracı olma yardım etme kapsamında değerlendirilmektedir.

UUMİT suçu için öngörülen ceza süreli hapis cezası olduğundan, herhalde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçuna yardım eden olarak iştirak eden kişinin cezası TCK 39/1'in son cümlesi uyarınca sekiz yılı geçemeyecektir²⁵².

D. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu Yönünden Kışkırtıcı Ajan, Gizli Soruşturmacı ve Kontrollü Teslimat

Bir kişiyi suçüstü yakalamak veya o kişinin cezalandırılmasını sağlamak maksadıyla ilgili kişiyi bir suç işlemeye yönelten, suç işlemesine yardım eden veya suç işlemesi bakımından fırsat yaratan kişiye kışkırtıcı ajan denilmektedir²⁵³. Kolluk görevlisi kişinin alıcı kılığına girerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunu ortaya çıkarmak için satın alma faaliyeti yürütmesine *kurmaca alıcı (fictus emptor)* yöntemi denmektedir ve bu yöntem de *kışkırtıcı ajan* faaliyeti içerisinde değerlendirilmektedir²⁵⁴.

Suç ve suçlunun ortaya çıkarılması için kışkırtıcı ajan faaliyetinin yürütüldüğü durumda, satıcının ve kurmaca alıcının cezai sorumluluğunun ne olacağına tespit edilmesi gerekmektedir.

Satıcı yönünden değerlendirme yapmak gerekirse kışkırtılanın yani satıcının, kışkırtma konusu suçun icrasına başlamış, fakat kışkırtıcı tarafından önceden çağrılan kolluk kuvvetlerinin engellemesi ile suçu tamamlayamamışsa teşebbüsten dolayı sorumlu olması gerektiği, uyuşturucu madde alım-satımı bağlamında düşünüldüğünde, sözleşme ilişkisinin tarafı olan ve kışkırtıcı ajan tarafından tahrik edilen kışkırtılanın, uyuşturucu madde ticareti suçuna teşebbüsten sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁵. Ancak kışkırtıcı ajanın kullanıldığı bu gibi hallerde UUMİT suçu yönünden kışkırtılanın suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması, kanuni tip dikkate alındığında, pek olası görünmemektedir. Zira sadece ticari maksatla bulundurma ya da satışa arz etme gibi hareketlerin yapılması bile tamamlanmış suçtan cezalandırılma için yeterlidir. Bununla birlikte kışkırtıcı ajanın bir eczacıyı reçetesiz satılmayan, uyuşturucu ve uyarıcı madde niteliğinde olan ilacı satmaya ikna ettiği²⁵⁶ hallerde suça teşebbüs söz konusu olabilecektir.

Yüksek Mahkeme gerekli şartları haiz gizli soruşturmacı tarafından uyuşturucu satıcısından uyuşturucu madde satın alınması durumlarında uyuşturucu madde ticareti suçunun oluşacağına hükmetmektedir.

²⁵⁰ HAKERİ, *Genel Hükümler*, s. 581.

²⁵¹ ERMAN / ÖZEK, s. 281; GÜNAL, s. 99.

²⁵² Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 11.07.2017, E. 2017/597, K. 2017/3461.

²⁵³ TAŞKIN, Ozan Ercan: *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 23.

²⁵⁴ Bkz. TAŞKIN, s. 107-115.

²⁵⁵ TOROSLU, s. 319. Aynı doğrultuda görüş için bkz. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 499: “... gizli soruşturmacı kullanılan suçlarda failin sorumluluğunun tamamlanmış suçtan değil, suça teşebbüsten olması gerekmektedir çünkü ortaya çıkan netice, suç tanımındaki netice değil, gerçek olmayan kurgusal neticedir.”.

²⁵⁶ EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 393.

Ancak Yüksek Mahkemenin failin cezalandırılması yönündeki gerekçesi, fail tarafından gizli soruşturmacıya uyuşturucu madde satılması ya da temin edilmesi şeklindeki harekete değil, failin satmak için uyuşturucu madde buldurması ya da satışa arz etmesi şeklindeki hareketine dayandırılmaktadır.²⁵⁷ Gizli soruşturmacının kurmaca alıcı rolüne bürünerek uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma fiilinin satıcı yönünden başlı başına suç oluşturmadığı, bu fiilin sadece satmak için uyuşturucu madde buldurma ya da uyuşturucu maddeyi satışa arz etme şeklindeki harekete ilişkin delil toplanması faaliyeti olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır.²⁵⁸ Nitekim gizli soruşturmacının, farklı zamanlarda failden birden fazla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma eylemlerinin, esasen satış için buldurma ya da satışa arz etme şeklindeki hareket ile gerçekleştirilen tek bir suçun delili niteliğinde olduğu; birden fazla satın alma eylemi olsa da esasen tek suçun olduğu, ortada tek suçun var olması nedeniyle zincirleme suç hükmünün uygulanmayacağı hususu istikrarlı olarak Yüksek Mahkeme kararlarında belirtilmektedir.²⁵⁹

UUMİT suçunun ortaya çıkarılması için kışkırtıcı ajan kullanıldığında, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Zira icra hareketi başlamadan, kışkırtılan kişi, tamamen kışkırtıcının hareketi sonucunda suça yönelmiş ise kışkırtıcı ajan azmettiren, buna karşılık kışkırtılarda suçu işleme düşüncesi var idiye teşvik eden konumundadır.²⁶⁰ Başka bir ifade ile bu gibi alım satımlarda kışkırtıcı ajanın suça iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılması gündeme gelebilecektir. Sadece kamu görevlisinin değil, üçüncü bir kişinin de alıcı olarak belirlenip kamu görevlileri tarafından suçüstü yapıldığı hallerde, kurmaca alıcı rolündeki üçüncü kişinin uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçuna azmettiren ya da teşvik eden şeklinde sorumluluğu doğabilecektir.²⁶¹

Şüphesiz kolluk güçleri, suç ve suçluyla mücadele etmek için vatandaşlardan yardım isteyebilecek ve vatandaşların bilgisine başvurabilecektir. Ancak devlet adına hareket eden kolluk gücünün herhangi resmi sıfat taşımayan bir kişiyi kurmaca alıcı görevi vererek başka bir vatandaşı tuzağa düşürme şeklindeki hareketi herhalde hukuka aykırı olacaktır. Bu yüzden uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu ortaya çıkarması için kurmaca alıcı rolündeki kışkırtıcı ajan olarak kullanılan kişinin muhakkak yetkili makamlarca görevlendirilmiş kamu görevlileri olması gerektiğini düşünmekteyiz. Kamu görevlisi olmayan üçüncü bir kişinin kullanılması halinde elde edilen delil hukuka aykırı kabul edilmeli, bu üçüncü kişinin tanıklığı da hükme esas alınmamalıdır.

Kışkırtıcı ajanın söz konusu suça iştiraktan sorumlu olmaması gerektiği öğretide, gönüllü vazgeçme²⁶², işlenemez suç²⁶³, kastın yokluğu²⁶⁴, kanun hükmünü yerine getirme ve amirin emrini ifa²⁶⁵

²⁵⁷ Bkz. Yargıtay, CGK., T. 30.01.2020, E. 2017/20-1077, K. 2020/43: “Adli kolluk görevlilerince sanıktan yapılan alımların hepsi ayrı ayrı suç oluşturmaya devam eden ‘satmak için uyuşturucu madde buldurma veya uyuşturucu maddeyi satışa arz etme’ eyleminin tespiti niteliğindedir.”.

²⁵⁸ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 09.02.2021, E. 2017/5994, K. 2021/1871: “... görevlilerin değişik tarihlerdeki satın alma işlemlerinin suç delillerini elde etmeye yönelik çalışmalar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği...”.

²⁵⁹ Bkz. Yargıtay, CGK., T. 04.10.2016, E. 2016/9-994, K. 2016/340: “... kolluk görevlilerinin dört farklı tarihte yaptığı uyuşturucu madde alımlarından dolayı, yapılan ilk alımla sanığın ‘satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde buldurma’ suçuna ilişkin olarak delillendirme işlemi yapıldığından, daha sonraki alımların TCK’nın 43. maddesi kapsamında ayrı suç oluşturmadığı ve sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığının gözetilmemesi...”.

²⁶⁰ İÇEL, s. 550; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 498.

²⁶¹ EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 393.

²⁶² Bkz. TOROSLU, s. 318: “... buna göre tahrikin konusunu oluşturan suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ve sonucun gerçekleşmesini önleyen tahrikçi ajan gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanacak, yani söz konusu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. (TCK m. 36, 41/1). Aynı şekilde tahrikin konusu olan suçun, gönüllü vazgeçen tahrikçi ajanın gösterdiği önleme gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçen tahrikçi ajanın bütün gayretine rağmen işlenmiş olması durumunda da gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanacak ve tahrikçi ajana ceza verilmeyecektir (TCK m. 41, f. 2).”.

²⁶³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. ALACAKAPTAN, s. 99-11. Alacakaptan’a göre, kışkırtıcı ajanın müdahale ettiği olayların hepsinde, hareketin elverişsizliği sebebiyle bir işlenemez suçun mevcut olduğunu ileri süren görüş kabul edilemez. Bkz. ALACAKAPTAN, s. 106.

²⁶⁴ TAŞKIN, s. 114: “Bu mesele, suçun manevi unsuru bağlamında yapılacak bir değerlendirme ile çözümlenmelidir. Kışkırtıcı ajanın, alıma ilişkin zihni kaydı, yani aslında malı satın almak değil de suçu ortaya çıkarma iradesi, onda malın gerçek sahibi olma isteğinin olmadığına göstergesidir. Kışkırtıcı ajan sözleşmeyi tamamlamak noktasında iradesini ortaya koymuş olsa da, hukuki anlamda sonuçlarını istememektedir. Bu durum ise kastın olmadığına tespiti bakımından yeterlidir.”. Bu görüş kast ile saiki birbirine karıştırması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. AKAR, İbrahim: “Tahrikçi Ajan”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2018, Cilt 24, Sayı 1, s. 143.

²⁶⁵ SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 493; ILTAŞ, s. 186.

gibi kurumlarla açıklanmaktadır. Şüphesiz *kanun hükmünü yerine getirme* ve *amirin emrini ifa* biçimindeki cezasızlık hallerinden sadece kamu görevlisi sıfatı taşıyan kışkırtıcı ajanlar faydalanabilecektir²⁶⁶.

Türk ceza hukukunda *kışkırtıcı ajan* ya da benzeri bir adla açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yalnızca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 139. maddesinde *gizli soruşturmacı* adı altında bir düzenleme bulunmaktadır. CMK'nın 139. maddesinde düzenlenen *gizli soruşturmacı* faaliyetinin kışkırtıcı ajan faaliyeti olarak nitelendirilmemesi gerektiği zira gizli soruşturmacının, suça karışmamış veya hakkında herhangi bir kuşku bulunmayan kişileri suç işlemeye yöneltemeyeceği sadece delil ve bilgi toplayabileceği ifade edilmektedir²⁶⁷. Bununla birlikte gizli soruşturmacının, hangi amaçla olursa olsun, başkalarını suç işlemeye teşvik etmesi ya da azmettirmesi hallerinde kışkırtıcı ajan olarak kabul edilerek cezalandırılması gerektiği²⁶⁸, başkasında bulunan suç işleme eğilim veya kararını destekleyici hareketlerin ise suç teşkil etmeyeceği belirtilmektedir²⁶⁹.

Yüksek Mahkeme belirli suçların soruşturulmasında gizli soruşturmacının kullanılmasını belli şartlara bağlamıştır. Önemle belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme yalnızca CMK'nın 139. maddesinde belirtilen suçlar yönünden değil, fuhuş ve benzeri suçlar yönünden de gizli soruşturmacının görevlendirilebileceği görüşündedir. Bu gibi suçlar söz konusu olduğunda gizli soruşturmacının görevlendirme dayanağı CMK'nın 160 vd. maddeleridir. CMK'nın 160. maddesine göre görevlendirilen kolluk gücüne "*gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi*" denmektedir ve bu kişiler vasıtasıyla elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için belli şartların mevcudiyeti gerekir: Gizli soruşturma yapan kamu görevlisi öncelikle CMK'nın 160 vd. maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısı tarafından yazılı veya acele hallerde sözlü olarak görevlendirilmiş olmalıdır. Başka bir ifade ile gizli soruşturma faaliyetini yetkili adli birimin gözetiminde gerçekleştirmelidir. Diğer bir şart ise gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiçbir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli, önceden failde bulunmayan suç işleme kastını yaratarak faili suç işlemeye teşvik ya da azmettirmemelidir. Gizli soruşturmacının suça ilişkin tutanağı delil olarak dosya içerisine girmiş ise tanık koruma kuralları gözetilerek dinlenmeli, sanığa gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin beyanlarına karşı savunma yapma imkânı tanınmalıdır²⁷⁰. UUMİT suçunun soruşturulmasında da CMK 160 vd. maddeleri uyarınca görevlendirilme yapılabilir. Yüksek Mahkemeye göre CMK'nın 139. maddesinde sayılan suçlar yönünden²⁷¹, *adli kolluk görevlisi* olmayan kişiler de hâkim kararı ile gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. UUMİT suçu CMK'nın 139. maddesinde sayıldığından, bu suç yönünden *adli kolluk görevlisi* olmayan kişilerin de gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebileceği sonucu çıkmaktadır²⁷². Ancak CMK'nın 139. maddesinin 1. fıkrasında "*kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir*" ifadesinin yer alması nedeniyle gizli soruşturmacı adli kolluk görevlisi olmasa dahi muhakkak kamu görevlisi olmak zorundadır.

Gizli soruşturmacı faaliyeti çerçevesinde yapılırsa da uyuşturucu madde satın alınmak istenmesi halinde gizli soruşturmacı yönünden esasen azmettirme ya da suça teşvik etme durumu söz konusu olduğu düşüncesindeyiz. Bununla birlikte gizli soruşturmacı kullanılması, bazı suçların ve suçluların açığa çıkma-

²⁶⁶ AKAR, s. 141.

²⁶⁷ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 696; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 500; ÖNDER, s. 466.

²⁶⁸ İÇEL, s. 553.

²⁶⁹ SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 494.

²⁷⁰ Yargıtay, CGK., T. 13.03.2018, E. 2017/18-207, K. 2018/96.

²⁷¹ Bu suçlar CMK'nın 139. maddesinin 7. fıkrasında sayılmıştır: Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın UUMİT suçu (madde 188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 6136 sayılı Kanun madde 12 ve 2863 sayılı Kanun'un 68 ve 74. maddesinde sayılan suçlar.

²⁷² Yargıtay, CGK., T. 30.01.2020, E. 2017/10-721, K. 2020/42: "... suç tarihi itibarıyla gizli soruşturmacı ancak TCK'nın 220. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan 'örgüt kurma' ve 'örgüt yönetme' suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması şartıyla CMK'nın 139. maddesinde sınırlı olarak sayılan diğer suçlar için görevlendirilebilir. Bunlar dışındaki suçlar nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacı 'adli kolluk görevlisi değil ise' topladığı deliller hukuka aykırıdır."

rılması yönünden gereklilik arz etmektedir. CMK'nın 139/1 hükmüne göre gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için “*soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi*” şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekli olsa da neticede kurmaca alıcı rolündeki gizli soruşturmacının faaliyeti suça azmettirme ve teşvik etme niteliğindedir. Elde edilen delilin hukuka uygun kabul edilebilmesi ve gizli soruşturmacının gerçekleştirmiş olduğu faaliyet yönünden cezasızlığı hak edebilmesi için hukuk devletine bağdaşır ilkelerin belirlenmesi ve bu ilkeler çerçevesinde delillerin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konuya ilişkin vermiş olduğu kararlardan bazı ilke ve kriterler çıkarmak mümkündür: Öncelikle sanığın, gizli soruşturmacının teşviki olmadan da suç işleyeceği emarelerinin bulunması gerekmektedir²⁷³. Sanığın sabıkasının bulunması tek başına suç işleme eğiliminin olduğunu göstermez²⁷⁴. Gizli soruşturmacı kurmaca alıcı rolünderken satıcıya baskı yapmamalıdır. Nesnel bir şüphe yokken satıcı ile irtibata geçilmesi²⁷⁵, satıcının önce reddetmesine rağmen gizli soruşturmacının teklifini yineleyici hareketlerde bulunması²⁷⁶, satılan maddeye ilişkin olarak ortalamanın üzerinde fiyat teklif edilmesi²⁷⁷, uyuşturucu veya uyarıcı madde yoksunluğundan bahsederek satıcının merhametine hitap edilmesi²⁷⁸ baskı yapma kapsamında değerlendirilmektedir²⁷⁹.

CMK'nın 139. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “*gizli soruşturmacı görevini yerine getirirken suç işleyemez*” hükmü dikkate alındığında gizli soruşturmacının, gerçekleştirmiş olduğu faaliyet yönünden sorumlu tutulmaması için mevzuattaki düzenlemelerin yeterli olmadığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarında görev alan gizli soruşturmacının yürüttüğü faaliyet nedeniyle sorumlu tutulmaması için hukuk devleti ile bağdaşır şartlar belirlenerek kanun hükmü ile özel bir hukuka uygunluk nedeni yaratılabilir²⁸⁰.

UUMİT suçuna iştirak edenlerin tespiti için, uyuşturucu veya uyarıcı niteliğindeki maddenin, yetkili makamın bilgisi ve denetimi altında ülkeye girişine, ülke içinde nakline ya da ülke dışına çıkarılmasına izin verilebilmektedir. Kontrollü teslimat denilen bu yöntemde, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi teslim alanlar tespit edilerek suça iştirak edenlerin ortaya çıkarılması hedeflenmektedir. Yetkili makamlar bunun gibi bir faaliyette esasen pasif kalmaktadır. Ancak bu ihmali davranış hem kanundan hem de uluslararası sözleşmeden kaynaklanmaktadır²⁸¹ ve iştirak iradesi bulunmadığından izin verilen fiilden dolayı yetkili mercilerin cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. Kontrollü teslimat hallerinde, kışkırtıcı ajan faaliyetinde olduğu gibi, yetkili makamın aktif bir davranışı söz konusu olursa bu dav-

²⁷³ AİHM, Teixeira de Castro, B. No: 25829/94, T. 09.06.1998, § 37-38, (kaynak ve çeviri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü) (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf, E.T.: 22.07.2021), s. 48.

²⁷⁴ AİHM, Constantin ve Stoian, B. No: 23782/06-46629/06, T. 29.09.2009, § 55, (kaynak ve çeviri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı-Ceza Hukuku Yönü, s. 48).

²⁷⁵ AİHM, Burak Hun, B. No: 17570/04, T. 15.12.2009, § 44, (kaynak ve çeviri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı-Ceza Hukuku Yönü, s. 48).

²⁷⁶ AİHM, Ramanauskas, B. No: 74420/01, T. 05.02.2008, § 11 ve 67, (kaynak ve çeviri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı-Ceza Hukuku Yönü, s. 48).

²⁷⁷ AİHM, Malininas, B. No: 10071/04, T. 01.07.2008, § 37, (kaynak ve çeviri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı-Ceza Hukuku Yönü, s. 48).

²⁷⁸ AİHM, Vanyan, B. No: 53203/99, T. 15.12.2005, § 11 ve 49, (kaynak ve çeviri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı-Ceza Hukuku Yönü, s. 48).

²⁷⁹ Tüm metnin çevirisi için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü) s. 48.

²⁸⁰ Özellikle kışkırtıcı ajanın suça kurmaca alıcı olarak katıldığı hallerde, gerçek satın alma iradesinin olmadığı görüşü bazı itirazlara uğrayınca, İtalyan yasa koyucunun belirli malların kurmaca alınması durumuna ilişkin özel bir hukuka uygunluk nedeni oluşturma yoluna gittiği ifade edilmektedir. Bkz. TAŞKIN, s. 194.

²⁸¹ Türkiye'nin de taraf olduğu “1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddeler Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi”nde, “4208 sayılı Kara Paramın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”da ve bu Kanun’a dayanılarak çıkarılan 1997 tarihli Yönetmelik’te kontrollü teslimata ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Uluslararası boyuttaki UUMİT suçu ile mücadelede bu konu, ülkeler arasındaki adli yardımlaşma kapsamında incelenmektedir. Bkz. TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: *Uluslararası Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, (Uluslararası Ceza), s. 167.

ranışın nedensellik bağımlı kesmemiş ve sonucu etkilememiş olması gerekmektedir²⁸². Aksi halde elde edilen delil hukuka aykırı olabilecektir.

E. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçunun Üç veya Daha Fazla Kişi ile İşlenmesi ve Suç İşlemek İçin Teşkil Edilmiş Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun çoğu kere organizasyon çerçevesinde gerçekleştirildiği, organizasyon halinde bu suçun işlenmesinin hem büyük kolaylık sağladığı hem de esas yöneticiye ulaşılmasını zorlaştırarak organizasyonun çökertilmesini güçleştirdiği, bu nedenle UUMİT suçunun iştirak halinde işlenmesinin ağırlaştırıcı neden sayılmasının yerinde ve hatta zorunlu olduğu ifade edilmektedir²⁸³.

TCK'nın 188/5 hükmünde “*uyuşturucu veya uyarıcı madde suçunun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda cezanın yarı oranda artırılacağı*” hüküm altına alınmıştır.

Yüksek Mahkeme bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için UUMİT suçu tanımındaki seçimlik hareketlerden birinin üç veya daha fazla kişi ile yapılması ve hareketin aynı yönde olması yani faillerin aynı seçimlik hareket üzerinde ortak hâkimiyet kurmaları gerektiğine, farklı seçimlik hareketlerin farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmayacağına hükmetmektedir²⁸⁴. Nitekim Yüksek Mahkemece verilen bir kararda, *suçun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi* nitelikli halinin oluşabilmesi için faillerin, TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında sayılan “*satan, satın alan veya nakleden*” seçimlik hareketlerinden birini müşterek fail olarak birlikte gerçekleştirmeleri ve bir eylem birlikteliği içerisinde aynı yönde hareket etmeleri gerektiğine; somut olayda sanığın ele geçen esrarı veren konumunda olduğu, alıcı konumundaki diğer sanıkların uyuşturucu maddeyi kendi nam ve hesabına aldıkları, dolayısıyla müşterek fail sıfatıyla değil birbirinden bağımsız olarak hareket ettikleri sabit olduğundan sanıklar hakkında verilen cezadan TCK'nın 188/5 hükmü uyarınca artırım yapılamayacağına hükmedilmiştir²⁸⁵.

Müşterek failin, kendisinin katılımından önce tamamen tamamlanmış eylemlerden ötürü geçmişe yönelik bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²⁸⁶. Yüksek Mahkeme, suç tanımındaki seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi ile suçun tamamlandığını, sonrasında yapılan seçimlik hareketlerin başka bir suçu oluşturduğunu gözeterek böyle bir içtihat geliştirmiş olabilir. Ancak bu yöndeki görüşün seçimlik hareketli suçların özelliği ile ters düştüğünü söylemek gerekir. Zira seçimlik hareketlerden birinin yapılması ile tamamının yapılması arasında suç sayısı bakımından fark yoktur ve tek suç oluşur. Bu seçimlik hareketlerden biri ya da birkaçı, birlikte suç işleme iradesine sahip başka kişiler tarafından, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmak suretiyle gerçekleştirilebilir ve bu durumda tek bir suça iştirak söz konusu olacaktır. Bu nedenle uyuşturucu maddeyi ticari maksatla satın alan, satın alınan uyuşturucu maddeyi nakleden, nakledilen uyuşturucu maddeyi alıp bir başkasına satan kişiler arasında suçu birlikte işleme iradesi mevcut ise hepsinin müşterek fail olduklarının kabulü gerekir.

765 sayılı TCK döneminde uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun toplu halde işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmekte ve bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için iki kişinin var-

²⁸² GÜNGÖR / KINACI, s. 445-450.

²⁸³ ERMAN / ÖZEK, s. 291.

²⁸⁴ Bkz. Yargıtay, 20. CD., T. 24.04.2019, E. 2018/4080, K. 2019/2625: “*TCK'nın 188/5. maddesinin uygulanabilmesi için TCK'nın 188/3. maddesinde öngörülen seçimlik hareketlerden birinin üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerektiği, somut olayda sanıkların satışa arz eden diğer sanığın ise nakleden konumunda oldukları, bu nedenle sanıkların suça TCK'nın 37. maddesi anlamında 'aynı yönde fiili birlikte gerçekleştiren' konumunda iştirak etmediklerinin anlaşılması karşısında sanıklar hakkında hükmolunan temel ceza üzerinden, koşulları bulunmadığı halde, TCK'nın 188/5. maddesi uyarınca artırım yapılarak fazla cezaya hükmedilmesi...*”. Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 29.06.2021, E. 2020/13991, K. 2021/8213; Yargıtay, 10. CD., T. 24.03.2021, E. 2020/21446, K. 2021/3906. Aynı doğrultuda görüş için bkz. KIDIL, s. 232-233.

²⁸⁵ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 29.04.2021, E. 2020/6390, K. 2021/5341.

²⁸⁶ HAKERİ, *İştirak*, s. 83.

lığı yetmekteydi²⁸⁷. 5237 sayılı TCK'nın 188/5 hükmü ile UUMİT suçunun iştirak halinde işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiş ise de eski Kanun ile karşılaştırıldığında uygulanma şartları zorlaştırılmıştır. Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu kararlarla bu maddenin uygulama alanını daha da daraltmaktadır.

Müşterek faillerden ikisinin cezai ehliyetinin bulunduğu, birinin ise isnat yeteneğinin bulunmadığı durumlarda çok failli suç niteliğindeki bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabileceği ifade edilmektedir²⁸⁸. Bununla birlikte faillerden biri, hukuka uygunluk sebebinin bulunmasından dolayı cezalandırılmıyorsa çok failli suçun oluşmayacağı belirtilmektedir²⁸⁹. TCK'nın 188/5 hükmünde çok failli suç tipinin oluşması ve cezanın arttırılabilmesi için faillerin belirlenmesi ve iştirak şekillerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için asgari olarak bu üç kişinin de müşterek fail olması gerekir, bu üç kişiden biri yardım eden ya da azmettiren konumundaysa bu ağırlaştırıcı neden uygulanmaz²⁹⁰. Yüksek Mahkemenin uygulaması da bu yöndedir²⁹¹. Bu yüzden müşterek fail olarak suça iştirak ettikleri düşünülen kişilerin belirlenmesi ve yapılacak yargılama ile sorumluluklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında sanığın diğer sanık ile kimlikleri tespit edilemeyen iki şahısla birlikte toplam dört kişi olarak ele geçirilen kokaini satışa arz ettiklerinin sabit olduğuna ve TCK'nın 188/5 hükmünün uygulama koşullarının oluştuğuna hükmetmiştir²⁹².

TCK'nın 188/5 hükmüne göre “*uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat arttırılacaktır*”²⁹³. Örgüt kurma ve bu örgütün suç örgütü sayılabilmesi için hangi özellikleri taşıması gerektiği TCK'nın 220. maddesinde belirtilmiştir. Bir kereye mahsus olmak üzere üç veya daha fazla kişinin bir araya gelerek UUMİT suçunu işlemesi durumunda bu ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Burada belirleyici hususlardan biri söz konusu oluşumun devamlılığıdır²⁹⁴. Müşterek faillikte suç ortakları nezdinde suçun konusu ve mağduru gibi unsurların somutlaşmış olması gerekirken örgütlü suçlar bakımından suçun konusu ve mağduru gibi unsurların somutlaşması mümkündür, ancak zorunlu değildir²⁹⁵.

TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç örgütünün varlığı için, üye sayısının en az üç kişi olmasının, üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunmasının, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olmasının, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesinin, örgütün yapısı ve sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ile gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmasının gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁶. Bu artırım nedeninin uygulanabilmesi için örgütün, özel olarak UUMİT suçunu işlemek için kurulmuş olması gerekli değildir²⁹⁷.

TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasında “*Örgüt içerisinde hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır.*” hükmü yer al-

²⁸⁷ GÜNAL, s. 120-121.

²⁸⁸ YALÇIN SANCAR, s. 217; farklı yönde görüş için bkz. DÖNMEZER / ERMAN, s. 744.

²⁸⁹ DÖNMEZER / ERMAN, s. 744-745.

²⁹⁰ ZAFER, s. 412.

²⁹¹ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 23.02.2021, E. 2020/12308, K. 2021/2567: “... diğer sanığın etrafı gözetlemek suretiyle yardım eden sıfatıyla suça iştirak ettiğinin anlaşılması karşısında sanıklar hakkında hükmolunan temel ceza üzerinden, koşulları bulunmadığı halde, TCK'nın 188/5. maddesi uyarınca artırım yapılarak fazla cezaya hükmedilmesi.” Ayrıca bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 05.11.2020, E. 2020/6287, K. 2020/6865.

²⁹² Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 24.09.2020, E. 2020/5755, K. 2020/4274.

²⁹³ TCK'nın 188/5 hükmünde de düzenlenen ağırlaştırıcı nedenin sadece 188. maddenin 1. ve 3. fıkrası için geçerli olduğu, 188. maddenin 7. fıkrasında düzenlenen suç yönünden uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. YOLCU, s. 98.

²⁹⁴ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 27.09.2018, E. 2018/3166, K. 2018/6534: “... örgüt oluşturmak için gerekli olan sayı mevcut ise de sanıklar arasında hiyerarşik bir ilişki ve suç işleme hususundaki devamlılık saptanamamıştır.”

²⁹⁵ İLTAŞ, s. 235.

²⁹⁶ Bkz. Yargıtay, 10. CD., T. 27.09.2018, E. 2018/3166, K. 2018/6534; AKKAYA, s. 57.

²⁹⁷ YOLCU, s. 94.

maktadır²⁹⁸. Bu hükümden yola çıkılarak hiyerarşik yapıya dâhil olmayan ve örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiler hakkında hem TCK'nın 220. maddesinde hem de TCK'nın 188. maddesinin 1. veya 3. fıkrasında düzenlenen suçlar yönünden ceza verileceği, verilen cezadan TCK'nın 188/5 hükmü uyarınca artırım yapılacağı ifade edilmektedir²⁹⁹. UUMİT suçunu işleyen bir örgüte maddede sayılan seçimlik hareketlerden hiçbirini yapmadan yardım eden kişinin hem fail gibi cezalandırılması hem de ağırlaştırıcı nedenin uygulanması ve bunun yanında bir de suç örgütü üyeliğinden ceza alması, cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir³⁰⁰.

Suçun *suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde* işlenmesi halinin UUMİT suçu yönünden ağırlaştırıcı neden sayılması nedeniyle faile hem uyuşturucu veya uyarıcı imal ve ticareti suçundan hem de örgüt üyeliği suçundan ceza verilmesi TCK'nın 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Her iki suçtan dolayı ceza verilmesi TCK'nın 220. maddesinin 4. fıkrasına dayandırılrsa³⁰¹ da bu hüküm, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmeyen diğer suçlar için geçerli olmalıdır³⁰². En doğru çözüm, örgütün varlığının tespitinde TCK'nın 220. maddesinin esas alınması, UUMİT suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği tespit edildiğinde sadece TCK'nın 188. maddesinin uygulanması ve 5. fıkra uyarınca da artırım yapılmasıdır.

UUMİT suçunun terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK'nın 188/5 hükmüne göre değil, Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 5/2 hükmüne göre artırım yapılacaktır. Ancak farklı görüşte olanlar da bulunmaktadır. TMK'nın 5/2 hükmünde yer alan *“yapılacak artırım cezanın üçte ikisinden az olamaz”* ifadesinden yola çıkılarak, UUMİT suçunun terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde cezanın sadece madde 188/5'e göre bir kat arttırılacağı, böyle bir artırım üçte ikiden fazla olduğundan bu noktada TMK'nın 5/2'nin son cümlesine uygun bir sonucun ortaya çıkacağı ifade edilmektedir³⁰³. Ancak TMK'nın 5/2 hükmünde yer alan hüküm açıktır. TMK'nın 5/2 hükmüne göre *“suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezanın artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre ceza artırımı yapılacaktır”*. TMK'nın 5/1 hükmünde suçun terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda cezanın yarı oranında arttırılacağı hüküm altına alınmıştır. TMK'nın 1 ve 2. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, UUMİT suçunun terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda cezadan en çok üçte ikilik bir artırım yapılabilecektir. Bu durumda normal suç örgütlerine nazaran suçun terör örgütü faaliyeti çerçevesi içerisinde işlenmesi hallerinde faille daha az ceza verileceği gibi bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Zira UUMİT suçu, TCK 220 kapsamına giren bir suç örgütü çerçevesinde işlenirse verilecek ceza bir kat arttırılacaktır.

F. Suça Etki Eden Nedenlerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi

Suçun niteliğini değiştirmeyip sadece suçun niteliğine etki eden, mevcudiyeti ile suçun daha çok ya da daha az ağır sayılmasını gerektiren ve etki ettiği suçun unsurları dışında kalan sebepleri, suça etki eden nedenler olarak tanımlamak mümkündür³⁰⁴. Suça etki eden nedenler, doğrudan gerçekleştir-

²⁹⁸ İlgili hükümdede *“bilerek”* ifadesine yer verildiğinden olası kastla bir suç örgütüne yardımda bulunmak mümkün değildir.

²⁹⁹ İLTAŞ, s. 234.

³⁰⁰ TCK'nın 220/7 hükmündeki gibi bir hüküm olmadan önce eylemi seçimlik hareketlerden birini oluşturmayan, sadece yardım niteliğindeki hareketlerde bulunan kişinin, örgüt halinde suç işlemiş olmayacağı, bu gibi hallerde örgütün temelini oluşturan anlaşmanın bulunduğu kabul edilemeyeceği ve organizasyona dâhil olmayan şerik hakkında ağırlaştırıcı neden uygulanmaması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 303.

³⁰¹ TCK'nın 220. maddesinin 4. fıkrasında *“örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.”* ifadesi yer almaktadır.

³⁰² KURT YÜCEKUL, Gülşah: “Türk Ceza Kanunu'nun 220/4. Maddesinin, Bileşik Suçu Düzenleyen 42. Madde Karşısında Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 2, Sayı 1, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, s. 1033.

³⁰³ KIDIL, s. 235.

³⁰⁴ DÖNMEZER / ERMAN, s. 809.

len *fiilden* kaynaklanabileceği gibi suçu gerçekleştiren *failin şahsi durumundan* da kaynaklanabilir³⁰⁵. Nitekim 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde suça etki eden nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet edip etmeyeceğine ilişkin değerlendirme yapılırken bu ayırım esas alınarak belirleme yapılmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da böyle bir düzenlemeye bilinçli olarak yer verilmemiş ve TCK'nın 40. maddesinin gerekçesinde bu sorunun bağlılık kuralı ile çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁰⁶.

Suçta etki eden nedenin fiile mi, yoksa şahsa mı ilişkin olduğunun kesin tespitinin yapılmasının her durumda mümkün olmadığı³⁰⁷; bu ayırımın belirsizliği nedeniyle 765 sayılı TCK'da yer alan hükme yeni Kanun'da yer verilmediği ve sorunun bağlılık kuralı ile çözülmesi gerektiği ifade edilmiş ise de öğretilerde çoğunlukla suça etki eden nedenlerin suç ortaklarına sirayeti konusu bu ayırım çerçevesinde incelenmekte ve bir sonuca ulaşılmaktadır³⁰⁸. Nitekim suça iştirak hükümlerinin esin kaynağı olan Alman Ceza Kanunu'nda bağlılık kuralı düzenlenmiş olmasına rağmen ayrıca 28. maddede, failin şahsi durumundan kaynaklanan cezaya etki eden nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayeti ayrıca düzenleme altına alınmıştır³⁰⁹.

Suçta etki eden nedenlerin şeriklere geçişini incelemeyen önce belirtmeliyiz ki, müşterek faillik hallerinde her fail birbirinden bağımsız olarak, kendi şahsından ya da fiilden kaynaklanan suça etki eden nedenler esas alınarak cezalandırılacaktır³¹⁰. Suça etki eden neden failin şahsından kaynaklanıyorsa ve müşterek faillik söz konusu ise sadece kendisinde şahsa bağlı ağırlaştırıcı ya da hafifletici neden olan kişi hakkında artırım ya da indirim yapılacaktır.

Fiilden kaynaklanan hafifletici nedeninin varlığı halinde bilip bilmediğinin bir önemi olmaksızın bundan tüm failer ve şerikler faydalanır³¹¹. Nitekim uyuşturucu veya uyarıcı imal ve ticareti suçu yönünden Kanun'un 188/6 hükmünde cezayı hafifleten nedene yer verilmiştir. Suça konu olan uyuşturucu veya uyarıcı madde, "*üretimi resmi makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuracak nitelikteyse faille verilecek ceza yarı oranda azaltılacaktır*"³¹². Söz konusu hafifletici neden fiile ilişkindir ve diğer suç ortakları cezayı hafifleten bu nedeni bilmeseler dahi ceza onlar lehine de azaltılacaktır³¹³. Şahıstan kaynaklanan hafifletici nedeninin varlığı halinde ise bundan sadece bu şartın bulunduğu failer ya da şerikler faydalanır³¹⁴.

³⁰⁵ Bkz. EKİCİ ŞAHİN, Meral: "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 64, Sayı 3, s. 654: "... suça etki eden fiili nedenler, suçun temel şeklini değiştirmemekle birlikte, suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasına yol açan, suçun işleniş şekli, zamanı, netice, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar ve fiille netice arasındaki illiyet bağından kaynaklanan nedenlerdir. Bununla birlikte şahsi nedenler, failin veya şerikin şahsından, onları suç işlemeye sevk eden özel amaç veya saiklerden, faille mağdur veya şerikle mağdur arasındaki özel ilişkiden kaynaklanır."

³⁰⁶ Bkz. TCK 40 Madde Gereğesi: "Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır." Bu sorunu çözmeye "bağlılık kuralı" (TCK m. 40) ve "hata" (TCK m. 30) hükümlerinin yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 688 vd.

³⁰⁷ Bkz. TCK 40 Madde Gereğesi: "... kaldı ki, ağırlaştırıcı nedenlerin, kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır."

³⁰⁸ Bkz. DEMİREL, Bağlılık Kuralı, s. 489: "... bu konudaki kanaatimiz, bir nedenin cezaya etki etme sebebinin haksızlığa ya da kusura mı etki ettiğinin büyük önemi haiz olmasından hareketle nitelikli hallerin fiile mi yoksa şahsa mı bağlı olduğunun belirlenmesinin zorunlu olduğu yönündedir." Alman hukukunda bu ayırımın kaldırılmadığı ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 523.

³⁰⁹ Bkz. YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried: *15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 22. Alman Ceza Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında; "... failin cezalandırılabilmesinin sebebinin teşkil eden özel kişisel unsurlar şirkete yoksa bu kişinin cezası 49'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca indirilir" 2. fıkrasında "kanun, özel kişisel unsurlar nedeniyle cezayı artırmayı, indirmeyi veya sanığa ceza verilmesine yer olmadığına karar vermeyi öngörmüşse, bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş bulunan suç ortağı hakkında uygulanır." hükümleri yer almaktadır.

³¹⁰ TAŞKIN KAPUSUZUĞLU, s. 156.

³¹¹ EVİK, s. 176.

³¹² Reçete ile satılması gereken uyuşturucu veya uyarıcı niteliği bulunan maddelerin temini için yetkili doktorca düzenlenmiş kırmızı ve yeşil reçetenin gerekli olduğu belirtilmektedir. Bkz. ÖZDABAKOĞLU, s. 126.

³¹³ DÖNMEZER / ERMAN, s. 815.

³¹⁴ AYDIN, s. 232.

Cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin suçun maddi unsurunun bir parçası olduğu, nitelikli halin suçun maddi unsuru içerisinde yer alması nedeniyle hem failin hem de şerikin kastının kapsamında olması gerektiği, hem failin hem de şerikin kastının kapsamında olması halinde her ikisinin de suçun nitelikli halinden, yalnızca failin kastının kapsamında olması halinde failin nitelikli halden, şerikin ise suçun basit halinden sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir³¹⁵. Başka bir ifade ile şerikin suçun nitelikli halini gerçekleştirdiğini bilmesi durumunda cezayı ağırlaştırıcı neden ister failin fiilinden isterse şahsından kaynaklansın şerik için de uygulanacaktır. Bunun yanında failde bulunan şahsa bağlı ağırlatıcı nedenin, kendisinde şahsa bağlı ağırlaştırıcı neden bulunmayan şerike sirayet etmesinin adaletsiz sonuçlar doğurduğu, ancak bu adaletsiz durumun temel ceza belirlenirken dikkate alınıp kendisinde şahsa bağlı ağırlaştırıcı neden bulunmayan şerike daha az ceza verilerek giderilebileceği ifade edilmektedir³¹⁶. Nitekim TCK'nın 188/8 hükmünde failin şahsından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedene yer verilmiştir. Eğer uyuşturucu madde ticareti yapma suçu ilgili hükümde sayılan kişiler tarafından işlenirse verilecek ceza yarı oranda arttırılacaktır³¹⁷. Bir eczacının uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna azmettirilmesi ya da eczacının işlemiş olduğu böyle bir suçta yardım edilmesi durumunda, suçu gerçekleştirenin eczacı olduğunu biliyorlarsa azmettiren ya da yardım eden hakkında TCK'nın 188/8 hükmü uygulanacak, başka bir ifade ile nitelikli hal şeriklere de sirayet edecektir³¹⁸. Ancak şerikler hakkında temel ceza belirlenirken bu durum göz önünde bulundurularak ceza hafifletilebilecektir.

TCK'nın 188/8 hükmünde düzenlenen şahıstan kaynaklanan ağırlaştırılmış halin aynı zamanda özgü suç niteliğinde olduğu ifade edilmektedir³¹⁹. TCK'nın 40/2. maddesinde yer alan hükme göre “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenmesine iştirak eden kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*”³²⁰. Bu hüküm nedeniyle müşterek faillik durumunda sadece TCK'nın 188/8 hükmünde sayılan mesleklerden birini ifa eden fail hakkında bu nitelikli hal uygulanacak, diğer müşterek failler ise suçun basit şeklinden sorumlu tutulacaktır³²¹.

TCK'nın 188. maddesinin son cümlesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması halinde veren veya satan kişiye daha yüksek haddeden ceza verileceği hüküm altına alınmıştır. TCK'nın 6/1-b hükmüne göre “*çocuk deyiminden, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” anlaşılacaktır. Bu durumda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satıldığı veya verildiği kişinin bu fiiller icra edildiğinde on sekiz yaşını doldurmamış olması gerekmektedir³²². Uyuşturucu veya uyarıcı madde temin edildiği kişinin çocuk olduğu bilinmiyorsa fiil üzerinde hata söz konusu olabilir ve ağırlaştırıcı neden uygulanmayabilir. Suça iştirak edenler hakkında fiilden kaynaklanan bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, fail tarafından uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin on sekiz yaşının altında bir çocuk olduğunun diğer suç ortakları tarafından bilinmesi gerekmektedir.

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçu bakımından TCK'nın 188/4 hükmünde yine fiile bağlı cezayı ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmiştir. Ele geçirilen uyuşturucu maddenin TCK'nın 188/4-a hük-

³¹⁵ TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, s. 159.

³¹⁶ Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi şerikin cezasından indirim öngören bir hükme yer verilmediği için böyle bir uygulama yapılması önerilmektedir. Bkz. DEMİREL, *Bağlılık Kuralı*, s. 524.

³¹⁷ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için hükümde sayılan sıfatların resmen kazanılmış olunması gerektiği, sayılan işlerden birinin fiilen yapıyor olmasının bu nitelikli halin uygulanması için yeterli olmadığı, ayrıca resmi sifata sahip bu kişilerin suçun işlendiği sırada bu mesleği fiilen yapması gerektiği, emekli bir doktorun bu suçu işlemesi durumunda bu nitelikli halin uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 2019, s. 914.

³¹⁸ Bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 304.

³¹⁹ ÖNER, s. 158.

³²⁰ Özgü suçlar “bizzat işlenebilen özgü suçlar” ve “başkası aracılığı ile işlenebilen özgü suçlar” olarak ayrılmaktadır. Bkz. EVİK, s. 329. Bu hükmün, yalnızca bizzat fail tarafından işlenebilen özgü suçlar için geçerli olması gerekirdi.

³²¹ Kanun koyucunun yapmış olduğu bu düzenleme nedeniyle özgü suçlarda, özel faillik sıfatı taşımayan kimseler bu suça iştirak ettiklerinde ancak şerik olarak sorumlu olabilecekleri ifa edilmektedir. Bkz. EVİK, s. 332. Bu durumda özel sıfatı taşımayan kişi hem suçun basit şeklinin müşterek faili hem de nitelikli halinin azmettirenini ya da yardım edenini kabul edilecektir. Failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereği faili, sadece suçun basit şeklinden sorumlu tutmak gerekecektir.

³²² GÜNAL, s. 129; SELBES, s. 151.

münde sayılan uyuşturucu maddelerden biri olması durumunda faile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Diğer suç ortaklarının bu ağırlaştırıcı unsuru bilmeleri, yani suç nitelikli hale getiren türden maddenin imal ve ticaretinin yapıldığından haberdar olmaları gerekir. Nitelikli halden haberdar olmaları halinde ceza onlar içinde ağırlaştırılacak, bilmemeleri halinde ise artırım yapılması söz konusu olmayacaktır³²³.

Yine uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun TCK'nın 188/4-b maddesinde belirtilen yerlere iki yüz metreden yakın ve umumi veya umuma açık bir yerde işlenmesi halinde ceza arttırılacaktır³²⁴. Diğer suç ortaklarına fiilden kaynaklanan bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için UUMİT suçunun TCK'nın 188/4-b hükmünde sayılan yerlere iki yüz metreden yakın ve umumi veya umuma açık yerde işlendiğini bilmeleri gerekmektedir. Bilmemeleri halinde artırım yapılması söz konusu olmayacaktır.

Suçta etki eden ağırlaştırıcı nedenin failde değil de şerikte bulunması halinde sadece şerikin kendisi bakımından etki etmesinin gerektiği, bu gibi bir durumda nitelikli halin şerikten faile sirayet etmeyeceği ifade edilmektedir³²⁵. Bir eczacının bir başkasını uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaret suçuna azmettirmesi ya da bu suça yardım etmesi durumunda, TCK'nın 188/8 hükmü yalnızca azmettiren ve yardım eden sıfatını taşıyan eczacıya uygulanacak, azmettirilen ya da yardım edilen fail, suçun basit şeklinden sorumlu olacaktır.

Suçta etki eden nedenin, sonuç olarak, ceza üzerinde etkili olduğu, ancak suça etki eden neden ile cezayı etki eden neden arasında farklılığın bulunduğu ifade edilmektedir³²⁶. Uyuşturucu veya uyarıcı imal ve ticareti suçu yönünden getirilen ve Kanun'un 192. maddesinin 1. ve 3. fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükmü cezaya etki eden nedendir ve bundan sadece etkin pişmanlık şartlarını yerine getiren failer ya da şerikler faydalanacaktır³²⁷. Nitekim TCK'nın 40. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan *"suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerlerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır"* hükmünden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

SONUÇ

Dünya üzerindeki birçok ülke, bireylerin zararlı uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ulaşmalarını ve bu maddeleri kullanmalarını önlenmek için mücadele vermektedir. Ortak akıl, tıbbi gereksinimler dışında kullanılan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin özelde insana, genelde topluma ve hatta tüm insanlığa zarar verdiğinde hem fikirdir. Ancak bu olgunun kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendiren bir boyutu da bulunmaktadır. Kişi kendi bedeni ve geleceği üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Devletlerin bu alana müdahalesi kişi özgürlüğüne müdahale olarak algılanmaktadır. Ölebileceğini bilmesine rağmen kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması kendi tercihi denilebilir. Ama uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı sadece kişiye etki etmemekte, özellikle yaygın olarak kullanımının toplum üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler, bazı durumlarda davranışlarını kontrol yeteneğini kaybederek suç işlemekte ve bu nedenle toplum düzeni bozulabilmektedir. Kendi ülkemiz özelinde söylemek gerekirse uyuşturucu veya uyarıcı madde krizine giren kişinin, bu maddeyi alabilmek için hırsızlık, yağma gibi suçları gerçekleştirdiği hadiselerle sıklıkla karşılaşılma-

³²³ ÖNDER, s. 472. Ayrıca tahmin etmenin bilmek olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. YOLCU, s. 101.

³²⁴ Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için esas fiili işleyen failin de, iki yüz metre mesafede; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askeri ve sosyal amaçlı toplu bulunan bina ve tesislerin var olduğunun bilincinde olması gerekmektedir.

³²⁵ DEMİREL, *Bağlılık Kuralı*, s. 527-528.

³²⁶ EKİCİ ŞAHİN, s. 652.

³²⁷ Malvarlığına karşı suçlar yönünden getirilen ve TCK'nın 168. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükmü yönünden Yüksek Mahkemenin farklı bir uygulama geliştirdiğini söylemek mümkündür. Bkz. Yargıtay, CGK., T. 23.05.2017, E. 2017/6-88, K. 2017/290: *"iştirak halinde işlenmiş suçlarda fail, yardım eden veya azmettiren suç ortaklarından birinin mağdurun zararını tamamen gidermesi halinde, artık giderilmesi gereken bir zarar bulunmadığından zararı gidermeyen diğer suç ortakları yönünden etkin pişmanlık müessesesinin uygulanması için 'iade ve tazmin' şartı aranmayacak ise de, TCK'nın 168. maddesi tazminden çok pişmanlık esasına dayandığından zararı gidermeyen diğer suç ortaklarının en azından pişmanlıklarını ya da iade ve tazmine rıza gösterdiklerini ortaya koyacak söz veya davranışlarda bulunmaları gerekmektedir."*

dır. Yine toplum için tehlike oluşturan yasa dışı örgütlerin ve terör organizasyonlarının, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti yoluyla finansmanlarını sağladıkları bilinmektedir.

Devletin insanı, kendisine karşı korumakla ilgili bir yükümlülüğü bulunmadığı iddia edilebilecekse de toplum düzenini sağlamakla ilgili bir yükümlülüğünün bulunduğu her halde söylenebilir. Bu yönüyle uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile mücadele etmek insanı, toplumu ve hatta tüm insanlığı korumak için vazgeçilmezdir. Bu mücadelede hassasiyet gösterilmesi gereken husus, bu suçla mücadele edilirken temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi ve evrensel hukuk ilkelere uygun olarak hareket edilmesidir.

Üretiminden nakline, depolanmasından satılmasına kadar her safhada birden çok insanın bu suçun işlenmesinde aktif olarak katkısı bulunmaktadır. Hatta bazı durumlarda failerin bu birlikteliği devamlılık arz eden organizasyonlara dönüşebilmektedir. Bu nedenle uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna iştirak konusu ayrı bir önem taşımaktadır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının cezasının çok ağır olması da göz önünde bulundurulduğunda, bu suçun işlenmesine katkı veren insanların hangi derece ve ağırlıkta sorumlu olacaklarının tespit etmek önem arz etmektedir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile mücadelede esas olarak hedeflenen, bireylerin bu türden zararlı maddelere ulaşmalarını engellemektir. Başka bir ifade ile esas olarak yasaklanan bu maddelerin bireylere satışı ya da temin edilmesidir. Ancak kanun koyucu etkin mücadele için uyuşturucu maddelerin sadece bulundurulmasını -uyuşturucu madde kullanmak maksadıyla bulunduruluyorsa daha hafif suç oluşacaktır- dahi satma ve temin etme hareketleri ile eşdeğer görerek ağır şekilde cezalandırılması iradesini ortaya koymuştur. Satıma ve temin etmeye ilişkin hareketlere yardım niteliğinde olan hareketleri yapanlar da fail olarak cezalandırılmaktadır. Uygulama göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir şekilde uyuşturucu veya uyarıcı madde ile temas halinde olan kişinin yardım eden değil, fail olarak cezalandırıldığını söylemek mümkündür.

İştirak halinde işlenen suçlar daha kolaylıkla işlenmektedir. Bu yüzden bazı suçlar yönünden suçun iştirak halinde işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bu suçlardan biri de uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçudur. Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında, bu ağırlaştırıcı nedeninin uygulanmasının zorlaştırıldığını söylemek mümkündür. Yüksek Mahkeme bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için suça karışan en az üç kişinin de müşterek fail olmasını ve bu müşterek failliğin de aynı yönde olmasını aramaktadır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi nakleden, nakledenden alıp satan failer arasında müşterek failliğin oluşmayacağı, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için tek bir seçimlik hareketin, yani somutlaştırmak gerekirse sadece nakletme hareketinin, en az üç kişi ile müştereken gerçekleştirilmesi gerektiğine hükmedilmektedir. Yüksek Mahkemenin bu görüşünün seçimlik hareketli suçların özelliği ile bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçuyla mücadelede sıklıkla kurmaca alıcı rolündeki kışkırtıcı ajan yöntemine başvurulmaktadır. Bu sadece ülkemize özgü bir faaliyet değildir ve başka ülkelerde de başvurulan bir yöntemdir. Kışkırtıcı ajanın, uyuşturucu madde satın alması nedeniyle suça iştiraktan sorumlu olmaması ve somut olarak satın alma fiilinin, hükme esas alınabilecek hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilmesi için belli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Hedefteki kişinin uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu işlediğine ilişkin emareler ve bu emarelerden kaynaklı kuvvetli suç şüphesi bulunmalıdır. Bizce kurmaca alıcı rolündeki kışkırtıcı ajanın mutlaka adli kolluk görevlisi olması ve görev yaptığı süreçte mutlak olarak savcılık ya da hâkimlik makamlarından aldığı direktiflerle yönlendirilmesi gerekmektedir. Kurmaca alıcının rolündeki kışkırtıcı ajanın hileli yollara başvurmaması gerekmektedir. Uyuşturucu ve uyarıcı maddenin bedelsiz olarak bir başkasına verilmesinin başlı başına suç oluşturduğu dikkate alındığında, kurmaca alıcının uyuşturucu madde yoksunluğu çektiğini belirterek bedelsiz olarak uyuşturucu madde istediği ve bunun üzerine kişinin de bedelsiz olarak uyuşturucu maddeyi temin ettiği durumda kurmaca alıcı rolündeki kişinin davranışı hukuka uygun değildir. Zira bu davranış hedefteki kişiyi tuzağa düşürücü niteliktedir ve hilelidir.

Kurmaca alıcı rolündeki kışkırtıcı ajanın topladığı delillerin hukuka uygun kabul edilmesi ve söz konusu yasadışı alım-satıma ilişkin fiile iştirak etmekten ceza almaması için başka ülkelerde olduğu gibi sıkı koşullar öngörülerek ve evrensel hukuk ilkeleri göz önünde bulundurularak özel bir hukuka uygunluk nedeni yaratılması yoluna gidilebilir.

KAYNAKÇA

- AKAR, İbrahim: "Tahrikçi Ajan", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 24, Sayı 1, s. 132-148.
- AKKAYA, Çetin: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- ARSLAN, Mehmet: *Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriy-le İlişkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- AYDIN, Devrim: *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- ÇELEN, Ömer: *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail- Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- DEMİREL, Muhammed: "Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 682-696.
- DEMİREL, Muhammed: *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Bağlılık Kuralı).
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- DÜLGER, İbrahim: "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (TCK m. 188)", (Ed.) ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem: *Uyuşturucu Madde Suçlarıyla Mücadele*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral: "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 64, Sayı 3, s. 637-686.
- ELMAS, Birsen: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ERDEM, Mustafa Ruhan: "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 80, s. 105-120.
- EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- EREM, Faruk: *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: II*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.
- ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- EVİK, Vesile Sonay: *Suçta İştirakte Yardım Edenin Cezai Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- GÜLŞEN, Recep: *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- GÜNAL, Yılmaz: *Uyuşturucu Madde Suçları*, İş Matbaacılık ve Ticaret, Ankara, 1976.
- GÜNGÖR, Şener / KINACI, Ali: *Öğreti ve Uygulama Boyutu ile Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017 (Genel Hükümler).

- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017 (Topluma Karşı Suçlar).
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 (Genel Hükümler).
- HAKERİ, Hakan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 1, Sayı 1, s. 75-109 (İştirak).
- HEINRICH, Bernd: *Ceza Hukuku Genel Kısım II*, (Ed.) ÜNVER, Yener, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian: *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, (Çev.) OKTAR, Salih, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- İÇEL, Kayıhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- İLTAŞ, Yiğit: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, (Çev.) YENİSEY, Feridun, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- KANGAL, Zeynel: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- KIDIL, Fahrettin: *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KURT YÜCEKUL, Gülşah: “Türk Ceza Kanunu’nun 220/4. Maddesinin, Bileşik Suçu Düzenleyen 42. Madde Karşısında Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 2, Sayı 1, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, s. 1027-1033.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992.
- ÖNER, Mehmet Zülfü: *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- ÖZDABAKOĞLU, Erdiñç Hakan: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- PARLAR, Ali / KIZILKAYA, Azmi: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018.
- PINARCI, Mustafa: *Uyuşturucu Sorunu ve Mücadele Politikası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- PISAPIA, Gian Domenico: *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, (Çev.) AKGÜÇ, Atıf, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1971.
- SELBES, Ece: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- SEVDİM, Ali Erdem: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Genel Hükümler).
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Özel Hükümler).
- TEKİN, Nurullah: “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal, İthal ve İhraç Etmek ile Satmak, Satın Almak, Kabul Etmek ve Bulundurmak Suçları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 37, s. 95-110.
- TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953.
- TAŞKIN KAPUSUZÖĞLU, Beril: *Suçta İştirakte Bağıllık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- TAŞKIN, Ozan Ercan: *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019 (Ceza Özel Hukuku).
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: *Uluslararası Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015 (Uluslararası Ceza).
- TONGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÜNVER, Yener: “Karşılaştırmalı Hukukta Uyuşturucu Maddeler Konusunda Önemli Hukuki Düzenlemeler”, (Ed.) ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem: *Uyuşturucu Madde Suçlarıyla Mücadele*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- YALÇIN SANCAR, Türkan: *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt md. 141-196*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried: *15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (Özel Hükümler).
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007 (Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin).
- YÜCE, Turhan Tufan: *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985.
- YOLCU, Ferit: *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 188)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının 2022 Sayılı Kanun Kapsamındaki İşlemlerine Karşı Açılan Davalarda Görevli Yargı Yeri Sorunu^(*)

*The Issue of the Court of Competent Jurisdiction in the Lawsuits Related
with the Actions of Social Assistance and Solidarity Foundations According
to the Law No. 2022*

Mücahit GÜLŞEN  

Hukuk Müşaviri

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 

Anahtar Kelimeler

*Sosyal Yardımlaşma ve
Dayanışma Vakfı,
İdari Makam,
İdari İşlem,
İcraîlik,
İdari Yargı.*

Keywords

*Social Assistance and
Solidarity Foundation,
Administrative
Authority,
Administrative Action,
Enforcement,
Administrative
Jurisdiction.*

Öz

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na göre özel hukuk tüzel kişileridir. 2022 sayılı Kanun uyarınca, engelli aylığı ve yaşlı aylığı başvuruları bu vakıflara yapılmaktadır. Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından, aylık başvurularının kabulüne veya reddine karar verilmektedir. Bunun yanında, aylık bağlandıktan sonra yapılan incelemeler neticesinde aylıkların kesilmesi de söz konusudur.

Aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi işlemleri, kişilerin menfaatini ihlâl eden idari işlemlerdir. Bu idari işlemlerin iptali için açılan davalarda, bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından idari işlem tesis edilemeyeceği yönündeki yargı kararları nedeniyle sorunlar yaşanmaktadır. Hâlbuki idare hukukunda, yasalarla yetkilendirilmiş özel hukuk tüzel kişilerince de idari işlem tesis edilebileceği kabul edilmektedir. Bu makalede, aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi işlemlerine ilişkin davalarda görevli yargı yeri konusu incelenmiştir.

Abstract

Social assistance and solidarity foundations are legal entities according to Foundations Law No. 5737. According to Law No. 2022, disability pension and elderly pension applications are made to these foundations. Social assistance and solidarity foundations decide to accept or reject the pension applications. Furthermore, as a result of the controls, the pensions can be cancelled.

Rejection of the pension application and the cancellation of the pension are administrative actions that violate the interests of the persons. In the lawsuits filed for the annulment of these administrative acts, problems arose regarding the determination of the court of competent jurisdiction in this dispute, due to the judicial decisions stating that foundations cannot take administrative action. However, in administrative law, it is accepted that administrative action can be made by foundations authorized by laws. In this article, the court of competent jurisdiction in the lawsuits regarding the rejection of the pension application and the cancellation of the pension has been studied.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 22.11.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 24.01.2021.

GİRİŞ

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma (SYD) vakıfları, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 7'nci maddesine göre, bu Kanun'un amacına uygun faaliyet yürütmek ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve aynı yardımda bulunmak üzere her ilde ve ilçede kurulmuştur¹.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²'na (TMK) göre kurulan bu vakıflar, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun³ 4'üncü maddesine göre özel hukuk tüzel kişisidir⁴. SYD vakıflarının kuruluş amacı, 3294 sayılı Kanun'da belirtilmektedir. Bununla birlikte diğer kanunlarla bu vakıflara çeşitli görevler verilmiştir.

2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un⁵ 1'inci ve 2'nci maddelerine göre, SYD vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere engelli aylıkları ve yaşlı aylıkları bağlanmaktadır. 2022 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre, bu aylıkların bağlanması amacıyla SYD vakıflarına yazılı olarak başvuru yapılması gerekmektedir. Bu vakıflar tarafından başvurusu kabul edilen kişilere, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı⁶ tarafından aylıklar ödenmektedir. 2020 yılında engelli aylığı, engelli yakını aylığı veya yaşlı aylığı ödenen kişi sayısı 1.545.418 olmuştur⁷.

2022 sayılı Kanun'un uygulama yönetmeliği olan 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik'in⁸ (Yönetmelik) 8'inci maddesine göre, söz konusu aylık başvurularının kabulüne veya reddine, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının yönetim organı olan mütevelli heyeti tarafından karar verilmektedir. Bahse konu Yönetmelik'in 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre mütevelli heyetinin verdiği kararlara yapılacak itirazlar da yine aynı mütevelli heyeti tarafından değerlendirilmektedir. Bunun yanında, ödenmekte olan aylıkların kesilmesi de söz konusudur. Yönetmelik'in 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, aylıkların kesileceği durumlar sayılmıştır.

2022 sayılı Kanun kapsamında ödenen engelli aylıkları, engelli yakını aylıkları ve yaşlı aylıkları ile ilgili olarak başvurunun kabulü, başvurunun reddi veya aylığın kesilmesi hususlarında sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından işlem tesis edilmektedir. Bu işlemlerden aylık başvurusunun reddi ile aylığın kesilmesi işlemleri, kişilerin menfaatini ihlâl eden ve bir davaya konu olabilecek işlemlerdir.

Daha öncesinde idari yargıda görülen bu uyuşmazlıkların çözümünde Uyuşmazlık Mahkemesinin T. 08.07.2019, E. 2019/279, K. 2019/422 sayılı kararı ile adli yargının görevli olduğuna karar verilmesi bazı sorunlara yol açmıştır. Bu çalışmada, bir özel hukuk tüzel kişisi olan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından tesis edilen bu işlemlerin iptali amacıyla hangi yargı yerinde dava açılacağı konusu incelenecektir.

¹ 14.06.1986 tarihli ve 19134 sayılı Resmî Gazete.

² 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

³ 27.02.2008 tarihli ve 26800 sayılı Resmî Gazete.

⁴ 21.07.2017 tarihli ve 30130 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun T. 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4 sayılı kararında, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve (mülga) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı oldukları ifade edilmiştir.

⁵ 10.07.1976 tarihli ve 15642 sayılı Resmî Gazete.

⁶ 2022 sayılı Kanunda, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ifadesi yer almakta olup 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 703 sayılı KHK ile bu Bakanlık kapatılmış ve Bakanlığın görevleri 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yürütülmektedir.

⁷ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 2021 Yılı Performans Programı, s. 131-132.

(<https://www.aile.gov.tr/media/72689/acshb-2021-yili-performans-programi.pdf>, E.T.: 21.11.2021). 2020 yılında, 825.573 kişiye yaşlı aylığı, 346.752 engelli, 277.553 bakıma muhtaç engelli olmak üzere toplamda 624.305 kişiye engelli aylığı, 95.540 kişiye engelli yakını aylığı ödenmiştir. 2022 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi kapsamında 163 kişiye silikozis aylığı ödenmektedir. Buna karşın silikozis aylığı için başvuru alınmadığı için bu çalışmada değinilmemiştir.

⁸ 25.01.2013 tarihli ve 28359 sayılı Resmî Gazete.

I. TÜRK HUKUKUNDA VAKIFLAR

A. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nde, güvenlik ile adalet hizmetleri dışındaki tüm hizmetlerin yürütülmesinde vakıflar önemli roller yerine getirmiştir. Bu çerçevede Osmanlı Devleti'nde vakıflar tarafından yürütülebilen başlıca hizmetler; eğitim hizmetleri, sağlık hizmetleri, şehircilik hizmetleri, çevre hizmetleri, sosyal hizmetler ve dini hizmetlerdir⁹. Bu hizmetleri sunmak için vakfedenler tarafından vakfin amacına harcanması için gelirler ve servetler tahsis edilmiş ve bunun sonucunda binlerce vakıf kurulmuştur¹⁰.

Günümüzde de önemli hizmetler yerine getiren vakıflar, belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere Kanun'daki şekil kurallarına uygun olarak özgülenmiş mal topluluğu olup kurum mahiyetinde bir tüzel kişi türüdür. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde¹¹, 13.07.1967 tarihli ve 903 sayılı Kanun ile değişiklik yapıncaya kadar "tesis" terimi "vakıf" terimi yerine kullanılmıştır. Bu değişiklikte birlikte daha eski bir terim olan ve Osmanlı Devleti'nde kullanılan vakıf terimi yeniden mevzuatta yer almıştır¹².

TMK'nın 101'inci maddesine göre gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olan vakıflar, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir¹³. Vakıflar Kanunu, vakıfları beşe ayırmaktadır. Kanunda vakıflar; mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıflar olarak düzenlenmiştir.

Mazbut vakıflar, kısaca, Vakıflar Genel Müdürlüğüne yönetilen vakıflardır. Mülhak vakıflar, mülga Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden, yani 04.10.1926 tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflardır. Cemaat vakfı, vakfiyeleri¹⁴ olup olmadığına bakılmaksızın 05.06.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu¹⁵ gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflardır. Esnaf vakıfları, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 13.06.1935 tarihinden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıflardır. Yeni vakıf ise mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile TMK hükümlerine göre kurulan vakıflardır. Ancak yeni vakıf tanımında, vakfin kurulduğu dönem dışında, vakfin bir özelliğine ve faaliyet alanına ilişkin bir bilgiye verilmemektedir¹⁶.

Vakıflar Kanunu dışında, TMK'da adı geçen vakıflar da bulunmaktadır. TMK'nın 117'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ve 520'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre kamuya yararlı vakıflar, gelirlerinin yarısı veya daha fazlasını kamu hizmeti niteliğindeki işler için ayıran vakıflardır¹⁷. Kamuya yararlı vakıf ifadesinden vergi muafiyeti tanınmış vakıflar kastedilmektedir¹⁸.

TMK'nın 110'uncu maddesinde düzenlenen, çalışanlara ve işçilere yardım vakıflarının kurulmasında, iş yerinin personeline, nakit yardımı, konut desteği, emeklilik ödemesi, sağlık desteği gibi menfaatlerin sağlanması amaçlanmaktadır¹⁹.

⁹ ÖĞÜZ, Mehmet Tufan: *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 6.

¹⁰ AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt*, 16. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020, s. 666.

¹¹ 04.04.1926 tarihli ve 339 sayılı Resmî Gazete.

¹² AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 664-665.

¹³ OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 390.

¹⁴ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre vakfiye; mazbut, mülhak ve cemaat vakıflarının malvarlığını, vakıf şartlarını ve vakfedenin isteklerini içeren belgelerdir.

¹⁵ 13.06.1935 tarihli ve 3027 sayılı Resmî Gazete.

¹⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 391.

¹⁷ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 677.

¹⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 391.

¹⁹ EM, Ali: *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 18.

TMK'nın 372'nci maddesinde tanımı yapılan aile vakıflarının ise diğer vakıflardan tek farklı olduğu husus vakfın amacıdır ve bu amaç doğrudan TMK'da belirtilmiştir. Aile vakıfları, “*aile bireyle-
rinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği
harcamaların yapılması için*” kurulabilir²⁰.

Vakıf türlerinden çalışmanın konusu olan SYD vakıfları, ilk olarak 1986 yılında, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne ve bu Kanun'u yürürlükten kaldıran TMK hükümlerine göre kurulmaları nedeni-
yle “yeni vakıf” statüsündedir. Yeni vakıflar, TMK hükümleri çerçevesinde faaliyet yürütmekte olup
bu vakıfların yönetim organı vakıf senetlerine göre oluşturulur²¹.

1982 Anayasası'nın 33'üncü maddesinin 1'inci ve 7'nci fıkraları birlikte göz önüne alındığında herkes,
önceden izin almaksızın vakıf kurma hürriyetine sahip olduğu görülmektedir. Bu durumda
hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin vakıf kurması mümkündür²².

Vakıfların tüzel kişilik kazanması ise TMK'nın 102'nci maddesi uyarınca, kurulan vakfın yerleşim
yerindeki asliye hukuk mahkemesinde tutulan sicile tescil edilmesi ile sağlanır. Yine aynı madde-
ye göre vakıf kurma iradesi, resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Tesciline karar verilen
vakıf, TMK'nın 104'üncü maddesi gereğince ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezi
sicile kaydedilir²³.

Resmi senetle vakıf kurma iradesinin açıklandığı durumlarda, vakıf senedinde²⁴ vakfın adı, amacı,
bu amaca özgülünen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilmesi
TMK'nın 106'ncı maddesi ile zorunlu tutulmuştur.

Vakıfların yönetilmesini ve karar almasını sağlamak amacıyla vakfın bir yönetim organının bu-
lunması, yasalar ile zorunlu hale getirilmiştir. TMK'da ve Vakıflar Kanunu'nda, vakıf organlarından
sadece yönetim organı açıkça ifade edilmiştir²⁵. Bunun yanında, vakfın amacının gerçekleştirilmesinde
yarar sağlayacak ise vakıfların diğer organları oluşturulabilir. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gör-
düğü bu diğer organları gösterebilir. Genel kurul, denetim kurulu, danışma kurulu, diğer organlara
örnek olarak sayılabilir²⁶.

Vakıfların gelirlerini, taşınmazlarını ve diğer varlıklarını senette belirtilen amaca uygun olarak tas-
arruf edip etmedikleri, Vakıflar Genel Müdürlüğünce ve vakıfların ilişkili olduğu kuruluşlarca denet-
lenir. Vakıfların kuruluşlarca ilişkisi genel olarak bir kanun hükmüyle kurulduğu için, bu kuruluşların
denetim yetkisinin çerçevesi olan ilgili kanunda belirtilir²⁷.

TMK'nın 117'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, kamuya yararlı veya özel kanunlarla kurulan va-
kıflar hakkındaki özel hükümleri saklı tutulmuş olup özel kanunla kurulan ve kamu hizmeti niteliğinde
işler yapan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarını ayrıca incelemek gerekmektedir.

B. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları

SYD vakıfları, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 7'nci mad-
desi uyarınca illerde ve ilçelerde kurulmaktadır. Günümüzde 922 ilçede ve 81 ilde toplam 1003 adet

²⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 398.

²¹ SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 514.

²² ÖĞÜZ, s. 15.

²³ SEROZAN, s. 514.

²⁴ Vakıflar Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre vakıf senedi, “*Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belgeyi, ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

²⁵ AYKUL, Ömer: *Yeni Vakıflar Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 105.

²⁶ AYKUL, s. 92.

²⁷ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 692.

SYD vakfı bulunmakta olup yeni bir il veya ilçe kurulması halinde, o yerde bir de SYD vakfı kurulması gerekmektedir²⁸.

SYD vakıfları, temel olarak, herhangi bir sosyal güvencesi olmayan muhtaç vatandaşlara yardım yapmak ve yoksullukla mücadele amacıyla kurulmuştur. Örneğin, küçük bir destek²⁹ ile topluma faydalı hale gelmesi mümkün olan kişilere yardım yaparak yoksullukla mücadele etmek, bu vakıfların görevleri arasındadır. Bu destek, proje desteği olarak nakdi bir ödeme şeklinde de olabilir. Bir berbere tıraş makinesi yardımı veya bir terziye dikiş makinesi yardımı gibi aynı yardım şeklinde de olabilmektedir.

3294 sayılı Kanun'a göre bu vakıfların kuruluş amacı şunlardır³⁰:

- Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan ve bu kuruluşlardan aylık ve gelir almayan muhtaç vatandaşlara nakdi ve aynı yardımda bulunmak,
- Geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkânı sağlanması halinde topluma faydalı hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişilere yardımda bulunmak,
- Her türlü acil durum ve afetten zarar görenlere yardımda bulunmak,
- Şehit yakınları ile gazilere yardımda bulunmak,
- Sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek ve gelir dağılımının adil olmasını sağlamaya yönelik çalışmalar yapmak.

3294 sayılı Kanun dışında diğer kanunlarla da bu vakıflara çeşitli görevler verilmektedir. Örneğin, 2022 sayılı Kanun ile engelli aylığı ve yaşlı aylığı başvurularının alınması ve değerlendirilmesi veya 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun³¹ ek 7'nci maddesi gereğince engellilerin evde bakımına destek için yapılacak sosyal yardımlara ilişkin iş ve işlemler, SYD vakıflarına kanunla verilen görevler arasındadır.

SYD vakıflarının faaliyetlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu finansman, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik fonundan karşılanır. Bu vakıfların diğer gelir kaynakları, iktisadi işletmesi bulunan vakıflarda iktisadi işletme gelirleri ve doğrudan bu vakıflara yapılan bağış ve yardımlardır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu'nun gelirleri ise 3294 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde sayılmış olup bunlar; Cumhurbaşkanı kararıyla başka fonlardan aktarılan kaynaklar, genel bütçeden aktarılan pay, trafik para cezası hasılatının yarısı, RTÜK reklam gelirlerinin %15'i, bağış ve yardımlardır. Ayrıca, 4842 sayılı Kanun'un³² 38'inci maddesine göre, gelir ve kurumlar vergisi tahsilat toplamı üzerinden %2,8'i de bu Fon'un gelirleri arasındadır.

SYD vakıflarının yönetim organı, 3294 sayılı Kanun ile belirlenmiştir. Bu Kanun'un 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre mülki idare amirleri vakfın doğal başkanıdır. Diğer bir ifade ile ilçe vakıflarının başkanı kaymakam, il vakıflarının başkanı validir. Vakfın yönetim organı ise vakfın mütevelli heyetidir. Mütevelli heyeti, belediye başkanı, il veya ilçedeki bazı kurum temsilcileri -defterdar, milli eğitim müdürü, sağlık müdür vb. gibi- ile muhtarı temsilen bir muhtar, sivil toplum kuruluşu temsilcisi ve hayırsever vatandaşlardan oluşmaktadır. Bu düzenlemeye göre mütevelli heyetinde resmi görevliler yanında sivil kişiler de görev yapmaktadır.

²⁸ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları (<https://www.aile.gov.tr/sygm/genel-mudurluk/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari/>, E.T.: 10.11.2021).

²⁹ 3294 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında "küçük bir yardım" ifadesi kullanılmakta olup uygulamada bu desteğe "iş kurma desteği" denilmektedir. Bu destek, genel olarak faizsiz bir kredi türü olup girişimcilere ve küçük işletmelere verilen nakdi veya aynı yardımları ifade eder (<https://www.aile.gov.tr/sss/sosyal-yardimlar-genel-mudurlugu/gelir-getirici-projeler/>, E.T.: 10.11.2021).

³⁰ Bu maddenin 01.12.2004 tarihli ve 5263 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesi ile değişmeden önceki hali, "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonunda toplanan kaynağın ülke çapında ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve aynı olarak dağıtılmak ve bu Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalarda bulunmak üzere her il ve ilçede Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma vakıfları kurulur." şeklindedir.

³¹ 27.05.1983 tarihli ve 18059 sayılı Resmî Gazete.

³² 4842 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (24.04.2003 tarihli ve 25088 sayılı Resmî Gazete).

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 33'üncü maddesine göre vakıfların denetimi, vakfın yapacağı iç denetim veya bağımsız denetim kuruluşlarına yaptıracağı denetim dışında, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılır. Buna ek olarak, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin³³ 73'üncü maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendine göre Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, SYD vakıflarının harcamalarını, iş ve işlemlerini araştırmak, incelemek, izlemek ve denetlemek yetkisine sahiptir.

Vakıflar Kanunu'na göre yeni vakıfların yönetim organı vakıf senedine³⁴ göre oluşturulur ve vakfın amacı vakıf senedinde belirtilir. Yeni vakıf statüsünde olan SYD vakıflarının yönetim organı ve amacı, 3294 sayılı Kanun'da ve Vakıflara Kanunu'na uygun olarak hazırlanan vakıf senedinde yer almaktadır.

SYD vakıfları, özel hukuk tüzel kişisi olmaları sebebiyle özel hukuk alanında işlem ve eylem yapmaktadırlar. Buna karşın, 2022 sayılı Kanun gibi bazı yasal düzenlemelerle bu vakıflara kamu hukuku alanında da işlem ve eylem yapabilme yetkisi verilmiştir³⁵.

II. SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKIFLARININ 2022 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ İŞLEMLERİ

2022 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre engelli aylığı ve yaşlı aylığı³⁶ başvurularının, ilgili adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde kayıtlı ikametgâhının bulunduğu³⁷ yerdeki il veya ilçe SYD vakfına yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

SYD vakfı, Yönetmelik'in 6'ncı maddesi gereğince, ilgili hakkında sosyal inceleme yaparak başvuru formunda beyan edilen bilgiler ile merkezi veri tabanlarından yapılan sorgulamalar doğrultusunda elde edilen bilgilerin doğrulanmasını ve engelli veya yaşlının yaşadığı hanenin genel durumunu yerinde tespit eder³⁸.

2022 sayılı Kanun'un 1'inci ve 2'nci maddelerine göre engelli ve yaşlı aylıklarının bağlanabilmesi için ilgili SYD vakfı tarafından "muhtaçlık kararı" verilmesi gerekmektedir. SYD vakfı tarafından yapılan inceleme sonucunda ilgilinin muhtaç olduğuna karar verilmesi halinde, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından ilgiliye ödeme yapılabilir. Burada, Bakanlığın yetkisinin bağlı yetki³⁹ olduğu görülmektedir. Çünkü Bakanlığın aylık ödeme yetkisi öncelikle, vakıf tarafından verilmiş bir muhtaçlık kararı olmasına bağlanmıştır. Buna karşın SYD vakfı tarafından yapılan inceleme sonucunda elde edilen verilere göre ilgilinin muhtaç olmadığına karar verilmesi halinde aylık başvurusu reddedilmekte ve bu durum yine 2022 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince başvurucuya bildirilmektedir.

Yine Kanun'un 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre SYD vakfı, başvuranların kendilerinin ve başvuruculara karşı nafaka yükümlülüğü bulunanların mali ve sosyal durumlarını araştırabilir. Bu araştırma esnasında SYD vakıfları, her türlü bilgi ve belgeye ulaşmaya yetkili kılınmıştır. Bununla amaçlanan gerçe-

³³ 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete.

³⁴ Vakıflar Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre vakıf senedi, "Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belgeyi" ifade eder.

³⁵ İSBİR, Kevser Begüm: *Kamu Tüzel Kişiliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 578.

³⁶ Bu aylıklar, 2022 sayılı Kanun'un 1'inci maddesindeki yaşlı aylığı katsayısı ile 2'nci maddesindeki engelli aylıkları katsayılarının, memur aylık katsayısı ile çarpılması ile hesaplanmaktadır. 2021 yılı (Temmuz) ikinci dönem için memur aylık katsayısı, 0,179797 olarak açıklanmıştır. Hazine ve Maliye Bakanlığının, 07.07.2022 tarihli ve 7 Sıra No.lu Mali ve Sosyal Haklara İlişkin Genelgesi, (<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/07/Mali-Ve-Sosyal-Haklar-Temmuz.pdf>, E.T.: 01.10.2021). Bu durumda, yaşlı aylığı, (4.387 x 0,179797) 788,77 TL; 18 yaşından büyükler için engelli aylığı, %70 ve üzeri oranda engellilerde (4860 x 0,179797) 873,81 TL; %40-%69 oranları arasında engelli olanlarda (3.240 x 0,179797) 582,54 TL; 18 yaşından küçüklerin yakınlarına ödenecek engelli yakını aylığı ise (3.240 x 0,179797) 582,54 TL'dir.

³⁷ Yönetmelik'in 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası şu şekildedir: "2022 sayılı Kanun uyarınca bağlanacak aylıklara ilişkin başvurular, kişilerin adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde kayıtlı ikametgâhının bulunduğu Vakfa yapılır."

³⁸ Yönetmelik'in 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre "Sosyal inceleme ... Vakıf personeli tarafından başvuruda bulunanın ikametgâhına ve çevresine gidilmek ve hane ziyaret bilgi formu doldurulmak suretiyle gerçekleştirilir."

³⁹ "Kanun veya diğer düzenleyici işlemler ya da hukukun genel ilkelerinin yetkili idari otoritenin değerlendirme yetkisinin çerçevesini tanımladığı ve hareket serbestisinin sınırı, kapsamı ve/veya kullanılması yol veya yöntemini net, emredici, yoruma imkân tanımadan, kullanacak makamın değerlendirilmesini mümkün kalmayacak nitelikte ifade edildiği durumlarda bağlı yetkiden söz edilir." Bkz. ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 519.

ğe aykırı beyanda bulunanların tespit edilmesi ve haksız olarak aylık alınmasının önlenmesidir. Bu sebeple her türlü inceleme yöntemi kullanılarak ve olabildiğince bilgi ve belgeden yararlanarak başvuru sahiplerinin muhtaçlık durumları hakkında gerçeğe en yakın duruma ulaşılması hedeflenmiştir. Gerek evrak üzerinden gerek bilgi sistemleri ile gerekse hane ziyareti ile elde ettiği verilere göre ilgilinin muhtaç olmadığını veya başvuruda kullanılan bilgi ve belgelerin gerçeği yansıtmadığının anlaşılması halinde, başvurunun reddine karar verileceği gibi ödenmekte olan aylığın kesilmesi de mümkündür.

Başvurucunun adres değişikliği ve engelli veya yaşlının sağlık raporunun süresinin dolması gibi durumlarda aylığın durdurulması işlemi de yapılabilmektedir⁴⁰. Ancak bunun sonucunda ya eksikler tamamlandığı için aylığın ödenmesine devam edilmekte ya da eksikler tamamlanmadığı için aylık kesme işlemi yapılmaktadır. Bu sebeple aylığın durdurulması işlemi, davaya konu olması açısından ayrı bir başlık altında incelenmemiştir.

Son olarak Yönetmelik'in 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre engelli aylığı ve yaşlı aylığı başvurularının reddi veya bu aylıkların kesilmesi işlemine ilişkin itiraz, ilgili SYD vakfına yapılmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, 2022 sayılı Kanun kapsamında, SYD vakıfları tarafından ilgililerinin haklarını ihlâl edebilecek iki tür işlem bulunmaktadır: Aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi.

A. Aylık Başvurularının Reddedilmesi İşlemi

İlgililer tarafından adrese dayalı kayıt sisteminde ikametgâhlarının bulunduğu yerdeki SYD vakfına aylık başvurusu yapılmasının ardından SYD vakfı tarafından yapılan araştırma sonrasında müteveli heyeti⁴¹, ilgilinin aylık başvurusunu değerlendirir ve başvurunun kabulüne veya reddine karar verir.

Aylık başvurusunun kabulüne karar verilenlere Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından aylıkları ödenmeye başlanırken, aylık başvurusunun reddine karar verilenlerin ise ilgili SYD vakfına itiraz etme ve itirazın reddi halinde ise dava açma hakları bulunmaktadır.

2022 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde sayılan;

- Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlara,
- Uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlara,
- Nafaka bağlanmış veya nafaka bağlanması mümkün olanlara,
- 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu hükümlerine göre harçlık ödenenlere,

2022 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanamamakta olup bu şartları taşımayan kişiler tarafından yapılan başvurular reddedilmektedir. Bunun yanında, başvuru sahibinin Türk vatandaşı olması gerekmektedir. Bu şartları sağlayanlar, muhtaçlık yönünden incelenmektedir. Başvuru sahibinin kendisine ve eşine ait her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kişiler muhtaç kabul edilememekte ve kendilerine aylık bağlanamamaktadır⁴². Bu aşamada, muhtaç olmadığı tespit edilenlerin aylık başvuruları reddedilmektedir.

Aylığın türüne göre de şartlar bulunmaktadır. Örneğin, 2022 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlanacaklarda, başvuru sahibinin 65 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. 65 yaş hesabında, yaş düzeltmelerin de dikkate alınmayacağı 2022 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmiştir.

⁴⁰ Yönetmelik'in 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasında göre, yaşlı aylığı ve engelli aylıkları, adres değişikliği ile süreli sağlık kurulu raporunun süresinin dolması hallerinde geçici olarak durdurulur.

⁴¹ Vakıf müteveli heyeti, vakfın karar organı olduğu için, bu karara vakfın kararı denilmesinde bir çekince bulunmamaktadır.

⁴² Anayasa Mahkemesi, engelli veya yaşlının gelirinin yanında, aynı hanede yaşayan diğer kişilerin de gelirinin esas alınarak, hanedeki ortalama gelirin hesaplanması uygulamasına ilişkin 2022 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM, T. 12.11.2020, E. 2020/13, K. 2020/68).

2022 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde, engelli aylığı almak için başvuru şartı olarak, hak sahibinin sağlık kurulu raporu ile en az %40 oranında⁴³ engelli olduğunun kanıtlanmış olması şartı yer almaktadır. Ayrıca, engelli 18 yaşından büyük ise bir şart daha yer almakta olup bu şart, talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirememiş olmaktır.

Bu çerçevede, 2022 sayılı Kanun'da sayılan aylık başvurusu şartlarını taşımayanların aylık başvuruları SYD vakıfları tarafından reddedilmektedir.

B. Aylıkların Kesilmesi İşlemi

2022 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre SYD vakıfları, gerektiğinde aylık alanlar hakkında inceleme yapmaya yetkilidir. Bunun yanında, Yönetmelik'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre aylık almaya hak kazanan kişilerin sosyal incelemeleri her yıl yenilenmektedir.

Aylık almakta olanlar hakkında yapılan incelemeler sonucunda, ilgililer tarafından aylık bağlama sürecini etkileyebilecek hataların veya eksikliklerin giderilmemesi veya aylığa hak kazanmaya esas sağlık kurulu raporu veya diğer belgelerin gerçeğine aykırı olarak düzenlendiğinin anlaşılması halinde aylık kesme işlemi yapılmaktadır. Bunun yanında, daha önce açıklanan aylık bağlama şartlarının kaybedildiğinin tespiti halinde de yine aylık kesme işlemi yapılmaktadır. Bu kararlara karşı da SYD vakıflarına itiraz edilmesi ve itirazın reddi halinde dava açılması söz konusudur.

Aylık başvurusunun reddi işlemi sadece SYD vakıfları tarafından tesis edilebilirken aylığın kesilmesi işlemi hem SYD vakıfları hem de Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yapılabilmektedir. Özellikle 2022 sayılı Kanun kapsamında, aylık alanların Sosyal Güvenlik Kurumu'nda kaydı olduğunun tespit edilmesi halinde aylıklar, Bakanlık tarafından doğrudan kesilmektedir⁴⁴.

2022 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında "*Aylık bağlama işlemi sırasında veya aylık bağlandıktan sonra yapılacak incelemeler sonucunda, aylık bağlama kararını etkileyebilecek yanlışlık veya eksikliklerin tespit edilmesi hâlinde, bu durum ilgisine göre Vakıflara, aylık bağlanana veya bağlanacak olana ve gerektiğinde ilgili idarelere Vakıf veya Bakanlık tarafından bildirilir. Aylık bağlanmış veya bağlanacak olanlara yapılacak bildirimlerin iadeli taahhütlü posta ile gönderilmesi esastır. Aylık bağlanmış olanlarla ilgili eksikliklerin veya yanlışlıkların giderilmemesi hâlinde, tebligat tarihinden itibaren üç aylık sürenin sona erdiği tarihin içinde bulunduğu ödeme döneminin sonunda aylık kesme veya düzeltme işlemi yapılır ve fazla ödenen tutarlar geri alınır.*" denilerek özellikle aylığın kesilmesi işleminde Bakanlığın ve SYD vakıflarının yetkilerinin bulunduğu açıkça belirtilmiştir.

III. SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKIFLARININ AYLIK BAŞVURUSUNUN REDDİ VE AYLIĞIN KESİLMESİ İŞLEMLERİNİN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ

Doktrindeki ve yargı kararlarındaki idari işlem tanımlarının ortak noktaları esas alındığında idari işlem; kişilerin kendilerini, haklarını ve yükümlülüklerini etkileyen, kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı irade açıklamalarıdır. İdari işlem, idare tarafından yapılabilir. Yasama ve yargı fonksiyonu ile ilgili olmayıp idare fonksiyonuna ilişkin olarak yasama veya yargı organlarıncada idari işlem tesis edilebilir. İdare adına hareket eden özel hukuk kişileri de idare kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁵.

Bu tanımdan çıkan sonuçlardan birisi de özel hukuk kişilerin de idari işlem tesis edilmesinin mümkün olmasıdır. Kamu hizmetlerinin sayısının ve çeşitliliğinin artması ile özel hukuk kişilerinin de

⁴³ Yönetmelik'in 2'nci maddesine göre engelli aylığına hak kazanılması için, engellinin, en az %40 oranında engelli olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Buna ek olarak, engelli aylıkları %40 ila %69 arası engelli olanlara farklı tutarda; %70 ve üzeri oranda engelli olanlara farklı tutarda ödenmektedir. Ayrıca, bu Yönetmelik'in 5'inci maddesine göre engellinin 18 yaşından küçük olması halinde ödenen aylığa "engelli yakını aylığı" denilmekte olup bu aylık, engellinin veli ya da vasisine ödenmektedir.

⁴⁴ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, Sıkça Sorulan Sorular, 2022 aylıkları, 75'inci soru (<https://www.aile.gov.tr/sss/sosyal-yardimlar-genel-mudurlugu/2022-kanun-kapsaminda-yurutulen-ayliklar/>), E.T.: 10.11.2021).

⁴⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, (*Türk İdare Hukuku*), s. 302.

kamu gücü kullanmak suretiyle idari işlem tesis edebilmelerine yasalar ile imkân verilmiştir. Bu özel hukuk kişileri, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak tek yanlı irade açıklamaları yapabilmektedirler⁴⁶. Dolayısıyla idari işlemlerin tesisinde idari makam kavramı, kamu kurum ve kuruluşları ile mevzuat ile yetkilendirilmiş özel hukuk tüzel kişilerini kapsamaktadır⁴⁷.

Bu çerçevede değerlendirme yapıldığında, özel hukuk tüzel kişisi olan SYD vakıfları tarafından 2022 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen, ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen tek yanlı irade açıklamaları olan aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi işlemleri idari işlemlerdir.

Danıştayın “*İdari makamların kamu gücü ve kamu kudreti kullanarak idare işlevine ilişkin olarak tesis ettikleri, muhatapları yönünden çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır*” şeklindeki tanımını değerlendirdiğimizde de idari işlemin unsurları; “idari makamlarca yapılmış olma”, “tek yanlı olma” ve “icrailik niteliğini taşıma”dır⁴⁸. Bu tanımda yer alan “idari makamlarca yapılmış olma” şartının idari yargı yerlerinin, özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem tesis edemeyeceği yönündeki hatalı kararlarına neden olduğu görülmektedir. Buna karşın idari makam kavramı, sadece idari teşkilatı kasteden bir ifade olmayıp idare işlevine ilişkin eylem ve işlemlerde bulunan kamu idareleri yanında özel hukuk tüzel kişilerini de kapsamaktadır⁴⁹. Bu sebeple, yasanın verdiği yetkiyle hareket eden özel hukuk tüzel kişilerin idari işlem tesis edilebileceği idare hukukunda kabul edilmektedir. Bu şekilde idari işlem tesis edebilen özel hukuk tüzel kişileri idari makam kavramına dâhildir⁵⁰. Bu bağlamda, SYD vakıflarının da idare işlevine ilişkin işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁵¹.

Günümüzde kamu gücü kavramı, “emredici güç” anlamında kullanılmamakta; idari makamlara özel hukukta öngörülme ayrıcalıklarının verilmesi halinde, kamu gücünün kullandığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, SYD vakıflarının aylıklarla ilgili işlemlerinin kamu gücü kullanma açısından değerlendirilmesi halinde de icrai işlem yapabilme ayrıcalığı kapsamında işlem tesis edebilen SYD vakıflarının kamu gücü kullandığı söylenebilir ve kamu gücü kullanılması sebebiyle bu işlemlerin idare hukuku alanında olduğu kabul edilebilir⁵².

İptal davasının konusunu oluşturması açısından ise idari işlem, idarenin idare hukuku alanında kamu gücü kullanarak yaptıkları tek yanlı irade açıklamalarıdır. Bu tanıma göre idari işlem, kişilerin menfaatine uygun da olabilmektedir, kişilerin menfaatini ihlâl edici nitelikte de olabilmektedir⁵³. Bu kapsamda, SYD vakıflarının aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi işlemleri, idari yargıdaki iptal davasına konu olabilecek menfaati ihlâl eden idari işlemlerdir.

IV. SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKIFLARININ, AYLIK BAŞVURUSUNUN REDDİ VE AYLIĞIN KESİLMESİ İŞLEMLERİNİN İPTALİ DAVALARINDA GÖREVLİ YARGI YERİ

2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu’nun (İYUK)⁵⁴ 2’nci maddesine göre, iptal davalarının menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılacağı dikkate alındığında, SYD vakıfları tarafından 2022

⁴⁶ CANDAN, Turgut: *Açıklamalı İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 73; YILMAZ, Dilşat: *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği*, Astana Yayınları, Ankara, 2014, (İcraîlik Özelliği), s. 18.

⁴⁷ ATAY, s. 426.

⁴⁸ Danıştay, İDDK., T. 18.02.2016, E. 2014/5338, K. 2016/349.

⁴⁹ DEVOLVÉ, Pierre: *L’Acte Administratif*, Sirey, Paris, 1983, s. 19’dan aktaran ERKUT, Celal: *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Tıpkı Basım, Danıştay Matbaası, 2015, s. 76.

⁵⁰ ATAY, s. 418.

⁵¹ Danıştay, 12. D., T. 13.03.2014, E. 2013/6822, K. 2014/1612 sayılı kararında, “*Bilindiği üzere, idari makamlar dışındaki organlar tarafından yapılan bazı işlemlerin idari işlemler olarak kabul edilmeleri, idare işlevinin yapısal anlamda idarenin dışında kalan organlarca da yürütülebilen bir faaliyet olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, bu faaliyetin yürütülmesini sağlayan işlemlerin gördükleri işlev açısından idari işlemler olarak nitelendirilmesinde işlevsel ölçütten yararlanılması zorunludur.*” denilmiş ve sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından tesis edilen bir idari işlemin, iptal davasına konu olması gerektiğini “idare işlevi” kavramı ile açıklamaya çalışmış fakat Danıştay, SYD vakıflarını bu kararda da idari makam olarak kabul etmemiştir.

⁵² GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 18. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016, s. 50.

⁵³ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 300.

⁵⁴ 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmî Gazete.

sayılı Kanun kapsamında kişilerin menfaatlerini ihlâl eden iki işlem olduğu ve bu işlemlerin aylık başvurusunun reddi işlemi ve aylık almakta olanların aylığının kesilmesi işlemi olduğu anlaşılmaktadır. Bu işlemlere karşı yapılacak itiraz da Yönetmelik'in 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre yine aynı SYD vakfı tarafından değerlendirilecektir. İtirazdan da sonuç alınamaması halinde uyuşmazlığa neden olan işlemin iptali için dava açılması gerekmektedir.

Danıştay, özel hukuk tüzel kişiliği bulunan SYD vakıfları tarafından tesis edilen bu işlemlerin idari işlem mahiyetinde olmadığı ve bu uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermektedir⁵⁵. Danıştayın, bir idari işlemin ancak bir idari makam tarafından tesis edileceği yönündeki değerlendirmesinin eksik olduğu anlaşılmaktadır.

Önceki bölümlerde açıklandığı üzere idari makam kavramı, sadece idari teşkilata özgü olmayıp idare işlevine ilişkin faaliyet ve işlemlerde bulunan kamu kurumları ile özel hukuk tüzel kişilerini de kapsamaktadır ve yasalarla yetkilendirilmiş özel hukuk tüzel kişileri de idari işlem tesis edebilmektedir⁵⁶. Dolayısıyla, idari işlemin tüm unsurlarını taşıyan ve SYD vakıfları tarafından tesis edilen aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi işlemlerine karşı açılan davalarda görevli yargı yeri idari yargıdır. Çünkü bu işlemler 2022 sayılı Kanun'a dayanılarak, başka bir ifade ile kamu gücü kullanılarak, kamu hukuku alanında tesis edilmektedir. Başvurunun reddi ve aylığın kesilmesi işlemleri tek yanlıdır ve icrai niteliktedir. Bunun yanında, bu uyuşmazlıkların, 2022 sayılı Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

2022 sayılı Kanun uyarınca bağlanan aylığın kesilmesine ilişkin Vezirköprü SYD Vakfının kararının iptali istemiyle açılan davalarda, Samsun 2. İdare Mahkemesi ve Vezirköprü 2. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen görevsizlik kararları üzerine uyuşmazlık UYM'ye intikal etmiştir. UYM, bu uyuşmazlıkta "... *davaya konu edilen işlemlerin, 3294 sayılı yasanın 7. maddesi kapsamında vakıf mütevellî heyeti kararı ile yapıldığı, 3294 sayılı yasa gereğince söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmesi nedeniyle ile dava konusu işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı sonucuna varılmakla; davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğuna*" karar vermiştir⁵⁷. UYM'nin bu kararındaki değerlendirme de hatalıdır. Kamu gücü kullanımı, somut bir olayda, doğrudan hukukî sonuca yönelik ve muhatabının hukuki durumunu etkileyen tek taraflı bir eylemi ifade etmektedir⁵⁸. Diğer bir ifade ile idari işlemin icrailiği, bir işlemin başka bir işleme veya onaya ihtiyaç duymaksızın ilgilileri hakkında hukuki sonuçlar doğurmasıdır ve icrai işlem yapanların kamu gücü kullandığı kabul edilmektedir⁵⁹.

SYD vakıfları, 2022 sayılı Kanun kapsamında tesis ettikleri işlemlerde kamu gücünü kullanmakta olup bu işlemler neticesinde ilgililere aylık bağlanmamakta veya ilgililerin aldıkları aylıklar kesilmekte olup bu işlemler, özel hukuk usullerine göre yapılmamaktadır⁶⁰. Bu nedenle, SYD vakıflarının 2022 sayılı Kanun kapsamında yaptıkları işlemlerde kamu gücü kullanıldığı açıktır. Diğer bir ifade ile idari makamların her işlemi idari yargının görev alanına girmediği gibi, bir özel hukuk tüzel kişisi olan SYD vakıflarının da kamu hukuku alanındaki, 2022 sayılı Kanun kapsamındaki işlemleri gibi, bazı işlemleri idari yargının görev alanına girmektedir.

İdari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda kural olarak görevli yargı yeri idari yargıdır. Ancak kanun ile bir konuda tesis edilen işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargıya bira-

⁵⁵ Danıştay, 10. D., T. 21/09/2017, E. 2017/1801, K. 2017/3706; Danıştay, 10. D., T. 14/05/2018, E. 2018/2151, K. 2018/1776.

⁵⁶ DEVOLVÉ, s. 19'dan aktaran, ERKUT, s. 76; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 303.

⁵⁷ UYM, T. 08.07.2019, E. 2019/279, K. 2019/422.

⁵⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 309.

⁵⁹ ATAY, s. 429; YILMAZ, *İcraiye Özellikleri*, s. 31.

⁶⁰ SANCAKDAR, Oğuz / US, Ender / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu: *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 336.

kılabilir. Bu durum istisnaidir⁶¹. 2022 sayılı Kanun kapsamındaki aylığın kesilmesi ve aylık başvurusunun reddi işlemlerinin adli yargının denetimine bırakılmasına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Hatta 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki halinde İYUK'un 45'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (g) bendinde, 2022 sayılı Kanun'la ilgili uygulamalardan doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanında olduğu belirtilmektedir⁶². Buna karşın, Uyuşmazlık Mahkemesinin son yıllardaki kararları ile uyuşmazlığın çözümünün adli yargıya bırakılması, SYD vakıflarınca tesis edilen idari işlemlerin nasıl iptal edileceği sorununu da beraberinde getirmektedir. Çünkü adli yargıda, idari yargıdaki gibi bir iptal davası bulunmamaktadır.

Talep edilen hukuki korumaya göre sınıflandırılması halinde, adli yargıdaki hukuk dava türlerini tespit, eda ve inşai davalar olmak üzere üçe ayırabiliriz. Bu dava türlerinde mahkemelerce verilen kararlar, eda davalarında ve tespit davalarında açıklayıcı; inşai davalarda ise yaratıcı niteliktedir⁶³. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)⁶⁴ 2'nci kısım 1'inci bölümünde bu davalar sayılmıştır. HMK'nın 105'inci maddesinde, eda davası ile davalının bir şeyi vermeye, bir şeyi yapmaya veya bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmesi talep edileceği belirtilmiştir. HMK'nın 106'ncı maddesinde, tespit davası ile bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun, bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin talep edileceği ifade edilmiştir. HMK'nın 108'inci maddesinde, inşai dava ile yeni bir hukuki durum yaratılmasının, hâlihazırdaki hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesinin veya ortadan kaldırılmasının talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Eda davası sonucunda verilen kararı davalı yerine getirmezse ilamlı icra yoluyla kararın yerine getirilmesinin sağlanması icap etmektedir. Tespit davası ile davalı bir şey yapmaya zorlanamamaktadır. İnşai davalar ise ancak HMK'da belirtilen durumlarda açılabilir⁶⁵. Bu davalar ile SYD vakıfları tarafından tesis edilen aylık başvurusunun reddi veya aylığın kesilmesi işlemlerinin iptal edilemeyeceği ortadadır. Çünkü bu dava türleri, SYD vakfının kararının iptal edilmesi ve SYD vakfı tarafından yeniden bir karar verilmesini sağlayacak nitelikte kararlar verilmesine imkân vermemektedir. Hukuk mahkemesi kararının SYD vakfının kararı yerine geçmeyeceği ve yargının, SYD vakfına işlem tesis etmesi veya tesis ettiği işlemi iptal etmesi yönünde emir veremeyeceği göz önünde bulundurulduğunda, aylığın kesilmesi ve aylık başvurusunun reddi işlemlerinin hukuk mahkemesindeki yargılamaya konu olması hukuki olarak elverişli değildir.

Vakıflara özgü davalar açısından görevli yargı yeri konusunu ele aldığımızda ise vakıf davalarında vakfın kuruluşu, tescili, denetimi, yönetimim değiştirilmesi, vakfın amacının değiştirilmesi, vakfın mallarının değiştirilmesi ve vakfın sona erdirilmesi konularında asliye hukuk mahkemeleri görevlidir⁶⁶. Bunun yanında, vakıflara ait taşınmazların kiralanması ile ilgili uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemeleri görevlidir⁶⁷. Buna göre, SYD vakfı tarafından tesis edilen aylık başvurusunun reddi işlemine veya aylığın kesilmesi işlemine karşı açılacak davalarda adli yargının görevli olduğuna ilişkin

⁶¹ Danıştay, İDDK, T. 01.12.2016, E. 2016/834, K. 2016/3261.

⁶² İYUK'un itiraz başlıklı 45'inci maddesinin, 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesiyle değiştirilmeden önceki hali şu şekildedir: "İdare ve vergi mahkemelerinin; ... g) 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan, ... kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hakimle verilen nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir." (www.corpus.com.tr, E.T.: 18.12.2020).

⁶³ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 214.

⁶⁴ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 214-218.

⁶⁶ UYM, T. 08.07.2019, E. 2019/279, K. 2019/422 sayılı kararı sonrasında, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi, T. 26.05.2021, E. 2021/426 sayılı kararı ile Çankaya Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı mütevelli heyetinin engelli aylığı başvurusunun reddi kararının tedbiren durdurulmasına karar vermiştir. Kanunlarda bu yönde düzenleme olmamasına rağmen, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi, kendini engelli yardımcı konusunda, diğer bir ifade ile esas hakkında, görevli ve yetkili olarak kabul ederek HMK'nın 389'uncu ve 390'ıncı maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

⁶⁷ EM, s. 42.

bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Hâlbuki idari işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yeri ancak kanunla adli yargıya bırakılabilir⁶⁸.

İdarenin, idare hukuku kuralları çerçevesinde yaptığı işlem ve eylemlerden doğan davalar idari davalardır⁶⁹. İYUK'un "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2'nci maddesinde idari dava türleri sayılmıştır. Buna göre iki tür idari dava bulunmakta olup bunlar iptal davası ve tam yargı davasıdır. Üçüncü tür idari dava olarak İYUK'ta idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar sayılsa da bu maddedeki "*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*" şeklindeki tanım, bir dava türünü belirtmemektedir. Burada uyuşmazlığın kaynağını tanımlamaktadır. Bu nedenle idari davaları, iptal ve tam yargı davaları olarak iki çeşit olarak kabul edilmektedir⁷⁰.

İYUK'a göre tam yargı davası, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalardır. Tam yargı davaları, idarenin bir işlemi veya eylemi ile zarara uğrayan kişilerce idari yargıda, idareye karşı açılan tazminat davaları olarak tanımlanabilir. Tam yargı davalarında bir hakkın geri verilmesine ilişkin talepler söz konusu olsa da uygulamada, genel olarak, tazminat talepleri tam yargı davalarına konu olmaktadır⁷¹.

2577 sayılı Kanun'da "*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar...*" olarak tanımlanan iptal davaları ile bir idari işlemin hukuka aykırılığının tespit edilerek idari yargı makamlarınca iptal edilmesi sağlanmaktadır⁷². Bu dava türü ile idarenin hukuka uygun davranması da teminat altına alınmaktadır⁷³.

SYD vakıfları tarafından tesis edilen aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi işlemlerinin birer idari işlem olduğu ve bu işlemler ile hak sahiplerinin menfaatlerinin ihlâl edildiği göz önünde bulundurulduğunda, anılan işlemlerin idari yargıdaki iptal davasına konu olmaları gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Aylık başvurusunun reddi ve aylığın kesilmesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlık özel hukuk kurallarına göre çözümlenebiliyorsa adli yargı, idare hukuku kurallarına göre çözümlenebiliyorsa idari yargı görevlidir⁷⁴.

İYUK'un 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.*" hükmü uyarınca ilgili SYD vakfı, gecikmeksizin davacı hakkında idare mahkemesi kararına uygun olarak yeniden işlem tesis etmek zorunda kalacaktır. Adli yargı yerleri tarafından verilen kararlar için bu tür ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 138'inci maddesi gereğince her türlü mahkeme kararının idarelerin yerine getirmesi zorunluluk olsa da çoğu zaman iptal edilen işlemin yerine yenisinin yapılmasının gerekli olması ve bunun yapılmaması sebebiyle davacının talebinin tam olarak yerine getirilmemesi söz konusudur⁷⁵. İYUK'taki bu düzenleme ile davacının hakları daha sıkı korunmuştur.

⁶⁸ SANCAKDAR / US / KASAPOĞLU TURHAN / ÖNÜT, s. 366.

⁶⁹ TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 743.

⁷⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, (*Türk İdari Yargılama Hukuku*), s. 170; CANDAN, s. 207.

⁷¹ CANDAN, s. 150.

⁷² GÖZLER / KAPLAN, s. 827.

⁷³ TAN, s. 996.

⁷⁴ AUBY, Hean-Marie / DRAGO, Roland: *Traité de Contentieux Administratif*, LGDJ, 2. Cilt, 6. Baskı, 1975, s. 333-334'ten aktaran GÖZLER / KAPLAN, s. 820.

⁷⁵ CANDAN, s. 710.

İYUK'un 20'nci maddesinin 1'inci fıkrasında “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar.*” denilerek idari davalarda re’sen araştırma ilkesinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Buna ek olarak, İYUK'un 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrasındaki “*Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir.*” hükmü nedeniyle vakıf tarafından mahkemeye konu ile ilgili tüm bilgi ve belgeler gönderilecektir. Bu şekilde, davaya konu uyuşmazlıkla ilgili tarafların mahkemeye bilgi ve belge getirmemesi veya eksik getirmesinden kaynaklanan sorunlar, resen araştırma ilkesinin geçerli olmadığı adli yargı davalarına göre çok daha az yaşanmaktadır⁷⁶.

2022 sayılı Kanun'dan kaynaklanan uyuşmazlıklarının adli yargıda görülecek olmasının bir diğer sakıncası ise adli yargının talep ile bağlı olması ve tarafların mahkemeye süresi içinde sunacağı delillere göre karar vermek zorunda olmasıdır. Hukuk yargılamasındaki teksif ilkesine göre taraflar; iddia, savunma ve delillerini belirli bir süre içerisinde sunabilir. Bu sürenin geçmesinden sonra sunulan dava malzemeleri mahkeme tarafından dikkate alınmaz. Taraflarca getirilme ilkesinin sonucu olarak da adli yargı hâkimi, tarafların getirdiği vakalar dışında vakaları ele alamaz, getirilmeyen vakaları hatırlatamaz, kişisel bilgisini kullanamaz, tarafların getirdiği deliller dışında delile dayanarak karar veremez⁷⁷.

Adli yargıda re’sen araştırma ilkesi de sınırlı olarak kullanılmaktadır. Ancak HMK'nın 385'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca hukuk davalarında re’sen araştırma ilkesi, genel olarak çekişmesiz yargıda uygulanmaktadır⁷⁸. Buna karşın, 2022 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanan kişilerin muhtaç ve yaşlı vatandaşlar ile muhtaç ve engelli vatandaşlar olduğu dikkate alındığında, delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi⁷⁹ ile teksif ilkesinin egemen olduğu adli yargı yerine, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı idari yargıda davanın görülmesi, uyuşmazlığın hakkaniyete uygun bir biçimde çözümlenmesi için daha elverişlidir.

Vakıflar tarafından tesis edilen işlemler hakkındaki Uyuşmazlık Mahkemesinin ve Danıştayın eski tarihli kararları daha isabetlidir. Uyuşmazlık Mahkemesi, tesis edilen idari işlem açısından yapılan değerlendirmede Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfını idari makam kavramı içinde kabul ederek vakfın davalı idare olmasına karar vermiştir⁸⁰. Danıştay 5. Dairesi “*Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olması, tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmaz.*” şeklindeki kararı ile Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı doğrultusunda karar vermiştir⁸¹. Bu kararda, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının idari işlem tesis etme yetkisi verilen bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilerek, idari işlem tesis edebilmesi nedeniyle davalı idare olduğu belirtilmiştir.

Bir diğer dava ise Türk Diyanet Vakfı ile ilgidir. Bu davada Danıştay 5. Dairesi “*Türkiye Diyanet Vakfının Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olması, tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmaz.*” şeklinde karar vermiştir⁸². Özetle, Uyuşmazlık Mahkemesinin ve Danıştayın önceki kararlarının daha isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

⁷⁶ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 31.

⁷⁷ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 186-187.

⁷⁸ TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt 1, 2*. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 373.

⁷⁹ HMK'nın, “Taraflarca Getirilme İlkesi” başlıklı 25'inci maddesinde “(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.” denilmektedir.

⁸⁰ UYM, T. 03.05.1999, E. 1999/1, K. 1999/11.

⁸¹ Danıştay, 5.D., T. 17.05.2000, E. 2000/476, K. 2000/1516.

⁸² Danıştay, 5.D., T. 01.04.2003, E. 2000/624, K. 2003/1085.

Konuyu yine bir Danıştay kararı ile özetleyecek olursak bir tüzel kişinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun hükme bağlanmış olması, bu tüzel kişi tarafından tesis edilen işlemlerin idari işlem olma niteliğini ortadan kaldırmaz⁸³.

V. SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKIFLARININ, AYLIK BAŞVURUSUNUN REDDİ VE AYLIĞIN KESİLMESİ İŞLEMLERİNİN İPTAL DAVALARINDA DAVALI İDARE

İdari davalarda husumetin idari işlemi tesis eden veya idari eylemi yapan idareye yöneltilmesi gerekmektedir⁸⁴. İdari davaların doğru hasımla görülmesi, sağlıklı ve adil bir yargılama yapılmasını, doğru karar verilmesini etkiler. Buna ek olarak doğru hasmın tespit edilmesi, savunma hakkı ve mahkemenin kararının uygulanması açısından da oldukça önemlidir⁸⁵. Ayrıca davada husumetin yanlış idareye yöneltilmesi halinde uyuşmazlığa konu işlemi tesis etmeyen idare, gereksiz yargılama süreci ile meşgul olacaktır. İşlemi tesis eden gerçek hasım olan idare ise yargılama sürecindeki işlemleri yapma imkânı bulamayacak ve taraf olamadığı için tesis ettiği işlem ile ilgili davada savuna yapamayacaktır⁸⁶.

İYUK'un 31'inci maddesinde husumet konusunda HMK'ya atıf yapılmadığı için kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan idareler de idari yargı tarafından davalı olarak kabul edilmektedir. Bu durumda, iptal davalarında davalı idarenin uyuşmazlık konusu idari işlemi kesin⁸⁷ olarak tesis eden idare olması yeterlidir⁸⁸.

2022 sayılı Kanun'da, kamu gücü kullanma yetkisi verilen iki otorite bulunmaktadır. Bunlar, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve SYD vakıflarıdır. Bakanlık, ödemeleri doğrudan ilgililerin hesaplarına yaparken, aylık başvurusunun reddi veya aylığın kesilmesine ilişkin SYD vakıfları tarafından verilen kararları iptal edememekte ve değiştirememektedir.

A. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Engelli ve Yaşlı Aylıkları ile İlgili Görevleri ve Yetkileri

2022 sayılı Kanun ile Yönetmelik hükümleri birlikte dikkate alındığında, Bakanlığın aylık işlemleri ile ilgili görevlerini beş başlık altında toplamak mümkündür.

- Aylıkların Ödenmesi: Aylıklar, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından belirlenecek ödeme gün ve dönemlerinde peşin olarak ödenir (2022 sayılı Kanun m. 3/2).
- Aylık Başvurusunda Bulunanlar veya Aylık Almaya Hak Kazananlar ile İlgili Bilgi ve Belge İsteme: Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile SYD vakıfları, gerektiğinde, başvuranların ve bunlara nafaka ödeme sorumluluğu bulunanların gelir, servet ve yaşam standartları hakkında araştırma yapmaya ve yaptırmaya, kamu ve özel kişilerden bilgi ve belge istemeye yetkilidir (2022 sayılı Kanun m. 8).
- Uygulama Yönetmeliğini Yayımlama: 2022 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine göre, aylığa hak kazanma süreci ile aylığın ödenmesi sürecine dair kurallar ile bu süreçlerde kabul edilecek belgelere ilişkin bilgiler, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Hazine ve Maliye Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

⁸³ ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 420. Söz konusu, Danıştay kararı (10.D., T. 17.06.1991, E. 1991/1149, K. 1991/2286), Türkiye Futbol Federasyonu ile ilgilidir.

⁸⁴ GÜNDÜZ, Fatma Ebru: *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 222.

⁸⁵ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 371.

⁸⁶ GÜNDÜZ, s. 223.

⁸⁷ YILMAZ, Dilşat: "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin 'Kesin'liği Üzerine Bir Değerlendirme: 'Kime Göre?', 'Ne İçin?' Kesinlik", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 21, Sayı 2, s. 109. "Kesinlik" idari işlemin idari usul sürecinin tamamlanarak, idarenin iradesinin ortaya çıkmasıdır. SEZGİNER, Murat: *İptal Davasının Uygulanması Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 46; ERKUT, s. 120.

⁸⁸ GÜNDÜZ, s. 240; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 374; TAN, s. 997.

- Fazla ve Yersiz Ödenen Aylıkların Takip ve Tahsil Etme: Yönetmelik'in 16'ncı maddesine göre, aylığa hak kazanmak üzere düzenlenen belgelerin gerçeğe uymadığı tespit edildiği takdirde ödenmiş olan aylıklar için Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından borç tahakkuk ettirilerek takip ve tahsili sağlanır. Hak sahibinden tahsili imkânının kalmadığı durumlarda, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından tahakkuk edilen borç, aylığın ödenmesinde kasıt, kusur veya ihmali olduğu tespit edilenlerden müstesilen tahsil edilir.
- 2022 Sayılı Kanun Kapsamındaki İşlemleri Denetleme: Yönetmelik'in 17'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Denetim Hizmetleri Başkanlığı tarafından her yıl, 2022 sayılı Kanun kapsamında yapılan ödemelere ilişkin olarak, ödeme türü, hak sahiplerinin ağırlıklı olduğu ikamet bölgeleri, sistemin sağladığı güvenlik dereceleri ve benzeri ölçütler üzerinden yapacağı risk değerlendirme sonuçlarına göre ve örneklem metoduyla belirlediği hak sahiplerinin durumunu inceler ve sonuçlarını, uygulamaya yönelik önerileri içeren raporu hazırlar. Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, bu raporda yer verilen ve uygulamada tespit ettiği diğer yaygın uygulama hatalarını her yıl SYD vakıflarına yazılı olarak bildirir.

B. Engelli ve Yaşlı Aylıkları ile İlgili Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının Görev ve Yetkilerinin Karşılaştırılması

Mevzuat hükümleri incelendiğinde, SYD vakıfları tarafından tesis edilen aylık başvurusunun reddi işlemi ile aylığın kesilmesi işleminde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile ilgili bir onay veya imza süreci bulunmadığı; diğer bir ifade idari usul sürecinde Bakanlığın yer almadığı anlaşılmaktadır. SYD vakıfları tarafından muhtaç olmama gerekçesiyle veya 2022 sayılı Kanun'daki şartlara aykırılık nedeniyle başvurusunun reddi kararı verilmesi halinde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının doğrudan aylık bağlamasını mümkün değildir. Buna ek olarak, anılan Bakanlığın, muhtaçlık kararı vermesi de söz konusu değildir.

Aylık başvurusunun reddi işleminden farklı olarak aylığın kesilmesi işleminde, 2022 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrası ile Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı da yetkilendirilmiş olduğundan, Bakanlık tarafından tesis edilen aylığın kesilmesi işlemlerine karşı açılacak iptal davalarının Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı husumetiyle görülmesi gerekmektedir.

Bir kanun hükmü ile kamu hizmeti yürütme yetkisi ile yetkilendirilen özel hukuk tüzel kişilerinin de kamuya ait yetkilerle idari işlem yapabilmektedir. İptal davalarında davalı idare, ilgililerin menfaatini ihlâl eden işlemi tesis eden idaredir⁸⁹. Bu hususlar birlikte göz önünde bulundurulduğunda, aylık başvurusunun reddi işlemi ile SYD vakıfları tarafından tesis edilen aylığın kesilmesi işlemlerinin iptali amacıyla idari yargıda açılacak davanın, ilgili SYD vakfı husumetiyle görülmesi gerekmektedir.

İdari yargı yerleri, davalı idare olarak Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı⁹⁰, valilik, kaymakamlık ve ilgili SYD vakfına husumeti yöneltmekte ve birbirinden farklı kararlar vermeye devam etmektedirler⁹¹.

⁸⁹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 374.

⁹⁰ Eski isimle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı.

⁹¹ Bursa 4. İdare Mahkemesi, T. 01.10.2019, E. 2019/244, K. 2019/62 sayılı kararına konu davayı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı husumetiyle görmüş ve Orhangazi SYD Vakfının işleminin iptali amacıyla açılan davanın görev yönünden reddine karar vermiştir. Konya 2. İdare Mahkemesi, T. 09.10.2019, E. 2018/1539, K. 2019/1170 sayılı kararına konu davayı, Beyşehir SYD Vakfı husumetiyle görmüş ve dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Samsun 2. İdare Mahkemesi, T. 10.10.2018, E. 2018/1539, K. 2019/1170 sayılı kararına konu davayı, Vezirköprü SYD Vakfı husumetiyle görmüş ve davanın görev yönünden reddine karar vermiştir. Tokat İdare Mahkemesi, T. 26.11.2020, E. 2020/617, K. 2020/818 sayılı kararına konu davayı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Niksar Kaymakamlığı husumetiyle görmüş ve Niksar SYD Vakfının işleminin iptali amacıyla açılan davanın görev yönünden reddine karar vermiştir. İstanbul 3. İdare Mahkemesi, T. 23.11.2018, E. 2018/1213, K. 2018/1911 sayılı kararına konu davayı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı husumetiyle görmüş ve Zeytinburnu SYD Vakfının işleminin iptali amacıyla açılan davada, işlemin iptaline karar vermiştir. Bakanlığın yaptığı istinaf üzerine, İstanbul BİM, 8. İDD., T. 17.09.2019, E. 2019/476, K. 2019/940 sayılı kararı ile davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Husumet itirazı hakkında İstanbul 3. İdare Mahkemesi ve İstanbul BİM, 8. İDD. değerlendirme yapmamıştır. İstanbul 12. İdare Mahkemesi, T. 23.02.2018, E. 2017/1114, K. 2018/345 sayılı kararına konu davayı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı husumetiyle görmüş ve Zeytinburnu SYD Vakfının işleminin iptali amacıyla açılan davada, işlemin iptaline karar vermiştir. Bakanlığın yaptığı istinaf üzerine, İstanbul BİM, 8. İDD., T. 02.10.2018, E. 2018/1310, K. 2018/1378 sayılı kararı ile davanın reddine karar vermiştir.

SONUÇ

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından, 2022 sayılı Kanun kapsamında, 2019 yılı itibarıyla 1.543.540 kişiye engelli, engelli yakını ve yaşlı aylığı ödenmektedir. Bu aylıkların başvuruları SYD vakıflarına yapılmaktadır.

2022 sayılı Kanun'un verdiği yetkiyle SYD vakıfları tarafından aylık başvuruları alınmakta, başvuruların muhtaç olup olmadığı incelenmekte ve başvuruların kabulüne karar verilmektedir. Başvuruları kabul edilip muhtaç olduğuna karar verilenlere Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından aylıklar ödenmektedir. Buna karşın, engelli ve yaşlı aylığı başvurularının çeşitli sebeplerle SYD vakıfları tarafından reddedilmesi neticesinde ilgililer, başvurunun reddi kararına karşı bu kararı veren SYD vakfına itiraz edebilmekte ve itiraz sonucunda verilen karar ile bu itirazlar hakkında nihai karar verilmektedir. Diğer bir ifadeyle aylık başvurusunun reddine karşı SYD vakfına yapılan itirazın reddedilmesi ile idari süreç sona ermektedir.

SYD vakıfları tarafından, engelli ve yaşlı aylığı alanlar hakkında inceleme yapılarak aylık alma şartlarını kaybedenlerin aylıkları kesilmektedir. Yine aynı şekilde, SYD vakıflarının aylığın kesilmesi yönündeki kararlarına karşı, kararı veren vakfa itiraz edilmesi mümkün olup itiraz sonunda verilen kararlar kesindir.

Aylık başvurusunun reddi kararları ile aylığın kesilmesi kararları, ilgililerin menfaatlerini ihlâl eden, tek taraflı ve icrai nitelikli işlemlerdir. İdari işlemin özellikleri ve unsurları dikkate alındığında, bu işlemler idare hukuku alanında tesis edilmiş ve iptal davasına konu olabilecek idari işlemlerdir.

Gerek Danıştay gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi, bu işlemlerin bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından tesis edilmesini, bir başka deyişle idari makamlarca tesis edilmemesini, esas olarak davalının ilgili SYD vakfi olduğuna karar vermektedir. Yine aynı gerekçe ile görevli yargı yerinin de adli yargı olduğu belirtilmektedir.

Hâlbuki SYD vakıfları, 2022 sayılı Kanun ile yetkilendirilmiş olup 2022 sayılı Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde kamu hukuku alanında faaliyette bulunmaları nedeniyle idari işlem tesis edebilmektedir. Bu nedenle geniş anlamda idare kavramı içerisinde kabul edilmeleri hukuka uygun bir yaklaşımdır. Ayrıca bir özel hukuk tüzel kişisinin kamu hukuku alanında faaliyette bulunması durumunda, tesis edilen işlemlerin idari yargı alanı dışında kabul edilmesinin idarenin değil, idari işlemin yargılandığı esasına aykırılık teşkil etmektedir.

UYM'nin, "... vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmesi nedeniyle ile dava konusu işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı" yönündeki kararı, 2022 sayılı Kanun kapsamında değerlendirildiğinde, idare hukuku esaslarına uygun değildir. SYD vakıfları tarafından ilgililerin aylığının kesilmesi ve aylık başvurularının reddedilmesi sonucunda, 2022 sayılı Kanun'un verdiği yetkiyle kamu gücü kullanılmış ve hak sahiplerinin menfaatleri ihlâl edilmiş olmaktadır. Aylık başvurusunun reddi ile aylığın kesilmesi işlemlerinin kamu gücüne dayanmadığı iddiası aynı zamanda bu işlemlerin özel hukuk kurallarına göre yapıldığı anlamına gelmektedir ki açıklandığı üzere bu işlemler, kamu hukuku çerçevesinde, işlemleri tesis edenlerin iradesinden bağımsız olarak mevzuatın belirlediği şekilde yapılmaktadır.

UYM'nin bu yaklaşımı nedeniyle, 2022 sayılı Kanun kapsamındaki idari işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi, davacılar için hak kayıplarına neden olabilecektir. Çünkü idari yargıda uygulanan re'sen araştırma ilkesinin ve idare tarafından idari işlem dosyasının mahke-

tir. Husumet itirazı hakkında İstanbul 12. İdare Mahkemesi ve İstanbul BİM, 8. İDD. değerlendirme yapmamıştır. Son olarak, Ankara 6. İdare Mahkemesi, T. 14.09.2021, E. 2021/1207 sayılı görevlilik kararına konu davayı, Yenimahalle Kaymakamlığı ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı husumetiyle görmüş ve Yenimahalle SYD Vakfının işleminin iptali amacıyla açılan davada, görev itirazını reddederek görevlilik kararı vermiştir.

meye sunulması zorunluluğunun adli yargıdaki hukuk davalarında olmaması, elinde yeterli delil olmayan davacıların aleyhine bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Bu uyuşmazlıklarda, adli yargının görevli olduğunun kabulü halinde mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ayrı bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Adli yargı yerinin kararı, delil niteliğinde bir belge olarak kalacak ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının aylık ödemesi için 2022 sayılı Kanun uyarınca ilgili SYD vakfının kararı aranmaya devam edilecektir.

Bir buçuk milyondan fazla kişi 2022 sayılı Kanun kapsamında engelli, engelli yakını ve yaşlı aylığı almaktadır ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından, aylık alanların sayısının her yıl artacağı öngörülmektedir. Bu durum, aylıklar ile ilgili uyuşmazlıkların hangi yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği konusunu daha da önemli hale getirmektedir. Bu çerçevede, aylık başvurunun reddi ile aylıkların kesilmesi kararlarından doğan uyuşmazlıkların, idari yargıda açılacak bir iptal davası ile bu işlemi tesis eden otorite sıfatıyla ilgili SYD vakfı veya aylığın kesilmesi işleminin Bakanlık tarafından yapıldığı durumlarda Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı husumetiyle çözümlenmesinin hukuka en uygun yöntem olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA


- Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 2021 Yılı Performans Programı, 2021, s. 131-132. (<https://www.aile.gov.tr/media/72689/acshb-2021-yili-performans-programi.pdf>, E.T.: 21.11.2021).
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt*, 16. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018 (Türk İdare Hukuku).
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018 (Türk İdari Yargılama Hukuku).
- ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- AYKUL, Ömer: *Yeni Vakıflar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- CANDAN, Turgut: *Açıklamalı İdari Yargılama Usûlü Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- EM, Ali: *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- ERKUT, Celal: *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara, 2015.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 18. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru: *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- İSBİR, Kevser Begüm: *Kamu Tüzel Kişiliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- ÖĞÜZ, Mehmet Tufan: *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- SANCAKDAR, Oğuz / US, Ender / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu: *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- SEZGİNER, Murat: *İptal Davasının Uygulanması Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt 1*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- YILMAZ, Dilşat: *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Astana Yayınları, Ankara, 2014 (İcrailik Özelliği).
- YILMAZ, Dilşat: "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesin"liği Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 21, Sayı 2, s. 105-154.

Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihi Gelişimi^(*)

Historical Development of the Investigation Phase in Turkish Criminal Procedure Law

Yakup DURANOĞLU  

Doktor

Türk Kara Kuvvetleri Komutanlığı 

Anahtar Kelimeler

*Soruşturma Evresi,
İtham,
Tahkik,
Sümer Ceza Hukuku,
Roma Hukuku,
Müşterek Hukuk,
Aydınlanma Çağı
Hukuku,
Türk Ceza Muhakemesi
Hukuku.*

Öz

Bu araştırmamızda, ceza muhakemesi hukukumuzdaki evrelerden biri olan soruşturma evresinin tarihi gelişimi incelenmiştir. Bu çerçevede, ceza muhakemesinde soruşturma evresini etkileyen sistemler başta olmak üzere, tarihi süreçte soruşturma evresinin nasıl ve kim tarafından yürütüldüğü araştırılmıştır. Çalışmamızda, elde mevcut bilgilerden, Sümerler Döneminden başlayarak Roma Dönemi, Müşterek Hukuk ve Aydınlanma Dönemlerinde soruşturma evrelerinin nasıl yürütüldüğü, Türk hukukunda soruşturma evresinin tarihi gelişiminin aşamaları incelenmiştir. Tarihi gelişim dikkate alındığında, özellikle mevcut sosyal ve siyasi durumun soruşturma evresinin şekillenmesinde ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır. Kişi hak ve özgürlüklerine son derece önem verilen günümüzde ise soruşturma evresinin önemi kendini göstermiştir. Bu temel bilgiler çerçevesinde çalışmamızın birinci başlığında tarihi perspektife ışık tutması bakımından önemli olduğunu düşündüğümüz ceza muhakemesindeki itham ve tahkik sistemleri ile işbirliği (karma) sistem açıklanmıştır. İkinci başlığında ise ceza muhakemesi hukukumuzda soruşturma evresinin oluşumuna tesir eden tarihi süreç Sümer hukukundan başlamak üzere incelenmiştir.

Keywords

*Investigation Phase,
Accusation,
Inquisition,
Sumerian Criminal
Law,
Roman Law,
Common Law,
Enlightenment Era
Law,
Turkish Criminal
Procedure Law.*

Abstract

In this research, the historical development of the investigation phase, one of the phases in our criminal procedure law, has been examined. In this context, it has been examined how and by whom the investigation phase was carried out in the historical process, especially the systems that affect the investigation phase in criminal procedure. In our study, based on the available information, how the investigation phases were carried out in the Sumerian, Roman, Common Law and Enlightenment periods, and the stages of the historical development of the investigation phase in Turkish law were examined. Considering the historical development, it is understood how important the current social and political situation was in shaping the investigation phase. In today's world, where individual rights and freedoms are given great significance, the importance of the investigation phase has shown itself. Within this framework, in the first headline of our study, the accusation and investigation systems and the cooperation (mixed) system in criminal procedure, which we think are important in terms of shedding light on the historical perspective, are explained. In the second headline, the historical process that affected the formation of the investigation phase in our criminal procedure law was examined, starting from the Sumerian law.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 23.09.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 06.12.2021.

GİRİŞ

Türkçe Sözlük'te soruşturma, “*bir sorunu açıklığa kavuşturmak amacıyla bir idari veya adli makamın yönettiği, ilgililerden ve tanıklardan bilgi toplama, konuyu inceleme işi, tahkik, tahkikat*” olarak tanımlanmıştır¹.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 2. maddesinde, yetkili merciler tarafından suç şüphesinin öğrenilmesi anı ile iddianamenin kabul edilmesi (kabul edilmiş sayılması) anı arasında geçen evre soruşturma, soruşturmanın bittiği andan [iddianamenin kabul edilmesi (kabul edilmiş sayılması) anı] verilen kararın kesin hüküm halini alması anı arasında geçen evre ise kovuşturma olarak tanımlanmıştır.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere soruşturma evresinin; yetkili mercilerce suç haberinin alınması anından itibaren başlayan ve haberdar olunan olayın suç olup olmadığı, eylemin kim veya kimler tarafından gerçekleştirildiğinin araştırıldığı bir süreç olduğu anlaşılmaktadır². Bu süreç sayesinde de kovuşturma evresi için hazırlık yapılarak suç teşkil ettiği değerlendirilen fiile yönelik delilleri içeren ciddi ithamların kovuşturma evresine aktarılması sağlanmakta³, böylelikle kovuşturmanın etkin ve süratle yapılmasına⁴ ve kovuşturma mercilerinin emek ve mesaisinin verimli kullanılmasına katkı sunulmaktadır.

Ceza muhakemesi açısından bir tarihçe çıkarabilmek için, öncelikle belirleyici etkenlerden ve kırılma noktalarından yola çıkmak büyük önem arz etmektedir. Bu belirleyici etkenlerin başında “devlet” olgusu bulunmaktadır. Devlet egemenliğinin bir sonucu olarak “suç hukuku” kamu hukukunun kapsamında sayılmış; suçun soruşturulması, kovuşturma ve suçun sabit olması halinde cezalandırma, kamusal nitelik kazanmıştır. Belirleyici etkenlerden diğer bazılarını ise Rönesans, Aydınlanma Dönemi ve Sanayi Devrimi olarak saymak mümkündür⁵.

Tarih boyunca soruşturma evresi çeşitli dönemlerde farklı şekillerde uygulanagelmiştir. Kimi dönemlerde soruşturma evresi hiç olmamış, kimi dönemlerde ise kısa süren bir zaman diliminde soruşturma yapıldığı ve hemen kovuşturma evresine geçildiği görülmüştür. Benzer şekilde soruşturma yapmaya yetkili makamlar da değişiklik göstermiştir. Kimi zaman özel kişiler, kimi zaman da kamu görevlileri soruşturmayı yürütmekle yetkili kılınmışlardır.

Tarihi süreç içerisinde soruşturma evresinin, uygulanan hukuk sisteminin türüne göre şekillendiği gözlenmektedir. Nitekim ceza muhakemesi olarak adlandırabileceğimiz uygulamaların ortaya çıktığı ilk dönemlerde ve doğu ülkelerinde, itham edilen ile itham eden arasında süregelen bir çatışmaya dayanan yargılama prosedürü, zamanla Roma ve Helen Uygarlıklarında gelişerek uygulanmaya devam etmiştir⁶. Devlet kurumunun gelişmesiyle birlikte, suçun tüm kamu düzenini sarstığı kabulü ve kamu menfaatlerinin korunması düşüncesiyle, suçların soruşturulması ve kovuşturulması yetki ve görevi re'sen ve devlet tarafından kullanılmaya başlanmıştır.

Soruşturma evresinin gelişimi savcılık kurumunun gelişimi ile yakından ilişkilidir. Nitekim suç şüphesi altında olan kişileri itham eden, kamu düzenini koruyan ve kanunların uygulanmasını takip ederek muhakeme makamları nezdinde yürütmeyi temsil eden resmi görevlilerin ortaya çıkması, so-

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 16.02.2020).

² YURTCAN, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 475. DURANOĞLU, Yakup: *Soruşturma Evresinde Toplanan Delillerin Değerlendirilmesi ve Kamu Davasının Açılması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 6.

³ PRADEL, Jean: “Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISIC Kolokyumlarının Sentez Raporu”, (Çev.) DÖNMEZER, Sulhi: *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 1.

⁴ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 38-39.

⁵ SELÇUK, Sami: “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1013.

⁶ ÜNAL, Ertuğrul: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 85.

ruşturma evresinin gelişimi açısından büyük önem taşımaktadır⁷. Siyasi ve politik akımların etkisiyle savcılık ve dolayısıyla da soruşturma kurumu etkilenmiştir. Özellikle 19. yüzyıl ve sonrasındaki siyasi ve politik akımlar, insan haklarına verilen önem ve bu hakların uluslararası sözleşmelere konu edilmesi ile gelişen bilimsel yaklaşımlar soruşturma evresine de tesir etmiş⁸, soruşturma evresini yürüten kamu görevlilerinin nispeten yürütme erkinden oldukça bağımsız ve tarafsız bir konuma yaklaşmasına neden olmuştur.

Çalışmamızda, tarih öncesi dönemlerden başlamak üzere, ceza muhakemesi hukukunda soruşturma evresinin geçirdiği evrim ve bu evrimin Türk ceza muhakemesi hukukuna etkisi incelenmiştir.

I. CEZA MUHAKEMESİNDE SORUŞTURMA EVRESİNİ ŞEKİLLENDİREN SİSTEMLER

Soruşturma evresinin tarihi gelişimine değinmeden önce ceza muhakemesindeki sistemlere kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır, çünkü soruşturma evresinin incelenmesi, kabul edilen sistemin özelliklerine göre şekillenmektedir.

Bilindiği üzere ceza yargılamasına ilişkin sistemler; ülkenin hukuk tarihine ilişkin geçmişi, uygulanan ceza adaleti modeli çerçevesinde, ceza muhakemesi süjelerinin konumundan hareket ederek⁹ üçe ayrılmaktadır¹⁰. Bu sistemler; itham (“*adversarial*”), tahkik (“*inquisitorial*”) ve bu iki sistemin belirli bazı özelliklerini birlikte barındıran karma/işbirliği sistemidir.

Günümüzde, tarihsel süreç içinde yer bulmuş olan tahkik sisteminin tıpatıp aynısının uygulanabilirliği mümkün görülmemektedir. Ancak itham sistemi çeşitli değişim ve gelişmeler sergileyerek günümüzde de varlığını sürdürmektedir¹¹.

A. İtham Sistemi

Hemen hemen bütün toplumların tarihinde görülen sistem olduğu ifade edilen¹² itham sistemi “*ta-raf*”, “*hasım*” ya da “*hasımlı*” sistem olarak da adlandırılmaktadır¹³.

Şahsi davayı esas alan bu sistemde, devlet tarafından üstlenilen bir yükümlülük ve görev bulunmamakta; davacı, itham ettiği kişinin suçlu olduğunu ispatlamaya çalışmakta olup suçtan zarar gören (veya onun mirasçıları) ve sanık arasında ve tamamen eşit şartlarda yürüyen bir çelişme bulunmaktadır¹⁴. Anlaşılacağı üzere sistem, tarafların eşitliği ilkesine dayanmaktadır. Çünkü bu sistemin, eşitliğin ve diyalektik muhakemenin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından en etkili yöntem olduğuna inanılmaktaydı¹⁵. Bu anlamda ceza yargılaması, hukuk yargılaması gibi yürümekte ve hukuk yargılaması ile ceza yargılaması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Tamamen pasif durumdaki hâkim tarafsız bir konumdadır ve muhakeme, itham edilen ile itham eden arasındaki diyalog olarak sürer. Hâkim kendiliğinden delil araştırmamakta ve önüne gelen deliller ile bağlı olmaktadır. Özel bir itham mevcut olmadan devlet organlarının suça müdahale edememesi sonucunu doğuran bu sistemde, toplumun genelini ilgilendiren olaylarda üçüncü kişiler de dava açabilmektedir¹⁶. Orta Çağ’ın ilk yarısı

⁷ EREM, Faruk: *Ceza Usulü Hukuku*, 2. Baskı, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1968, s. 138.

⁸ WOHLERS, Wolfgang: *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, Duncker und Humblot, Berlin, 1994, s. 22-27.

⁹ BİRTEK, Fatih: *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 443.

¹⁰ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ceza Muhakemesi Hukuku), 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 142; FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 52.

¹¹ BİRTEK, s. 443.

¹² TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 40.

¹³ ARICAN, Mehmet: *Ceza Adaleti Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 551.

¹⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 142; “*İtham sisteminde, herkesin ceza uyumsuzluğunu mahkeme önüne götürebilme hak ve yetkisi bulunduğundan “itham serbestisi” söz konusu olup, bu sistemde iddia ‘ferdi’dir.*” BİRTEK, s. 445.

¹⁵ ÜNAL, s. 86.

¹⁶ ŞİK, Hüseyin: *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2018, 80.

sında ve özellikle Germen hukukunda geçerli olan bu sistemin en ayırt edici özelliği ithamsız muhakeme olamayacağı esasına dayanmasıdır¹⁷.

İtham sistemi, devletin iddia tekeli eline alması, bu tekeli savcılar eliyle kullanması ve bu şekilde savcının yargılamada etkin şekilde görev almasından önce uygulanmıştı. Günümüzde ise Kara Avrupası'nda uygulanan sistemin aksine, tahkik sisteminin re'sen araştırma ilkesi gibi bazı özelliklerini benimsenmesine rağmen, Anglo-Sakson hukuk sisteminde ve özellikle İngiltere'de itham sisteminin etkili olduğu bir ceza muhakemesi usulü uygulanmaktadır¹⁸. Bu sistemin temel ilkeleri; aleniyet, sözlülük, vasıtasızlık ve çelişme olarak ifade edilmektedir¹⁹. Liberal bir yapı arz etmekle birlikte, güçlünün güçsüz üzerinde nüfuz kullanması, tehdit ve yıldırma, suçtan zarar görenlerin muhakemeyi takip etmek istememeleri veya buna cesaret edememeleri, mali külfetler vb. gibi nedenlerle suçların cezasız kalması gibi bazı sorunlu yönleri bulunmaktadır. Kovuşturma sürecinin öncesinde bir soruşturma süreci yürütülmeden dava açılması nedeniyle henüz deliller toplanmadığından mahkemelerde yığılmalara sebebiyet vererek dava sürelerinin uzadığı görülmektedir²⁰.

B. Tahkik Sistemi

Orta Çağ'da otoriter devletler ortaya çıktıkça toplum yararı bireyin yararının önüne geçmeye başlamış ve özellikle Orta Çağ'ın ikinci yarısından itibaren kilise hukukunun da etkisiyle itham sistemi yerini tahkik sistemine bırakmıştır. Toplumların merkezi otoritelere bağlanarak devlet kavramının güçlenmesinin bir sonucu olarak ve kralın dolayısıyla da devletin kendini koruma güdüsüyle, suç takibi ve cezalandırma işlemleri devletin ve kralın görevi olarak kabul edilmeye başlamıştır²¹.

Engizisyon ("*Inquisition*") Muhakeme Sistemi adı verilen ve milattan önce 1. yüzyılda bir ceza muhakemesi sistemi olarak uygulanmaya başlanmış olan bu sistem; hâkimin, hem davacı (itham eden) hem de hüküm veren kişiyi ("*inquisitor*"), suçtan zarar görenin önemli bir tanık olduğu, sanığın ise soruşturmanın konusunu oluşturan kişi olduğu esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla sanık muhakeme süjesi değil, sadece soruşturmanın konusudur. Bu düşüncenin bir sonucu olarak sanık her türlü işkeneye müstahak görülmüştür²².

İmparatorluk Dönemi Roma hukukunda, özellikle Augustus Döneminde, devletin tahkikatta yer almasıyla birlikte kovuşturma ve soruşturmaya re'sen başlanması kavramı kendini göstermeye başlamıştır²³. Bu uygulamanın başlamasıyla, artık sivil bir şahsın ithamına gerek kalmaksızın kamu otoritesini temsil eden "*magistrate*" tarafından maddi gerçeğin araştırılmasına girişilecektir. Roma İmparatorluğu'nun Hıristiyanlığı kabul etmesi sonrasında ise tahkik sistemi teolojik temelde de yer bulmuş ve dinden dönenlerin yargılanması yetkisi papazlara verilerek kilisenin etkisi ceza muhakemesinde hissedilmeye başlamıştır. Ceza davalarında çok sayıda keyfi muamele ile cinayet iddia ve şikâyetleri üzerine, Kara Avrupası hukukunun ilk ceza ve ceza muhakemesi kanunu olma özelliği taşıyan ve kovuşturma mecburiyeti ilkesini barındıran "*Constitutio Criminalis Carolina*" adı verilen Kanun'un 1532 yılında Almanya'da yürürlüğe girmesiyle muhakemenin resmiliği ilkesi (tahkik sistemi) uzun süren bir gelenek şeklinde uygulanmıştır. *Constitutio Criminalis Carolina*, ceza muhakemesi açısından büyük bir gelişmenin sembolü olmuş ve kamusal iddia-

¹⁷ "Germen Hukukunda da muhakeme yalnızca suçtan zarar gören ve onun akrabaları tarafından açılacak bir dava ile başlamaktaydı. Franklar devrinde ise, suçları kovuşturma yetkisi devlete geçmeye başlamıştır. Bu devirde Rügeverfahren (Aleni Tevbih) adı verilen bir muhakeme uygulanmaya başlanmıştır. Muhakemeyi yapan mahkemenin yargı çevresi içinde bulunan yeminli kişiler, herhangi bir yoldan suç işlendiğini öğrenmeleri durumunda, aleni tevbih yoluna gitmeleri hususunda yükümlülük altına sokulmuşlardı. Bunların bu yola gitmeleri ile dava açılmış sayılıyor ve ceza muhakemesi başlamış oluyordu. Ancak Franklar devrinde suçların devlet tarafından kovuşturulması istisna olarak kalmıştır." Bkz. ÖZTÜRK, Bahri: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi No:17, Ankara, 1991, (Hazırlık Soruşturması), s. 16.

¹⁸ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 48, 49; ÜNAL, s. 85, 86; TANER, Fahri GÖKCEN: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 139.

¹⁹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 142, 143; KÖKSAL, Ayhan: "Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, Cilt 29, Sayı 1-2, s. 188-190; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 49; ÜNAL, s. 85.

²⁰ KÖKSAL, s. 188-200; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 143.

²¹ YURTCAN, Erdener: *CMK Şerhi*, Adalet Yayınları, İstanbul, 2006, s. 484.

²² ÖZTÜRK, *Hazırlık Soruşturması*, s. 17.

²³ ÜNAL, s. 91.

nın ön planda tutulduğu Kanun'a tahkik sistemi hâkim olmuştur. Daha sonraları 18. yüzyılda ihdas edilen 1751 tarihli “*Codex Maximilianeus Iuris Bavarici Criminalis*” ve Avusturya’da 1768’de ihdas edilen “*Constitution Criminalis Theresiana*”da da tahkik sisteminin hâkim olduğu gözlemlenmektedir²⁴.

Tarihi süreç içinde; itham sisteminden sonra uygulanan, toplum menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu iddia edilen, engizisyon kaynaklı bir yargılama sistemi olduğu gözlemlenen bu sistemde, itham sisteminin aksi olarak, tarafsız olmayan hâkim tüm yetkileri elinde toplamıştır. Bu sistemde hâkimin etkinliği de artmıştır. Ceza davasında savcı ve suçtan zarar gören yer almakla birlikte itham etmek görev ve yetkisi yine de hâkime aittir. Hâkim, aynı zamanda günümüzdeki savcı fonksiyonunu da yerine getirmektedir. Sanık, temel ceza muhakemesi güvencelerine sahip değildir. Hâkim, re’sen delil toplayarak ithamda bulunma, sorgulama ve karar vermek yetkisine sahiptir²⁵. “Aleniyet” ve “sözlülük”, yerini “gizlilik” ve “yazılılık” ilkelerine bırakmıştır²⁶. Devlet teşkilatının kurulduğu ve kuvvetlendiği dönemin sistemi; devletin yargıyı kendi haline bırakamayacağı ve karar aşamasına da müdahale edebilmesini amaçlayan, baskıcı ve devletin her alana hâkim olmaya çalıştığı otoriter yönetim yöntemini barındıran, liberal toplum özelliklerinden uzak olan bu sistemde uygulanan usul kuralları, modern muhakeme süreci ile örtüşmemektedir²⁷.

Herhangi bir güvenceye sahip olmayan sanık aleyhine haksız şekilde gelişen eşitsizlik ve kişisel hak ve özgürlüklerin zarar görmesine neden olması bu sistemin en büyük mahzuru olarak kendini göstermiştir.

C. İşbirliği Sistemi (Karma Sistem)

Aydınlanma Çağı’nda Montesquieu, Voltaire, Beccaria gibi düşünürlerin ve 1789 Fransız İhtilali sonrasında ferdiyetçi ve demokratik gelişmelerin etkisiyle bedeni cezaların yerini hürriyeti bağlayıcı cezalar ile para cezalarının almaya başladığı²⁸ dönemde, öncelikle infaz kurumlarında genel bir iyileştirilmeye gidilmiş; bazı kanunlar gözden geçirilmiştir. Ancak bu çalışmalar yeterli olmamıştır²⁹. Birey hak ve özgürlükleri ile birey merkezli düşüncelerin ortaya çıkması, ceza muhakemesi hukuku sistemlerini etkilemiştir. Bu etkileşimin doğal sonucu olarak itham ve tahkik sistemleri eleştirilmiş, sahip olunan hukuk kültürü de tamamen terk edilmeden ve iki sistemin kabul edilemez yönleri ayıklanarak³⁰ iyi yönlerinin sentezinden oluşan ve adına işbirliği (karma) sistemi denilen yeni sistem ortaya atılmıştır³¹.

Anılan dönem itibarıyla, büyük sakıncalar içeren ve dogmalara dayalı olan tahkik sisteminin zararlarından dönülmesi zarureti nedeniyle, tahkik sistemi yerine itham sistemi ile sözlülük ve aleniyet ilkeleri ceza muhakemesi hukukuna hâkim olmaya başlamıştır. Bu özellikler 19-22 Temmuz 1791 ve 19 Eylül 1791 tarihli Fransız ceza muhakemesi kanunlarında yer bulmuş ve 1808 Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu da savcılık müessesesine ve maslahata uygunluk ilkesine yer verilmiştir³².

²⁴ ÖZTÜRK, *Hazırlık Soruşturması*, s. 17.

²⁵ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 51, 52; ÖZEN, Mustafa: “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Sayı 3, (İddianamenin İadesi), s. 18.

²⁶ DEMİRBAŞ, Ali Timur: “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, Sayı 4, s. 83.

²⁷ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 144; Köksal, s. 188-200.

²⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 145.

²⁹ YILMAZ, s. 9; İÇEL, Kayıhan / SOKULLU AKINCI, Füsün / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Selami / ÜNVER, Yener: *Yaptırım Teorisi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 381 vd.; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 1997, s. 1 vd.

³⁰ ÜNAL, s. 95.

³¹ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 51, 52; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 145;

³² ÖZTÜRK, *Hazırlık Soruşturması*, s. 17 vd.

Soruşturmanın yapılması, iddianamenin düzenlenerek kamu davası açılmasının ve hüküm verilmesinin aynı kişi tarafından yapılmasının uygulamada yaşattığı olumsuz tecrübeler soruşturmayı yapan makam ile hükmü veren makamın ayrılmasını gerekli kılmış ve bu da ilk olarak Fransız İhtilali’nin doğrudan bir sonucu olarak Fransa’da ortaya çıkmıştır. Fransa’da 14. Yüzyıldan itibaren faaliyet gösteren “*procureurs*” olarak anılan avukatlar ceza muhakemesinde sivil bireylerin davalarını üstlenmekteydiler. 1302 yılında IV. Philipps’in emriyle bu avukatların bir kısmının sivil bireylerin davalarını üstlenmeleri yasaklanmış; bu avukatların krala bağlanmaları ve özel olarak gerçekleştirdikleri bu faaliyetlerini yalnızca kral için yapmaları emredilmiştir. Bundan sonra “*procureurs du roi*” olarak anılmışlardır. Daha sonra ise Fransız İhtilali’nin etkisiyle bu faaliyet özgü faaliyet olmaktan çıkarılmıştır. Böylelikle soruşturmayı gerçekleştiren, işlendiği iddia olunan fiillere ilişkin ceza talep eden ve verilen hükümleri uygulayan ve bunun yanısıra maslahata

Fransa'daki bu gelişmelerden Almanya'nın etkilenmesiyle 1848 ve 1861 Bayern, 1849 Prusya, 1864 Baden ve 1869 Württemberg ceza muhakemesi kanunlarında savcılık, itham sistemi, alenilik, sözlülük ve delillerin serbestçe değerlendirilebilmesi ilkeleri açıkça yer bulmuştur³³. Almanya'da kovuşturma mecburiyeti ilkesi tam olarak 1879 yılında yasal düzlemde yer almıştır³⁴.

İşbirliği sistemi, itham ve tahkik sistemlerinin olumlu yönlerinin bir araya gelmesiyle oluşan ve tez, antitez, sentez ilişkisini barındıran bir sistemdir. Soruşturma evresinin gizlilik ve yazınlık, kovuşturma evresinin ise aleniyet ve sözlülük özelliklerini barındırması nedeniyle, itham ve tahkik sistemlerinin bileşimi sonucu ortaya çıktığının en bariz delilidir³⁵. İddia ve yargılama makamını ayırması, masumiyet karinesini kabul etmesi ile yargının üç temel unsuru olan yargılama, iddia ve savunma makamlarını doğurmuştur³⁶. İddia, müdafaa ve yargılama süjelerinin belirgin bir şekilde birbirinden ayrıldığı bu sistemde "iddia" süjesi mutlaka bulundurulacaktır. Hâkim, hem hakem hem de sorgucu olup iddia ve savunma süjelerine gerekli söz hakkını da tanıyan bir konum işgal etmektedir. Bir süjenin diğer süjeden oldukça bariz bir şekilde ayrılması nedeniyle başarılı bir sistem olduğu söylenebilir. Özellikle iddia ve savunma makamları arasındaki "silahların eşitliği" ilkesi nedeniyle çelişme sağlanmakta; böylece taraflar arasında gerçekleşen tartışma, hâkimin katkısıyla, azami şekilde muhakeme sürecine katkı sunmaktadır. Hâkimin re'sen hareket ederek olaya el koymak ve olayı kamu davası haline getirmek imkânı mevcut değildir. İtham sisteminin aksine sadece iddia ve savunmaya göre karar vermek zorunda olmayan hâkim, tahkik sisteminin aksine, henüz önüne getirilmemiş bir suç nedeniyle kendiliğinden araştırma ve delil toplama hak ve yetkisini de haiz değildir³⁷. Davasız yargılama olmaz ilkesi tam da bu nedenle ortaya çıkmıştır³⁸.

İşbirliği sistemi -isminden de anlaşılacağı üzere- iddia, savunma ve yargılama makamları arasında işbirliğini içermekte; muhakeme süreci, bütün süjelerin katılımı ile işbirliği içinde yürütülmektedir.

II. SORUŞTURMA EVRESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ

A. Tarih Öncesi ve Roma Hukukuna Kadar Olan Dönem

Bilindiği üzere ceza muhakemesi hukuku, insanların toplu olarak yaşamaya başladığı tarihten itibaren uygulanmaya başlanmıştır³⁹. Henüz devlet denen erkin oluşmadığı insanlık tarihinin ilk dönemlerinde, suç denilen fiillerin kişilere karşı işlenmesi nedeniyle, suçu konu alan eylemin sadece muhatap bireyi ilgilendirdiği ve suç teşkil eden bu eylemden doğrudan doğruya mağdur olan kişinin hakkını ölç alma şeklinde tatmin edebileceği kabul edilmekteydi. Devlet erkinin olmadığı bu evrede "insana özgü" adalet ile teokratik kaynaklı olduğu düşünülen adaletin sıklıkla kesiştiği de dikkate değerdir⁴⁰.

Bu dönemlerde "kefaret anlayışına dayanan kısas, idam, dayak, uzuv kesme ve işkence gibi bedeni cezalandırma yöntemleri" uygulanmaktaydı. Bu ilk dönemde, henüz savcı ve savcılık teşkilatı bulunmadığından, itham sadece suçtan zarar görenler ya da onların bağlı olduğu gruplar, topluluklar, ya

uygunluk ilkesi temelinde faaliyet gösteren savcılık kurumu ortaya çıkmıştır. Bkz. KEYMAN, Selahattin: *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 61, 62; TOSUN, Öztekin: *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984, s. 568.

³³ "Maslahata uygunluk ilkesi bir ilke olarak ve bu isimde ilk olarak Avusturyalı hukukçu Glaser tarafından 1860 yılında kullanılmıştır" KEYMAN, s. 61-62; TOSUN, s. 568.

³⁴ ÖZTÜRK, *Hazırlık Soruşturması*, s. 18.

³⁵ Bu sistemde, soruşturma evresinde tahkik sisteminin, kovuşturma evresinde itham sisteminin özelliklerinin etkileri görülmektedir.

³⁶ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 51-52.

³⁷ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 51-52.

³⁸ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 72, 73; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 52; Ayrıntılı bilgi için bkz. DURANOĞLU, Yakup: "Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler [Kamu Davasının (Kovuşturmanın) Kamusalılığı, Davasız Muhakeme Olmaz, Kamu Davasında Mecburilik (Kovuşturma Mecburiyeti), Takdirlik (Maslahata Uygunluk) İlkeleri]", *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 2, Sayı 1, (Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler), s. 272-275.

³⁹ GÖKCEN, Ahmet: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 50.

⁴⁰ SELÇUK, s. 1016.

da aşiretler tarafından yerine getirilmiştir. Hâkimin uyuşmazlığı ele alıp çözmesi suçtan zarar görenin başvurusu ile mümkün olmuştur⁴¹. Toplum gelişip ilerledikçe ceza muhakemesi kuralları da gelişti ve - özellikle devlet kurumunun ortaya çıkması sayesinde- ceza muhakemesi kuralları devletin yetki ve görevi dâhilinde kabul edilmeye başlandı⁴².

Mevcut kaynaklardan, tarih öncesi dönemlere ilişkin ceza muhakemesi hukuku ve özellikle soruşturma evresine yönelik bilgi elde etmek imkânı kısıtlıdır⁴³.

Mezopotamya tarihinde, kralların çeşitli alanlarda kanun çıkardıkları, bunlardan en önemlilerinin; Sümerler'de, Urukagina⁴⁴ (MÖ 2351-2342), Ur-Nommi⁴⁵ (MÖ 2111-2094), Şulgi/Dungi⁴⁶ (MÖ 2095-2038), Asurlular'da Eşnunna⁴⁷ (MÖ 1950) kanunları olduğu ifade edilmektedir⁴⁸.

Gerek yukarıda sayılan kanunlarda, gerekse bu kanunlardan esinlenerek MÖ 1792 tarihinde çıkarıldığı Babil Kralı Hammurabi Kanunları'nda; daha çok suç ve cezalara yer verildiği, ispatla ilgili kuralların düzenlendiği⁴⁹, usul kuralları ve özellikle soruşturma yönetimiyle ilgili düzenleme bulunmadığı görülmektedir⁵⁰. Babil Krallığı'ndaki diğer bir yasal düzenleme de Ammi-Şaduqa Fermanı'dır. Bu düzenlemede de yine suç ve cezaya ilişkin hususlar mevcuttur. Gerek Hammurabi Kanunları gerekse Ammi-Şaduqa Fermanı'nın⁵¹ nitelik itibarıyla laik düzenlemeler içerdiği dikkate değerdir⁵².

Akad hukukunda, en önemli yasal düzenleme Kral Lepeşişar (Lipit-Isthar)⁵³ Kanunu (MÖ 1934-1924) olup Kanun, seçkin olanların tekelinde gizli tutulmuş ve suç ve cezada seçkin olan-seçkin olmayan ayrımı yapılmıştır. Ayrıca, suç ve cezanın şahsiliği ilkesi benimsenmeyerek ceza, suçu işleyenin bulunduğu grubun ya da ailenin bir üyesine de verilebilmektedir⁵⁴. Bu Kanun da Sümer dönemi kanunları gibi usul düzenlemeleri içermemektedir⁵⁵.

Hititler döneminde suç ve cezada insancillaşma olduğu, ölüm cezalarının çok azaldığı, ölüm cezası vermek yetkisinin sadece krallara ait olduğu, davaların makul sürede bitirilmesinin esas olduğu, yerel mahkemelerin kararlarını denetleyen "Panku (Pankuş)" kurumunun bulunduğu ve bu kurumun kararlarının kralları bile bağladığı⁵⁶ görülmektedir⁵⁷. Hitit hukukunun Roma hukukunu doğurduğu, İbrani hukukunu etkilediği dile getirilmektedir. Bu döneme ilişkin de soruşturma evresine yönelik

⁴¹ YURTCAN, *CMK Şerhi*, s. 484; ÖZEN, *İddianamenin İadesi*, s. 18.

⁴² DAGUIN, Fernand: *Haşiyeli Alman Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu*, Adalet Bakanlığı, Ankara, 1951, s. 4.

⁴³ KRAMER, Samuel Noah: *History Begins at Sumer*. 3. Baskı, University of Pennsylvania Press, 1988, s. 52-55.

⁴⁴ FINEGAN, Jack: *Archaeological History of the Ancient Middle East*, Routledge, New York, 1979, s. 46.

⁴⁵ Ur-Namma, Ur-Engur, Ur-Gur, Ur Nammu isimleri ile de anılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. FRAYNE, Douglas R.: Ur III Period (2112-2004 BC) (The Royal Inscriptions of Mesopotamia), 2015, s. 489; ROTH, Martha Tobi: *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, (Writings from the Ancient World, Band 6), Society of Biblical Literature, 2. Baskı, Atlanta-Georgia, 1995, s. 13; KRAMER, Samuel Noah: "Ur-Nammu Law Code", *Orientalia Nova Series*, 1954, Cilt 23, Sayı 1, s. 40-51.

⁴⁶ POTTS, D. T.: *The Archaeology of Elam*, Cambridge University Press, 1999, s. 132.

⁴⁷ ROTH, s. 57.

⁴⁸ OKANDAN, Recai Galip: *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951, s. 114, 115; CIVIL, Miguel: "New Sumerian Law Fragments", *The Oriental Institute of the University of Chicago Assyriological Studies*, 1965, No: 16, s. 4.

⁴⁹ TUTKAOĞLU Uğur Can: "Babil Hukukunda Awilum, Muşkēnum ve Wardum". *OANNES*, 2020, Cilt 2, Sayı 2, s. 214; ROTH, s. 71.

⁵⁰ SELÇUK, s. 1028; BOTTERO, Jean: *Mesopotamia: Writing, Reasoning, and the Gods*, (Çev.) BAHRANI, Zainab / VAN DE MIEROOP, Marc, University of Chicago Press, Chicago, 1992, s. 171, 172, ROTH, s. 143 vd.

⁵¹ FINKELSTEIN, J. J.: "Ammişaduqa's Edict and the Babylonian "Law Codes"", *Journal of Cuneiform Studies*. Cilt 15, Sayı 3, 1961, s. 91-104, s. 95.

⁵² Asurlularda da ceza hukuku benzer şekilde uygulanmaktaydı. SELÇUK, s. 1030; ROTH, s. 153.

⁵³ COURT, James R.: *Codex Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, 1995, s. 122; ROTH, s. 23.

⁵⁴ SELÇUK, s. 1028.

⁵⁵ GURNEY, O. R. / KRAMER, Samuel Noah: "Two Fragments of Sumerian Laws", *The Oriental Institute of the University of Chicago Assyriological Studies*, 1965, No: 16, s. 13-21.

⁵⁶ Panku'nun kralın üstünde ve bağımsız bir kurum olduğu yönünde yorumlamakla beraber, buna yönelik net bir delil bulunmamaktadır. Bkz. BECKMAN, G.: "The Hittite Assembly", *JAOS*, 1982, Sayı 102, s. 435-442, s. 435.

⁵⁷ BRANDAU B., SCHICKERT H.: *Hititler. Bilinmeyen Bir Dünya İmparatorluğu*, (Çev.) MERTOĞLU, Nazife, Arkadaş Yayınları, Ankara, 2003, s. 278.

yeterli veri bulunmamaktadır. İslam öncesi Mısır Arap ve İran hukuku ile eski Hint, Çin ve Japon hukukunun yukarıda belirtilen medeniyetlerle benzer özellikler gösterdiği vurgulanmaktadır⁵⁸.

B. Roma ve Kadim Yunan Hukuku Dönemi

Roma hukukundaki duruma geçmeden önce Eski Yunan hukuku incelendiğinde, Yunan hukukundaki soruşturma usulünün Roma hukuku ile çok benzer olduğu görülecektir. Her iki hukuk türünde de ceza davalarının yetkili muhakeme mercii önüne özel kişiler tarafından (mağdur, suçtan zarar gören, bunların yakınları, suç siteye karşı işlenmiş ise herhangi bir vatandaş) getirildiği, muhakeme mercilerinin re'sen muhakeme sürecini başlatamadıkları görülmektedir. Yunan hukukunda suçüstü hali durumunda bile hâkim doğrudan bir işlem yapamamaktaydı. Atina sitesinde bir tür ceza mahkemesi olan *Aeropaj*'ın (*aeropagita*⁵⁹) ceza davalarına bakabilmesi için öncelikle suçtan zarar gören, yakınları ya da herhangi bir vatandaş sitenin yöneticisi olan *Arhont*'a⁶⁰ (*arkon-archon*) müracaatı gerekirdi. *Arhont*, üç ay sürecek olan ve birer ay arayla yapacağı tahkikat sonucunu *Aeropaj*'a iletmekteydi⁶¹. Yunan hukukundaki bu uygulama, soruşturmanın, bizzat siyasi iktidarı elinde bulunduran kişi tarafından, yani devlet eliyle, yürütüldüğünü göstermektedir.

Romalıların uygarlığa en büyük katkılarından biri hukuk alanında kazandırdıkları değerlerdir. MÖ 5. yüzyıla dayanan On İki Levha Kanunları (*Leges Duodecim Tabularum - Law of the Twelve Tables*), yurttaşlar arasında eşitlik ilkesini getirmiştir⁶². Roma hukuku döneminde, ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde kısıtlı bazı uygulamalar dışında, günümüz ceza muhakemesi hukukuna benzeyen ve ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde bir düzenleme ya da uygulama bulunmamaktaydı. Ceza muhakemesine ilişkin yargılamalar, özel hukuk yargılamasına ilişkin kurallara göre uygulanmıştır. Özel hukuk davalarında müddei iddialarını ispat yükümlülüğü altında olduğundan, iddiasını ispat için elinde bulunan delilleri yargılama makamlarına sunardı. Davalı da kendisini savunmak üzere karşı delillerini ileri sürerdi. Bu usulde delillerin özellikle yazılı olanları ile resmî olanlarına önem verilirdi⁶³. Bu nedenle ceza muhakemesi esnasında da aynı usul uygulanmaktaydı.

Ceza yargılamasında, hukuk yargılamasından ayrıkı olarak, yapılması ve söylenmesi zorunlu olan ve ritüel şeklinde gerçekleşen kurallar bulunmamaktaydı⁶⁴. Buna rağmen İmparatorluk Dönemi'nde, şahsi dava şeklinde başlayan itham usulünün yanında tahkik sistemine doğru kayan ve hâkimler tarafından re'sen başlatılan davalar görülmeye başlamıştır⁶⁵.

Roma hukukuna göre suç hukuku, eylemin sonucuna göre sınıflandırılmaktaydı. "*crimonia publica*" ya da "*delictum publicum*" ismi verilen suçlar topluma, "*delictum privatum*" ismi verilen suçlar ise kişilere karşı işlenen suçlar olarak tasnif edilmişti⁶⁶. Örnek olarak yağma, hakaret, hırsızlık gibi suçlar özel hukuka ilişkin kabul edilmekte ve şahsi dava yoluyla takip edilmekteydi⁶⁷. Kovuşturulması ve

⁵⁸ SELÇUK, s. 1032-1039.

⁵⁹ Tarafsız, adil, yargıç anlamındadır (<https://dle.rae.es/areopagita>, E.T. 20.10.2021).

⁶⁰ Hükümdar veya şef anlamına gelen Yunanca bir kelimedir. Antik Yunanistan'ın bazı eyaletlerinde en yüksek memura Archon denirdi. Bkz. MITCHELL, John Malcolm: "Archon", (Ed.) HUGH, Chisholm: *Encyclopædia Britannica*, Cilt 2, 11. Baskı, Cambridge University Press. 1911, s. 444-445.

⁶¹ OKANDAN, Recai G.: "Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adli Teşkilat ve Muhakeme Usulü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, Cilt 17, Sayı 3-4, s. 808-814.

⁶² JOLOWICZ, H. F.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1952, s. 108; Selçuk, s. 1049.

⁶³ OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 551-552; Bkz. YAVUZER, M. Salih: *İslam Yargılama Usulünde Deliller ve Takdiri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1985, 49.

⁶⁴ ARSAL, Sadri Maksudi: *Umumi Hukuk Tarihi*, 3. Baskı, Matbaacılık Yayınları, İstanbul, 1948, s. 278.

⁶⁵ YILDIZ, Ali Kemal: *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 16.

⁶⁶ HAUSMANINGER, Herbert / SELB, Walter: *Römisches Privatrecht*, 9. Auflage, Böhleau Verlag, Wien, 2001, s. 276; OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 461; WILINSKI, A.: "Roma Hukuk ve Ceza Hukukuna Bir Kuşbakışı", (Çev.) ERDOĞMUŞ, Belgin: *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1983, Cilt 1, Sayı 1, s. 329.

⁶⁷ İÇEL, Kayıhan: *Suçların İctimai (Genel Bilgiler-Fikri İctima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İctima)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1762, İstanbul, 1972, s. 42.

cezalandırılmasında yarar bulunan ve az sayıdaki adam öldürme, vatana ihanet ve dinsel suçlar gibi bazı suçlar ise kamusal suçlar arasında sayılmaktaydı⁶⁸.

Bu ayırım, izlenecek usul yöntemindeki değişiklik olarak kendini göstermekteydi. Kişiyeye karşı işlenen suçlar hakkında mağdur, suçtan zarar gören ya da bunların yakınları ceza muhakemesi sürecini başlatmak üzere dava açabiliyorlardı. Bu özelliği nedeniyle, kişilere karşı işlenen suçlar açısından açılacak dava özel hukuk davası olarak kabul edilmekte ve özel hukuk kuralları uygulanmaktaydı⁶⁹.

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına yaklaşırken, kamu hukukuna karşı işlenmiş suçların takibatını yapmak üzere yeni kurumlar ihdas edilmiştir. Bu kurumlar İmparatorluk Dönemi'nde gelişerek yeterli olgunluğa kavuşmuştur. Kamuyu ilgilendiren suçların takibi ve yargılaması için her vatandaşın kamu davasını başlatabilmek hakkı kabul edilmişti⁷⁰. “*Accusatio (Excusatio)*” adı verilen bu usule göre, belli yeterlikte ve koşulda bulunan her vatandaş, kamuyu ve devleti temsilen itham eden kişi yetkisini haizdi. Bir kişiyi itham eden vatandaş, “*magistrat (magistrate)*”⁷¹ya müracaat ederek yargılama sürecinin başlatılmasını talep edebilirdi. *Magistrat*, kendisine gelen müracaatı değerlendirerek, itham sahibinin gereken ehliyete sahip olup olmadığına karar vererek kararını itham eden kişiye bildirir, müteakiben *Magistrat* sanığı duruşmaya çağırarak sorgular. İtiraf söz konusu olduğunda dava biter, itiraf olmazsa ve suçlama reddedilirse kovuşturma yapılabilmesi için sanık yetkili mahkemeye sevk edilirdi⁷².

İtham eden kişinin görevi, sanığın mahkemeye teslim edilmesiyle son bulmayarak sanığın suçluluğunu ispata kadar devam ederdi. Bu aşamada itham eden kişinin günümüzdeki savcı gibi bir rolü bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁷³.

Accusatio adı verilen bu usulde, hem haksız itham vasıtasıyla hakkın kötüye kullanılmasını önlemek hem de suç işleyenlerin yakalanmasını kolaylaştırmak üzere vatandaşların katkısını sağlamak amacıyla bazı kanuni düzenlemeler de yapılmıştır. Örnek olarak kötü niyetle suç isnadı sabit görüldüğü halde suç isnat edenin cezalandırılması, ithamın mahkûmiyetle sonuçlanması halinde de suç isnat edenin ödüllendirilmesi sağlanmıştır⁷⁴.

İmparatorluk Dönemi'nde, tahkik sisteminin esas alınması nedeniyle soruşturma yapmak ve delil toplamak görevi imparatora ya da onun atadığı görevlilere verilmişti⁷⁵. Bu dönemde; “*censeur-censor* (suç işlendiğinde araştırma yapmak ve suçu ihbar etmekle görevli kişi)⁷⁶”, “*defenseur* (soruşturmaya başlatarak delil toplamak ve suç işleyen kişileri mahkeme önüne çıkarmakla görevli kişi)”, “*irenarque* (polis yetkilerine sahip olan ve kamu düzeninin sağlanıp korunmasından sorumlu kişi)”, “*questeur* (savcının soruşturma yaparken sahip olduğu yetkileri kullanan kişi)” ve “*avocat de fisc* (bir nevi hazine avukatı olup savcılarının idari görevlerine benzer şekilde görevleri yerine getiren kişi)” olmak üzere beş kurumdan her biri savcılara ait görev ve yetkilerden bazılarını üstlenmişlerdir⁷⁷. *Defenseur*'lar ise memurlardı. Bu memurların görevi yargılama makamına başvurmakla sona ererdi. Roma hukukunda, savcı ve suç kolluğu memurlarının ilk şekli olan *irenarquelar* ise polis yetkilerine sahip ve dar anlamda kamu düzeninin idamesinden sorumluyken *questeur*lar, savcılarının soruşturmada sahip oldukları yetkilerle donatılmış kişilerdi.

⁶⁸ YILDIZ, s. 15.

⁶⁹ ARSAL, s. 288; OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 462.

⁷⁰ OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 463.

⁷¹ İmparatorluk yetkileriyle donatılmış olan *Magistrat* 40-70 kişiden oluşan jürili mahkemenin başkanı olup oy hakkı bulunmamakta, duruşmaları idare ederek kararı sanığa tefhim etmekteydi. *Magistrat*'ın dava açılmasına izin veren kişi olan olması nedeniyle oy hakkının bulunmadığı değerlendirilmektedir. Bkz. WILINSKI, s. 331.

⁷² BARRY, Nicholas: *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, 1975, s. 4, 18; YILDIZ, s. 16; OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 463.

⁷³ OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 281, 558, 560; YILDIZ, s. 16.

⁷⁴ OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 560.

⁷⁵ DEMİRBAŞ, s. 11; YILDIZ, s. 19.

⁷⁶ SUOLAHTI, J.: *The Roman Censors: A Study on Social Structure*, Suomalainen Tiedeakatemia, Helsinki, 1963, s. 248.

⁷⁷ GÜNEŞ, Umut: “Savcılığın Tarihsel Gelişimi”, *Adalet Dergisi*, 2008, Sayı 30, s. 234.

Görüleceği üzere Roma hukukunda Cumhuriyet Dönemi'nde, tam anlamıyla bir soruşturma evresinden bahsedebilmek mümkün değildir, çünkü ceza muhakemesi işlemi, yetkili merci önünde veya yetkili mercie yapılan itham ile başlamaktadır. Aslında günümüzdeki anlamıyla yapılan bir soruşturma bulunmakta ve adeta doğrudan kovuşturma evresi başlamaktadır. Her ne kadar *accusatio* adı verilen bu usulde, itham için bir izin söz konusu ise de bu usul işlemi itham eden vatandaşın ehil olup olmadığına yönelik olduğundan ve itham edenin gereken ehliyete sahip olmaması halinde *accusatio* adı verilen usulün sonlanması nedeniyle, bu sürecin soruşturma olarak adlandırılabilmesi de mümkün görülmemektedir.

İmparatorluk Dönemi'nde, suç işlendiği şüphesi üzerine imparatorun ya da onun görevlendirdiği kişilerin soruşturma yapması mümkün ise de bu dönemde uygulanan sistemin tahkik sistemi olması ve soruşturma ile kovuşturmanın birleşik olması nedeniyle tam bir soruşturma evresinin bulunduğu söylemek mümkün değildir.

C. Müşterek Hukuk Dönemi ve Aydınlanma Dönemi

Roma hukukunu takip eden Orta Çağ'da Roma hukukuna benzer bir uygulama devam etmekteydi. Bu dönemde, günümüzdeki şekliyle medeni usul hukuku-ceza usul hukuku ayrımı yoktu. İtham sisteminin hüküm sürdüğü ilk dönemlerde muhakeme aleni ve sözlü olarak yapılmaktaydı. 13. yüzyıldan itibaren itham sistemi yerini zamanla tahkik sistemine bırakmıştır⁷⁸.

Germen hukukunda da benzer şekilde medeni usul hukuku-ceza usul hukuku ayrımı yapılmamıştır⁷⁹. Şahsi dava usulü olarak kişiler tarafından başlatılan kovuşturmalar devlet tarafından ve aleni tevbih mahkemesi adı verilen mahkemelerde yürütülürdü⁸⁰. Germen hukuku iki yönden Roma hukukundan ayrılmaktadır. Bu farklar, Germen hukukunda ceza örgütlenmesinde bireyselliğin önemsenmesi ve suçun ağırlığının tespitinde failin kastına değil meydana gelen sonuca odaklanılmasıdır. Bu iki temel farklılık Orta Çağ'ın sonlarına kadar sürmüştür⁸¹.

Tanrının haklı olana yardım edeceğine inanılan ve Hıristiyanlığın etkin olduğu Frank Dönemi'nde, medeni usul hukuku-ceza usul hukuku ayrımı konusunda önceki devirlere nazaran önemli bir farklılık bulunmamaktaydı. Ancak krallıkların güçlenmesiyle beraber mahkemelerin oluşturulmasında bazı değişiklikler yapılmıştır⁸².

Hem ceza hem de usul kuralları içeren, işkence ve keyfiliğe bir tepki olarak çıkarılan ve temel olarak usul kanunu niteliğindeki 1532 tarihli *Constitutio Criminalis Carolina* döneminde ispat yükünün davacıya devredilmeye başlaması, kovuşturmanın başlatılmasının şahsi davacı veya resmi davacı tarafından sağlanması nedeniyle, soruşturma evresinin yasal temele dayandığı söylenebilir⁸³.

Müşterek Hukuk Dönemi, *Constitutio Criminalis Carolina*'nın üzerine inşa edilmiştir. Engizisyon ön plandadır. Buraya kadar olan süreçte, dönemler arasında çok ciddi farklar olmadığı gibi Roma hukukundan sonra özgürlükler anlamında ciddi bir geriye gidişin söz konusu olduğu görülmektedir⁸⁴.

Aydınlanma Dönemi'nde, doğal hukuk teorisine dayanılmış ve ceza yargılamasında laiklik, rasyonelleşme ve insancillaşma sağlanmaya çalışılmıştır⁸⁵.

⁷⁸ YILDIZ, s. 22.

⁷⁹ ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 52.

⁸⁰ GÖKCEN, s. 55.

⁸¹ SELÇUK, s. 1053.

⁸² "Mahkeme bir kantonun başkanlığında toplanmakta ve sabit üyeli halk meclislerinden oluşmaktaydı. İspat muhakemesi mahkeme tarafında yapıldığından mahkeme, önceki dönemlerde görülen pasif konumundan aktif konuma geçmiştir. Devletin güçlenmesi nedeniyle bu dönemde kamu davası ortaya çıkmış kamusal yoldan kovuşturmanın ilk adımları atılmıştır. Böyle olmakla birlikte mahkeme henüz tam bir delil serbestiyetini haiz değildir." Bkz. YILDIZ, s. 26-28.

⁸³ YILDIZ, s. 28-34.

⁸⁴ YILDIZ, s. 34-35.

⁸⁵ DAGUIN, s. 21.

Günümüzdeki anlamıyla soruşturma evresinin kovuşturmadan bağımsız ve ayrı bir evre teşkili altında savcılık kurumunun ortaya çıkması ile paralel bir görünüm arz etmektedir.

Savcılığın, tarihsel kaynağını Fransız hukukundan alan bir kurum olduğu, böyle olmasına rağmen, savcılığın ilk örneklerine Roma hukukunda rastlandığını savunan görüşlere de tesadüf edilmektedir. Roma Dönemi'ne ilişkin olarak özellikle İmparatorluk Dönemi'ndeki soruşturma işlemlerinin bir kısmını yapmakla görevlendirilen kişilere yukarıda değinilmiştir. Ancak genel geçer nitelikteki klâsik görüş itibarıyla savcılığın, dolayısıyla da soruşturma evresinin 14. yüzyıl başlarında Fransa'da doğduğu söylenebilir. Bununla beraber doğuşundan itibaren modern anlamda bir savcılık kurumu olduğunu söyleyebilmek de mümkün değildir. Nitekim bugünkü şekliyle ve gerçek anlamında savcılık teşkilatı, 1789 tarihli Fransız İhtilali'nden sonra ve özellikle 1808 tarihli Napolyon Ceza Usul Kanunu ile yasal zeminde ilk kez yer bulmuş, 1810 Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu ile (*Code d'instruction criminelle*) yerini pekiştirerek uzun bir gelişme sürecinden sonra bugünkü halini almıştır⁸⁶.

İngilizler, 1879 tarihinde *Prosecution of Offence Act* isimli Kanun ile *Director of Public Prosecutions* adıyla savcılık teşkilatını kurmuşlardır. Almanya'da 1877 tarihli karar ile yürürlüğe giren Ceza Yargılama Usulü Kanunu ile Fransız örneğine uygun olarak ancak İngiliz sisteminden de etkilenen savcılık teşkilatı kurulmuştur⁸⁷.

Fransız örneği ile 19. yüzyıldaki politik akımlar ve bilimsel anlayışın etkisiyle, savcılık ve dolayısıyla soruşturma önem kazanmış; siyasi ve politik kaygılar soruşturma evresinin ve bu evreyi yürütecek olan savcılığın ortaya çıkışını ve gelişimini etkileyerek savcıların yetkileri dönem dönem artırılıp savcılar ve soruşturma üzerindeki baskı ve müdahale önlenerek soruşturmanın selameti temin edilmeye çalışılmıştır.

D. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Gelişimi

1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

a. İslam Hukuku Öncesi Türk Medeniyetleri Dönemi

Eski Türk Devletlerinin ceza muhakemesi hukuku ile ilgili elimizde yeterli bilgi bulunmamakla birlikte⁸⁸, bilinen Türk tarihi itibarıyla ilk Türk devletlerinden itibaren cezalandırma yetkisinin devlete ait olduğu, şahıslara ait *ihkak-ı hak* yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır⁸⁹. Ancak Göktürk Devleti'nde, suç ve cezanın şahsiliği ilkesinden ayrılarak bazı cezaların suçu işleyene değil, onun yakınına uygulandığı görülmektedir⁹⁰. Göktürklerde, ceza hukuku kamu hukuku dalı halini almıştır. Suç ihdası ve cezalandırma yetkisi devlete ait olan bir yetki olarak kabul edilmiştir⁹¹. Eldeki kaynaklar itibarıyla, eski Türk devletlerindeki suç ve ceza hukukuna ilişkin veriler bulunmakla birlikte soruşturma evresine ilişkin yeterli veri bulunmamaktadır.

b. İslam Hukuku Dönemi

İslam devlet sisteminde yargı, en önemli devlet fonksiyonu olarak kabul edilmektedir. Nitekim İslamiyet'in henüz başlarında, Medine'nin bir şehir devleti olduğu dönemlerde bile Hz. Peygamber'in

⁸⁶ KEYMAN, s. 57-60; YURTCAN, s. 140; ZAFER, Hamide: "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", (Ed.) CENTEL, Nur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 3.

⁸⁷ "İngiltere'de savcılıklar, mahkemenin değil polislin yanındadır. Soruşturma ve iddia faaliyetleri birbiriyle yakın ilişki içindedir, mekân itibariyle de birbirlerine yakın olması gerektiği kabul edilmiştir." Bkz. GÜLTEKİN, Özkan: *İddianame ve İddianamenin İadesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 42-43.

⁸⁸ İslam'ın kabulü öncesinde Türklerin uyguladığı hukuk düzeni konusundaki önemli kaynaklar Moğol ve Çin kaynaklarıdır. Ayrıca arkeolojik, etnografik ve epigrafik keşif ve araştırmalar, töre ve dil incelemeleri önemli bilgiler sunmaktadır. ÜÇÖK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 22.

⁸⁹ AYDIN, M. Akif: *Türk Hukuk Tarihi*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 16.

⁹⁰ ÜÇÖK / MUMCU / BOZKURT, s. 30.

⁹¹ SELÇUK, s. 1042.

sadece Müslümanlar arasındaki değil, diğer grupların yaşadığı ihtilafları için de nihai yargılama mercii olduğu kabul edilmektedir. Bu anlayışın devamı olarak halifeler, İslam hukukunda baş kadı olarak kabul edilegelmiştir. Nitekim Hz. Ömer'in, Türk hukuk tarihinde hükümdar sıfatıyla Selçuklu Sultanı I. Gıyaseddin Keyhüsrev'in, Osmanlı'da ise Yıldırım Bayezid'in yargı divanları kurarak birtakım yargılama faaliyetleri icra ettikleri; hatta Hz. Ömer'in, talep üzerine, kadıların vermiş olduğu bazı kararları tekrar gözden geçirdiği görülmektedir⁹². İslam coğrafyasının genişlemesi üzerine çeşitli yerlere kadıların atandığı bilinmektedir⁹³.

Cumhuriyet öncesi dönemde İslam hukuku kuralları uygulandığından, yargılama görevi *farz-ı kifaye* kabul edilerek gerek ceza gerekse özel hukuka ilişkin ihtilafları yargılama görevi medrese mezunu kadılar marifetiyle yürütülmekteydi⁹⁴. Osmanlı Devleti'nde ancak Tanzimat Dönemi'nde batı tarzı uygulamalar yürürlüğe girmeye başlamıştır⁹⁵.

Osmanlı Devleti, yeni bir hukuk sistemi yerine daha önce Türk-İslam devletlerinde uygulanan hukuki yapıyı devam ettirmişlerdir. Osmanlı Devleti'nin kurucuları, Roma hukuku örneğindeki gibi bir hukuki yapı kurmak yerine zaten var olan kültürel mirası devam ettirerek Abbasi Devleti, Büyük Selçuklu Devleti ve Anadolu Selçuklu Devleti'nin İslam hukuku temelli geleneğini sürdürmüşlerdir⁹⁶.

İslâm hukukunda, günümüz anlamındaki savcının görevini yerine getiren bir memura rastlanmaktadır⁹⁷. Temel olarak İslam hukukunda hakların korunması ve suçların soruşturulma yetkisi esas itibarıyla sultan ve vekillerine ait görüldüğünden, adliye teşkilatı içinde sultan veya vekili adına dava açabilen bir savcılık kurumuna ihtiyaç duyulmamıştır⁹⁸. Sadece kadı tarafından verilen hükümleri infaz etmekle görevli memur bulunmaktadır. Suç işleyenleri bulup yakalamak, bunları mahkemeye sevk etmek ve mahkemece verilen kararları infaz etmekle görevli çavuşbaşı, asesbaşı ve subaşı⁹⁹ adı verilen bu görevliler bir nevi infaz savcısı gibi görev ifa etmektedir¹⁰⁰.

İslâm ceza hukukunda itham sistemi geçerli olduğundan, günümüzdeki anlamıyla soruşturma yapmaya yetkili bir kurum mevcut değildi. Çavuşbaşı, asesbaşı ve subaşılar suç faillerinin takibi, yakalanması, mahkemeye sevk ve cezaların infazı gibi görevler yürütürken "muhtız" adı verilen görevliler mübaşirliği, kâtiplik ve kolluk faaliyetlerinin yanı sıra savcının özellikle infaza yönelik bazı görevlerini yerine getirmekteydiler¹⁰¹.

⁹² AYDIN, s. 117-118.

⁹³ ÜÇÖK / MUMCU / BOZKURT, s. 93.

⁹⁴ GÖKCEN, s. 52.

⁹⁵ ÖZDEMİR, Şükrü: "Hukukçu Eğitimi", *Ankara Barosu Dergisi*, 1992, Sayı 2, Ankara, s. 167.

⁹⁶ YÜRÜK, Hüseyin: "Osmanlı Devletinde Adalet Sistemi ve Teşkilatı İçinde Bir Örnek Şahsiyet Adliye Nazırı Abdurrahman Nureddin Paşa", *Adalet Dergisi*, 2020, Sayı 65, s. 635.

⁹⁷ KEYMAN, s. 62; YURTCAN, s. 188.

⁹⁸ ÜÇÖK, Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu, s. 35, 36; GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul, 2020, s. 50; SOYASLAN, s. 186.

⁹⁹ Çavuşbaşı ilamların icrası, kesinleşen bedeni cezaların infazı, suçlunun mahkemeye sevk ile görevli memur; subaşı ise savcılık makamının bulunmadığı dönemlerde savcılık görevini yerine getiren, kamu düzenini ihlal eden kişilerin şikâyete bakılmaksızın kadı önüne çıkarılmasını sağlayan görevli olarak tanımlanabilir. Bkz. YURTCAN, s. 79-80.

¹⁰⁰ KEYMAN, s. 63.

¹⁰¹ Asesbaşı, Yeniçeri Ocağı içerisinde görevli olup idamları yerine getiren, merasimlerde güvenlik tedbiri alan kişidir. Ayrıca şehirlerin gece güvenliğinden sorumlu olup yakaladıkları şüpheli kişileri ya kendileri cezalandırır ya da kadıya götürürlerdi. Şer'îye sicillerinde; aseslerin geceleri hırsızlık, sarhoşluk, zina suçlarını işleyenleri kadı huzuruna çıkardıkları ve durumlarını tespit ettirdikleri, belirtilmektedir. Asesler geceleri, subaşılar ise gündüzleri adeta bir nöbet düzeni içinde kolluk görevi ifade etmişlerdir. Bkz. YURTCAN, s. 79; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 39; DEMİR, Abdullah: *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi*, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2010, s. 38.

"Mahkemelerde davalı ve davacıyı mahkeme huzuruna celbeden görevli, yüksek rütbeli bir yeniçeri kumandanının unvanıdır. Sözlükte "huzura getiren, hazır bulunduran" anlamına gelir. Klasik İslâm hukuku kaynaklarında davalı ve davacıyı mahkemeye sevkeden memur için *a'vân ve müşîş kelimeleri de kullanılmıştır... Muhtızın zor kullanma yetkisi yoksa da bazı durumlarda kadının talebiyle yanına asker alabilirdi. Muhakeme sırasında mahkemedeki aşayışın temini de muhtızın görevlerindendi."* Bkz. AHISKALI, Recep: *Muhtız*, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt 31, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006, s. 85; ÖZKORKUT, Nevin Ü.: "Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 53, Sayı 4, s. 148; YURTCAN, s. 79.

İslam hukukunda, kişilere karşı işlenen suçlar dışında kamuoyunu ilgilendiren suçların takibi de yine sultanın görevleri arasında bulunmaktaydı. Kovuşturmada, kamu yararının ve delillerin yeterliliğinin takdiri sultanın yetkisindeydi. Sultan, kamu hukukunun takipçisi olup iddia ve cezalandırma konusunda tam bir yetkiye sahipti¹⁰² ve bu yetkisini kadılar vasıtasıyla kullandığından, İslâm hukukunun uygulandığı mahkemeler sadece kadıdan teşekkül etmekteydi¹⁰³. Bunun yanında kadının danışmanlığını yapan bilirkişi benzeri görevliler de bulunmaktaydı. Bu hukuk sisteminde kamu davası olarak bildiğimiz sistem bulunmayıp özel kişiyi ilgilendiren suçlarda dava açılması tamamen özel hukuka giren bir husus olarak kabul edilmiş, dava açmak veya açmamak ihtiyarı mağdura veya veresesine bırakılmıştı. Yani “*sorun Hakkı Ademi’ye giriyorsa suçtan zarar gören veya bir yakınının, Hakkı Allah’a giriyorsa herhangi bir müsliminin yakınması*”¹⁰⁴ aranmaktaydı. Sadece mağdurun veresesine bulunmadığında, yine İslam hukukunun bir gereği olarak mirasçılık devlete geçtiğinden, takibat devlet tarafından yapılmaktaydı¹⁰⁵.

Allah’ın hakkına karşı işlenen suçlar (had suçları) açısından ise kadı kendiliğinden dava açabileceği gibi, her Müslüman da şikâyetçi olarak dava açabilmek hakkına sahip olduğundan İslâm hukukunun uygulandığı dönemlerde kamu adına ceza davasını açıp takip edecek bir memurun varlığına ihtiyaç duyulmamıştır¹⁰⁶.

Hakk-ı âdemi olarak nitelendirilen ve kişilere karşı işlenen suçlarda, mağdur veya mirasçılarının şikâyeti üzerine soruşturma yapılmaktaydı. Ancak kadının, kişilere karşı işlenen suçlarda re’sen harekete geçerek soruşturma ve cezalandırma yetkisi bulunmamaktaydı. Kadı’nın davaya bakabilmesi için suçlunun kadı önüne getirilmesi ve iddiaya ilişkin delillerin de gösterilmesi gerekmektedir¹⁰⁷.

İslam hukukunda kanuni ispat sistemi geçerli olduğundan belli suçların belli delillerle ispatlanabileceği, delil getirme görevinin davacıya yani mağdura ve şikâyetçiye ait olduğu kabul edilirdi. İslam ceza muhakemesi hukukunda, asloian kişinin masumiyeti olduğundan sanığın suçsuzluğunu ispat etmesi ve karşı delil getirmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktaydı. Yani ispat külfeti davacıya bırakılmıştı¹⁰⁸. Ancak bu kural davalı durumundaki sanığın karşı delil öne sürebilmesine engel değildi. Kadı öne sürülen delillerle bağlı olduğundan delil toplama yükümlülüğü bulunmamaktaydı¹⁰⁹. Tanık beyanı en önemli delil olarak kabul edilmekteydi ve bazı durumlarda ispat aracı olarak tanık beyanının kabul edilebilmesi için belirli bir sayıda tanığa ihtiyaç duyulmuştur¹¹⁰.

İslam hukukuna ilişkin mevcut kaynaklar incelendiğinde, İslam ceza muhakemesi hukukunun daha ziyade kovuşturma evresiyle ilgilendiği anlaşılmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu’nda savcılık teşkilatının temellerinin atılması, Avrupalılaştırma hareketleri içinde ve özellikle Tanzimat sonrasına rastlamaktadır¹¹¹. Savcılık teşkillerinin kurulması sonrasında soruşturma evresi de yavaş yavaş şekillenmeye başlamıştır.

1840 tarihli Kanun-i Ceza ve 1851 tarihli Kanun-i Cedid adlı düzenlemelerin maksada hizmet etmemesi ve tatminkâr görülmemeleri nedeniyle ilga edilmelerinden sonra 1858 tarihinde çıkarılan ve Fransız Ceza Kanunu’nun bir tercümesinden ibaret bulunan Kanun’la nizamiye ve şer’iye mahkemele-

¹⁰² CANTEZ, M. Tahir: “*Tatbikatta C. Savcılarının Görevleri (Amme Davasının Hazırlanması) ve İnfaz Hukuku*”, İskender Yayınları, İstanbul, 1962, s. 7.

¹⁰³ Kadılar, kaza bölgesindeki küçük yerleşim yerlerine naip tayin ederlerdi. Naip, kadı tarafından yetkilendirilmiş görevlidir. YURTCAN, s. 79.

¹⁰⁴ ÜÇOK / MUMCU / BOZKURT, s. 94.

¹⁰⁵ ÜÇOK, Coşkun: “Savcıların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’deki Kuruluşu”, *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s. 35.

¹⁰⁶ ÜÇOK, s. 35-36.

¹⁰⁷ GÜNEŞ, s. 236; AKMAN, Mehmet: *Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 30.

¹⁰⁸ AKMAN, s. 21.

¹⁰⁹ YENİSEY, Feridun: “Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler”, *Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku (15-18 Aralık 1981)*, İstanbul, 1983, s. 42 vd.

¹¹⁰ Örneğin, iki erkek ya da bir erkekle iki kadının tanıklığı, ya da zina suçunda dört erkeğin tanıklığı aranmıştır. Bkz. YURTCAN, s. 82.

¹¹¹ ÜÇOK, s. 36.

ri kurulmuş, bunların görevleri gösterilmiş¹¹², savcılık mantığının temelleri atılmış, hükümete veya şahıslara karşı işlenip de kamu düzenini bozan suçların takibi yetkisi devlete verilmiş ancak bu işi kimin yapacağı Kanun'da tespit edilmemişti¹¹³.

1858 tarihli Kanun'dan sonra 1864 tarihinde çıkarılan Vilâyet Nizamnamesi'nde ilk defa savcılıkla ilgili hüküm bulunmaktadır. Nitekim sözü edilen Nizamname'nin Divan-ı Temyiz'le ilgili bölümünün 19. maddesinde "... *umur-i hukukiye ve kanuniyyeye vakıf taraf-i devletten mansup bir memur-i mahsus bulunacaktır*" hükmü bulunmaktadır. Bundan sonra 23 Şubat 1870 tarihinde çıkarılan Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabita ve Mülkiyyeye ve Mehakemi Nizamiyyesine Dair Nizamname'nin 61. maddesinde de "*Divan-i Temyizde erbab-i cinayet aleyhinde müddei sıfatında bulunmak üzere devlet namına umur-i hukukiyyeye ve kanuniyyeye vakıf bir memur bulunacaktır*" denilmek suretiyle, bahsedilen görevlilerin yetki ve görevleri konusuna bir nebze açıklık getirilerek, sözü edilen Nizamname'nin 71. maddesinde ilk defa "*müdde-i umumi*" terimi kullanılmış ve fakat müddei umuminin yetki ve vazifeleri ayrıca düzenlenmemiştir¹¹⁴.

Osmanlı Dönemi'nde batı sistemine uyum sağlama ve bu yolla batılılaşma sürecinin hızlandığı 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren yargı sistemi de etkilenmiş, 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 91. maddesi ile ceza muhakemesinde savcılık teşkilatı kurulacağı öngörülmüş ve Kanuni Esasi'nin ilanından üç yıl sonra yürürlüğe giren 1879 tarihli ve Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun neredeyse tümü ile çevirisinden oluşan¹¹⁵ Mehâkimi Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-i Muvakkat ile nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. Nizamiye mahkemelerinin kurulması ile savcılık örgütlenmesi kurulmamış, ancak mahkeme üyelerinden birinin savcılık görevi üstlenmesi sağlanmıştır. Osmanlı Devleti'nde mahkeme teşkilatının yanında savcılık teşkilatının kurulması 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu ile olmuştur¹¹⁶. Savcıların Adliye Nezareti'nin (Adalet Bakanlığı) emri altında görev yapacakları vurgulanarak savcılarının görevlerinin Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye'de gösterildiği belirtilmiştir¹¹⁷. Bu Kanun'da Fransız adalet mekanizmasının jüri sistemi hariç tüm kurumları benimsenmiş, İslam hukukuna aykırı ilkelerin bulunmamasına da özellikle dikkat edilmiştir¹¹⁸.

Kanun'un soruşturma ve kovuşturma evrelerini ayırması, modern ceza muhakemesi usul kanunlarına benzediğine delalet etmektedir¹¹⁹. CMK'da soruşturma (m. 157-174) ve kovuşturma (m. 175-232) evreleri iki kitap halinde düzenlemiştir.

Bugünkü anlamıyla savcılık teşkilatının kurulduğu bu kanunlar gereğince, savcıya suçları araştırma ve soruşturma görevi verilmiş ve ilk defa savcılık örgütü kurulmuştur. Bu düzenlemelerle savcılarının soruşturma mecburiyeti de açıkça dile getirilmiştir¹²⁰. Bu gelişmelerle birlikte Osmanlı İmparatorluğu'nda, avukatlık kurumu da Avrupa'daki şekliyle gelişirken, tercüme yöntemi ile iktisap edilen Fransız hukukunun bir kurumu olan savcılık da hukuk sistemine dâhil olmuştur¹²¹.

Osmanlı İmparatorluğu'nda, laik anlayış temelindeki mahkemeler kurulmaya başlanmış ancak günümüzdeki anlayışta olduğu gibi sürekli bir savcılık teşkilatı kurulmamıştır. Bunun yerine mahkeme üyelerinden bazıları aynı zamanda savcılık görevini de yerine getirmişlerdir. "*Hasm-ı mansup*"¹²² is-

¹¹² DURANOĞLU, *Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler*, s. 270.

¹¹³ KEYMAN, s. 63; ÜÇÖK, s. 44, 45; ÜÇÖK / MUMCU / BOZKURT, s. 319.

¹¹⁴ KEYMAN, s. 64.

¹¹⁵ BARDAK, Cengiz: *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, s. 73.

¹¹⁶ YURTCAN, s. 189.

¹¹⁷ KEYMAN, s. 64.

¹¹⁸ YURTCAN, s. 82.

¹¹⁹ GÖKCEN, Ahmet: "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1994, Cilt 4, Sayı 1-2, (1994), s. 204-226.

¹²⁰ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 127, GÜNEŞ, s. 236; DURANOĞLU, *Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler*, s. 270.

¹²¹ ÜÇÖK, s. 27; ÖZKORKUT, s. 149-150.

¹²² Atanmış karşı taraf (hasım) manasına gelmektedir.

minin verilmesi de önerilen bu kişilere, kamu adına iddia görevini yürüten kişi anlamında “*müdde-i umumi*” isminin verilmesi tercih edilmiştir¹²³.

Anılan Kanun gereği tüm memurların suçları savcıya bildirme, suça dair bilgi ve belgeleri iletme yükümlülüğü bulunmaktaydı. Bununla birlikte özel kişilerin de aynı yükümlülüğü taşıdıkları kabul edilmişti. Suçüstü durumunda savcının, suçu bizzat ve olay mahallinde soruşturma, ifade alma, bunları çağırma görev ve yetkisi bulunmaktaydı. Ayrıca savcının elkoyma, konutta arama, belirli suçlarda ve suçüstü halinde tutuklama, zorla getirme, bilirkişi belirleme ve dinleme yetkisi Kanunda yer bulmaktaydı¹²⁴.

İslam hukukunun izlerinin derin bir şekilde hissedildiği Tanzimat Dönemi ceza muhakemesi hukukunda, soruşturma evresi ancak savcılık teşkilatının kurulması sonrası şekillenmeye başlamış ise de günümüzdeki anlamıyla bir soruşturma evresinin bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

2. Cumhuriyet Dönemi

Türkiye Cumhuriyeti'nin devrimci yaklaşımları sonucunda ve özellikle saltanatının kaldırılması ve Cumhuriyet'in ilanı sonrasında yeni yönetim sistemine uygun kanunlaştırma hareketleri başlamıştır.

Öncelikle 05.05.1926 tarihli 825 sayılı Kanun'la, 469 sayılı Mehâkimi Şeriyenin İlgasına ve Mehâkim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muadil Kanun'un değiştirilmesi sonucunda ilk derece mahkemeleri yanındaki savcılık teşkilleri kurulmuştur. 825 sayılı Ceza Kanunu'nun Mevkii Meriyete Vazına Mütellik Kanun ile Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkat yürürlükten kaldırılarak savcılık teşkilatının kuruluşu ve yapısı belirlenmiştir. 825 sayılı Kanun'un 28. maddesinde “*Her asliye mahkemesi nezdinde bir müddeiumumi ile lüzumu kadar müddeiumumi muavini bulunur...*” hükmü ile günümüzdeki savcılık teşkilatının esası ortaya konmuştur¹²⁵. Ancak müddei umumi muavini unvanı, 12.02.1989 tarih ve 360 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici maddesi ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'ndan çıkartılarak uygulamada yerini Cumhuriyet savcılığı unvanına bırakmıştır¹²⁶. “Cumhuriyet savcısı” ifadesinin ülkedeki yönetim biçimiyle ilgili olmadığı, “cumhura ait” anlamında kullanılan bir niteleme olduğu¹²⁷ vurgulanmış ise de “Cumhuriyet” ifadesinin anlamı ve neyi nitelediği açık olduğundan bu görüşe itibar etmek mümkün değildir¹²⁸.

Cumhuriyet tarihimizde ceza muhakemesi faaliyetinin mutfağı olan soruşturma evresi; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda¹²⁹ (CMUK) 1985 yılında yapılan değişiklik öncesi, bu değişiklikten sonrası ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) dönemi olmak üzere üç farklı dönem halinde yürütülmüştür.

a. 1985 Tarihine Kadar Olan Dönem

CMUK'da 1985 tarihli ve 3206 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, ceza yargılaması faaliyeti, “ön soruşturma” (davaya hazırlık veya davanın hazırlanması, günümüzdeki anlamıyla soruşturma) ve “son soruşturma” (davanın görülmesi, günümüzdeki anlamıyla kovuşturma) olmak üzere iki evreye; ön soruşturma evresi de kendi içerisinde “hazırlık soruşturması” ve “ilk soruşturma” olmak üzere iki

¹²³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 314.

¹²⁴ GÖKCEN, 1994, s. 207-211.

¹²⁵ GÜNEŞ, s. 241.

¹²⁶ “12.02.1989 tarih ve 360 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 24.01.1990 tarih ve 3611 sayılı ‘2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun’ ile yasalâşarak 01.02.1990 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmayı müteakip yürürlüğe girmiştir.” CENTEL / ZAFER, s. 128; YENİSEY, Feridun: *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi, Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1987, s. 64.

¹²⁷ GÖKPINAR, Mahmut: “Ceza Muhakemesinde Savcılık”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 1, s. 203.

¹²⁸ “*Cumhuriyetin kurulduğu yıllarda savcılıkların (müdde-i umumi) kaldırılması gündeme gelmiş; Atatürk, Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'a düşüncesini sormuş, Bozkurt'un Cumhuriyeti ve hukuk düzenini korumak için savcılara ihtiyaç olduğunu bu nedenle kaldırılmamaları gerektiğini söylemesi üzerine kaldırılmaktan vazgeçilmiştir.*” Bkz. SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 183.

¹²⁹ 04.04.1929 tarihli 20.04.1929 tarih ve 1172 sayılı R. Gazete yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

döneme ayrılmıştı¹³⁰. Hazırlık soruşturması da kamu davasının açılmasına yer olup olmadığı araştırıldığı evre ve ilk soruşturma evresinde soruşturma yapan hâkimlerin işini teminata dokunmadan azaltmak üzere ilk soruşturmayı hazırlamak gayesine ayrılan evre olmak üzere iki kısma bölünmüştü¹³¹.

Ön soruşturma, ceza yargılamasının ilk aşaması olup suç haberinin yetkili organlarca öğrenilmesi sonucu harekete geçerek olayın suç olup olmadığı ve fiilin kim tarafından gerçekleştirildiğinin araştırıldığı sürece verilen isimdi¹³².

CMUK'un 163. maddesi; hazırlık soruşturması sonucunda, Cumhuriyet savcısı tarafından, kamu davasını açmak üzere gerekli olan yeterli delil elde edildiği kanısına varıldığında, ilk soruşturmanın açılması için sorgu hâkimine hitaben bir talepname ya da mahkemeye hitaben bir iddianame düzenleneceğini ifade etmekteydi. CMUK'un 183. maddesi ise ilk soruşturmayı, suç şüphelisi hakkında son soruşturmanın (kamu davasının) açılmasına ya da muhakemenin menine karar vermeye yetecek derecede bütün delillerin elde edilmesi gerektirdiğini belirtmekteydi¹³³.

İlk soruşturma evresinde görevli yargılama makamı olan sorgu hâkimliği davaya kendiliğinden el koymadığından ilk soruşturmanın açılması, Cumhuriyet savcısı tarafından talepname denilen bir belgeyle istenmesine bağlıydı. CMUK'un 172. maddesine göre talepname şüphelinin kim olduğu ve kendisine isnat olunan suçun ne olduğu gösterilmek zorundaydı. Ancak talepname delillerin gösterilmesi zorunluluğu bulunmadığından yeterli şüphe bulunup bulunmadığı veya isnadın yeterli kuvvette olup olmadığı aranmamaktaydı. Cumhuriyet savcısının suç şüphelisi açısından lehte ve aleyhte olan hususları hâkime bildirmesi gerekiyordu¹³⁴. İlk soruşturma, yöneltilen isnadın sanığı mahkemeye sevk edebilecek yeterlilikte olup olmadığına incelenmesi anlamını taşımaktaydı¹³⁵. Günümüzdeki anlamı itibarıyla şüpheli hakkında yapılan soruşturmanın, kovuşturma evresine geçmeye yeterli olup olmadığına soruşturma süjesi dışındaki bir yargılama süjesinin (sorgu hâkiminin) denetiminden geçmesi anlamını içermekteydi. Bu anlamda günümüzdeki karşılığı itibarıyla iddianamenin değerlendirilmesi mekanizmasına kısmen benzerlik göstermektedir.

CMUK'un 189. maddesi gereğince; ilk soruşturma sonucunda, son soruşturmanın açılması için elverişli delil toplanmış ve muhafaza altına alınmış olduğu kanaatine varan sorgu hâkimi, ilk soruşturma dosyasını iddiasını bildirmek üzere Cumhuriyet savcısına gönderirdi. Cumhuriyet savcısı yedi gün içinde soruşturmanın genişletilmesi talebinde bulunabilir veya son soruşturmaya geçilip geçilmemesi yönünde mütalaasını bildirirdi¹³⁶.

CMUK'un 191/3. maddesi gereğince son soruşturmayı başlatan mekanizma iddianameydi. CMUK'un 191/1. maddesi gereğince de ilk soruşturma evresinin geçerli olduğu durumlarda son soruşturmanın açılması yetkisi sorgu hâkimliğinde, ilk soruşturmanın yapılmadığı hallerde ise yetki Cumhuriyet savcısında idi.

Hâkimlik teminatına sahip tarafsız ve bağımsız bir makam tarafından ve Cumhuriyet savcısı ile sanığın da katılımıyla yapılan değerlendirme vasıtasıyla sanığın lehine ve aleyhine bütün delillerin değerlendirilmesi ve uyuşmazlığın bu şekilde son soruşturmaya aktarılması, delillerin, suç atfedilmemesine yeterli olmaması halinde son soruşturmanın açılmaması kararı ile muhakemeye son verilmesi, sanık lehine bir teminat oluşturmaktaydı¹³⁷.

¹³⁰ TOSUN, s. 47.

¹³¹ "Hazırlık soruşturmasından sonra ilk soruşturmaya geçilecektir ve hazırlık soruşturması ilk soruşturmayı hazırlamak gayesiyle yapılmaktadır." Bkz. KUNTER / YENİSEY, s. 744; CENTEL / ZAFER, s. 622.

¹³² YURTCAN, s. 477.

¹³³ EREM, s. 205.

¹³⁴ EVİK, Vesile Sonay: "İddianamenin İadesi", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt II, Ankara, 2008, s. 812; EREM, s. 207.

¹³⁵ EREM, s. 269.

¹³⁶ EREM, s. 279; CENTEL / ZAFER, s. 622.

¹³⁷ "Mehaz kanunda ilk soruşturmayı sorgu hâkimi yapmakta iken bu soruşturma sonunda sanığın mahkemeye sevk edilip edilmeyeceğine karar hâkimi tarafından karar verilmesini ve bu suretle soruşturmayı yapan hâkimin, yaptığı soruşturmanın etkisi altında kalmamasının temin edilmiş olmasını daha isabetli değerlendirmiş ve hukuk sistemimizde soruşturmayı yapan ve karar veren hâkimin aynı hâkim

Bir ara muhakeme şekli olan sorgu hâkimliği ve ilk soruşturma evresini düzenleyen CMUK'un 171-190 ve 191-205. maddeleri, 21.05.1985 tarihli 3206 sayılı Kanun'un 82. maddesiyle, yargılamayı uzattığı, yararsız olduğu ve hazırlık soruşturmasının tekrarı niteliğinde bulunduğu gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmıştır¹³⁸.

3206 sayılı Kanun öncesinde de CMUK'un soruşturma evresini düzenleyen maddelerinde 16.06.1936 tarih ve 3006 sayılı ve 15.03.1973 tarih ve 1696 sayılı kanunlarla önemli değişiklikler yapılmıştır. 3006 sayılı Kanun'la; CMUK'un 148. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda, valinin Cumhuriyet savcısından kamu davasını açmasını talep etmek, Cumhuriyet savcısının bu talebi kabul etmemesi halinde valinin, talebini Adalet Bakanlığına iletmek, Adalet Bakanlığının valilik talebini değerlendirmek ve gereğini yapmak yetkisi, 154. maddede yapılan değişiklik ile kolluk makam ve memurları ile Cumhuriyet savcıları arasındaki ilişkiler, 171/1. maddede yapılan değişiklik ile ilk tahkikatın hangi hallerde yapılmasının zorunlu olduğu hangi hallerde ilk tahkikatın yapılması kararının Cumhuriyet savcısının yetkisine bırakılması, 174. maddesinde yapılan değişiklik ile ilk tahkikat açılması konusundaki itirazın asliye ceza mahkemesi reisi ya da hâkimi tarafından karara bağlanması hususları düzenlenmiştir. 1696 sayılı Kanun'la; CMUK'un 171. maddesi yeniden değiştirilerek ilk tahkikatın açılması yetkisi Cumhuriyet savcısına bırakılmış, suçun vasıf ve mahiyeti itibarıyla hâkim tarafından soruşturma yapılması gerektiği kanaatine vardığında, Cumhuriyet savcısına, ilk tahkikatın yapılmasını talep etmek yetkisi verilmiştir. 194. maddede yapılan değişiklik ile iddianamenin sanığa tebliği ve sanığın iddianameye karşı acele itiraz hakkı düzenlenmiştir¹³⁹.

b. 1985 Tarih ve 3206 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrası Dönem

3206 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında ceza muhakemesi, hazırlık soruşturması ve son soruşturma evrelerinden oluşmaktaydı. Günümüzdeki soruşturma evresinin karşılığı olan hazırlık soruşturması, suç işlendiğinin öğrenilmesinden kamu davasının açılmasına kadar geçen evreye verilen isimdi. Günümüzdeki kovuşturma evresinin karşılığı olan evre ise son soruşturma evresiydi ve kamu davası açılmasından (iddianamenin mahkemeye verilmesi) hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreydi¹⁴⁰.

İddianamenin mahkemesine teslimi ile bir "ara soruşturma usulü" bulunmaktaydı. İddianın yeterli olmaması nedeniyle iddianamenin reddi veya duruşmaya geçmemek gibi bir durum veya karar söz konusu olamıyordu. Davanın reddi kararı ancak CMUK'un 352. maddesi vasıtasıyla şahsi davalar nedeniyle söz konusu olabiliyordu. Uygulamada ise iddianamenin hangi suç nedeniyle düzenlendiğinin anlaşılabilmesi halinde dosya Cumhuriyet savcılığına gönderilerek açıklama istenmekteydi. Asıl kural olarak hazırlık soruşturmasının "patron"u olarak Cumhuriyet savcısını işaret etmekte ise de uygulamada kolluk ön planda kalmakta¹⁴¹ ve geniş yetkiler kullanılmaktaydı¹⁴².

CMUK 1999 Tasarısı'nın 168 ve 169. maddelerinde iddianamenin reddi (iadesi) düzenlenmiş ve bu düzenleme, yapılan değişikliklerle, CMK'da de yer bulmuştur¹⁴³.

olması yolundaki düzenlemenin, sorgu hâkimini bir çeşit savcı durumuna getirdiğini ve sorgu hâkimliğinin savcıya güvensizlik gibi görünen bir düzenleme olduğunu; bununla birlikte, ciddi ve teminatl bir tek soruşturma yerine üç çeşit soruşturma olmasının işlev ve amaç yönüyle eleştiriye açık olduğunu belirtmiştir" Bkz. EREM, s. 269; TOSUN, s. 52.

¹³⁸ EVİK, s. 813; CENTEL / ZAFER, s. 623.

¹³⁹ Ayrıntı için bkz. KİTAPÇIOĞLU, Tülay: *Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması*, Legal Yayınları, İstanbul, 2014, s. 15 vd.

¹⁴⁰ ÖZBEK, Veli Özer: *CMK İzmir Şerhi-Yeni CMK'nın Anlamı*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 54.

¹⁴¹ ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN Özdem / ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 224.

¹⁴² YAZICIOĞLU, Yılmaz: "5271 sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri", *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, 3, Sayı 32, s. 2916.

¹⁴³ CENTEL / ZAFER, s. 624.

c. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Dönemi

CMK'da de ceza muhakemesi faaliyetleri, suç şüphesinin öğrenilmesinden, verilen kararın kesin hükümlerle sonuçlanmasına kadar geçen süre olarak tespit edilmişse de CMK, CMUK'da bulunan hazırlık soruşturması ile son soruşturma kavramlarından vazgeçmiş ve kanaatimizce de süreci doğru bir şekilde "soruşturma" ve "kovuşturma" olarak ikiye ayırmıştır¹⁴⁴. CMUK'a nazaran terk edilen hazırlık soruşturması evresi yerine soruşturma, son soruşturma evresi yerine kovuşturma kavramları tercih edilmiş; hazırlık soruşturması ile son soruşturma arasındaki boşluk doldurulmuştur.

Doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte¹⁴⁵ genel olarak ceza muhakemesi sürecinin soruşturma ve kovuşturma olarak iki evreden oluştuğunu söylemek mümkündür.

CMK'nın 2. maddesi soruşturma tanımını yapmıştır. Kanun'un 170/2. maddesi ile 175/1. maddesi hükümleri dikkate alındığında soruşturma evresinin Cumhuriyet savcısının iddianamesini düzenlemeyle son bulduğu ifadesine¹⁴⁶ katılmak mümkün görülmemektedir. Zaten CMK'nın 2. maddesinde tanım yapılırken açıkça soruşturmanın iddianamenin kabulüyle sona erdiği vurgulanmıştır¹⁴⁷. Ayrıca 170/2. maddedeki iddianame düzenlemek görevinden, 175/1. maddesinde de kamu davasının açılma anından bahsedilmiştir. Yani CMK'nın 170/2. maddedeki soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin değerlendirilerek iddianame düzenleneceği ifadesi soruşturma evresinin bittiği anlamına gelmemektedir. Bu ifadenin, "gelen an itibarıyla" olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır. 170/2. maddedeki düzenlemede "evre" ifadesi yerine "yapılan soruşturma esnasında" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

İddianamenin düzenlenerek mahkemesine teslim edilmesi ile Cumhuriyet savcısının soruşturma konusu iş ve soruşturma evresi üzerindeki kontrolü durmaktadır. Böyle olunca soruşturma evresi sona ermemektedir. İddianamenin kabulü kararıyla birlikte duran soruşturma evresi son bulur. Gerek CMK gerekse Türk Ceza Kanunu (TCK) "evre" ifadesini, soruşturma ve kovuşturma süreçlerini nitelendirmek üzere kullandığından, iddianamenin mahkemeye teslim edilmesi ile birlikte bir ara muhakeme evresinin başladığı görüşü doğru kabul edilmemelidir. İddianamenin değerlendirildiği bu süreç belki ara muhakeme aşaması olarak adlandırılabilir ise de bu sürecin ara muhakeme evresi olarak vasıflandırılması ve soruşturma evresinden farklı bir evre olarak değerlendirilmesi görüşüne katılmıyoruz. Nitekim Kanun'da böyle bir evre bulunmamaktadır. Ayrıca iddianamenin mahkemeye teslimi ile soruş-

¹⁴⁴ TOROSLU / FEYZİOĞLU s. 306.

¹⁴⁵ *Yenisey ve Nuhoğlu* sürecin soruşturma, ara soruşturma, kovuşturma ve hükmün yerine getirilmesi evresi olarak dört evreye ayrıldığını, soruşturma evresinin ise başlangıç soruşturması ve kısa soruşturma olarak iki aşamaya ayrıldığını dile getirmektedir. Bkz. YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 570. Sürecin ön soruşturma, kovuşturma olmak üzere iki evreye, ön soruşturmanın ise soruşturma ve iddianamenin değerlendirilmesi olmak üzere iki devreye ayrıldığına ilişkin bkz. CENTEL / ZAFER, s. 18. Hazırlık soruşturması ve son soruşturma olmak üzere sürecin iki aşamalı olduğuna dair bkz. YURTCAN, s. 475 vd. Suç haberinin alınıp iddianamenin mahkemesine tevdiine kadar geçen sürece soruşturma, iddianamenin alınıp kabul edilmesine kadar geçen sürece ara muhakeme ve iddianamenin kabulüyle başlayıp hükümlerle sone eren sürece kovuşturma evreleri adını veren görüş için bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 601. Süreci soruşturma ve kovuşturma evresi olarak ikiye ayıran ara muhakeme evresi olarak üçüncü bir evrenin bulunmadığını vurgulayan görüş için bkz. TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 306, 327; ŞAHİN, Cumhuriyet ve GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 39. Soruşturma evresinin iddianamenin kabulüyle sona erdiğini, iddianamenin değerlendirildiği döneme "ara muhakeme dönemi" diyen görüş için bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 492, 495. Sürecin, soruşturma, kovuşturma ve kanun yolu evresi olarak üçlü tasnife tabi tutulabileceğine, ara muhakeme evresinin bulunmadığı, bu döneme ara inceleme / denetleme aşaması denebileceğine dair görüş için bkz. ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020, s. 693.

¹⁴⁶ EVİK, s. 813. "... soruşturma evresinin sonunda suçun işlendiğine dair yeterli delile ulaşıldığı kanaatindeyse iddianame düzenlemek suretiyle bu evreyi sonuçlandırır." diyerek iddianame tanzimi ile soruşturma evresinin sonuçlanacağına dair görüş için bkz. CENTEL / ZAFER, s. 551. "Ceza muhakemesi, Suç haberinin alınmasıyla başlayıp kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya iddianamenin mahkemeye verilmesi ile sona eren soruşturma evresi; iddianamenin alınmasıyla başlayıp kabulüne kadar süren ara muhakeme evresi ve iddianamenin kabulüyle başlayıp bir hükümlerle sone eren kovuşturma evresinden ibarettir." şeklindeki görüş için bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 601.

"Bu dönemin sonunda ya iş sona erecek ya da sanık hakkında dava açılacaktır" diyerek sürecin, kamu davasının açılması veya kovuşturmama kararı verilerek bitirileceğine dair bkz. YURTCAN, s. 499.

¹⁴⁷ ŞAHİN, Cumhuriyet / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 39; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 190.

turma evresinin sona erdiği kabul edilirse, bu andan sonra iddianameye bağlı soruşturma konusu olay hakkında Cumhuriyet savcısının herhangi bir soruşturma işlemi yapamayacağı da kabul edilmelidir. Örneğin, iddianamenin sevkinden sonra aynı soruşturma çerçevesinde yeni ve çok önemli bir delil elde edildiğinde yeni bir soruşturma mı başlatılacaktır? Elbette ki, bu soruyu olumsuz olarak cevaplamak gerekecektir. İddianame mahkemesine teslim edilmiş olsa bile Cumhuriyet savcısı bu soruşturma kapsamında soruşturma işlemleri yapabilir, elde edilen yeni delil ve verileri iddianame ile birlikte değerlendirmek üzere mahkemesine gönderebilir. İddianamenin değerlendirilmesi aşamasına “ara muhakeme” devresi denilebilir ise de bu ara muhakeme sürecinin başlaması ile soruşturma evresinin sona erdiğini söyleyebilmek mümkün görülmemektedir. Türk hukukunda, ceza muhakemesi hukukunun genel işleyiş mantığı çerçevesinde, bir evrenin sona ermesi, o evrenin yeniden başlayamayacağı anlamını taşımaktadır. Ancak iddianamenin mahkemeye teslimi ile soruşturma evresi sona eriyor ise iddianamenin iadesi kararı üzerine bambaşka ve yeni bir soruşturma evresi başlayacak demektir¹⁴⁸.

İddianamenin iadesi kararıyla duran soruşturma evresi yeniden işlemeye başlar ve yeniden canlanan bu evre,

- İddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itirazın kabulü sonrası iddianamenin kabul edilmesi kararı ile,
- İddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itirazın reddi sonrasında devam edilen soruşturma işlemleri sonucunda düzenlenecek yeni iddianamenin mahkemesince kabul edilmesine karar verilmesi ile,
- İddianamenin iadesi kararı sonrası yapılan soruşturma sonucunda verilecek kovuşturmayaya yer olmadığı kararının süresinde itiraza konu edilmemesi veya itiraz üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilecek itirazın reddi kararı ile¹⁴⁹,
- Görev ve yetki uyuşmazlıklarında görevli ve yetkili Cumhuriyet başsavcılıklarının soruşturma sürecine devam etmek üzere soruşturma evrakını kendi kayıtlarına aldıkları an ile görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren Cumhuriyet savcısı açısından sona erer.
- Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı tek başına soruşturma sürecini sonlandırmamaktadır. Bu karara ilişkin yapılan soruşturma esnasında el koyma işlemi yapılmış ise veya müsadereye ilişkin bir durum söz konusu ise bu durumların hukuki sonuca vardırılmasına kadar soruşturma süreci devam etmektedir.

Konumuzla ilişkili olarak CMK’yı CMUK’dan ayıran en önemli farklardan biri de CMK’ya göre soruşturma evresinin savcı merkezli düzenlenmiş olmasıdır¹⁵⁰. CMK’da kural olarak bütün yetkiler Cumhuriyet savcısında toplamış, CMUK’dan farklı olarak kolluk araştırması ve savcı araştırması gibi bir ayrıma gidilmemiştir¹⁵¹. Adli kolluk, adli görevleri bakımından Cumhuriyet savcısına bağlıdır ve Cumhuriyet savcısının emri ve talimatıyla adli görevlerini icra etmektedir¹⁵².

¹⁴⁸ “Salt iddianamenin kabulü ile soruşturma evresi sona erer” Bkz. DONAY, Süheyl: *Ceza Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 116.

“İddianamenin kabulüyle soruşturma evresi de artık sona ermiştir.” Bkz. ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 97.

“CMK’ya göre soruşturma evresi suç haberinin alınmasıyla başlayıp kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi veya kamu davasının açılması (iddianamenin kabulüyle birlikte) ile sona ermektedir. Yargıtay’a göre de soruşturma, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreyi ifade etmektedir.” Bkz. ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 505, 511; Yargıtay 5. CD., T. 23.09.2010, E. 2010/949, K. 2010/6831.

¹⁴⁹ Ayrıca yine kanaatimizce verilecek olan bir kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı da soruşturma sürecini sonlandırmamaktadır. Çünkü bu kararın şüphelisi hakkında denetim süreci boyunca en azından iyi halli olmak durumunu sürdürüp sürdürmediği Cumhuriyet savcısı tarafından kontrol edilecektir.

¹⁵⁰ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 224-225.

¹⁵¹ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 546.

¹⁵² SÖZÜER, Adem / TEKDAĞ, Kenan: “Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, Sayı 3, s. 58.

SONUÇ

Soruşturma evresinin işleyişini etkileyen en önemli unsurların dönemin siyasi ve sosyal yapısı ile özellikle dini inanışlar olduğu, dini inanışın etkisinin zaman zaman azaldığı görülmekte ise de tamamen ortadan kalkmadığı anlaşılmaktadır. Ceza muhakemesi sürecinin tarihi gelişimi incelendiğinde, soruşturma evresinin giderek geliştiği gözlenmektedir. Başlangıçta hemen hemen hiç olmayan soruşturma evresinin zamanla gelişerek günümüzdeki halini aldığı, hatta ceza muhakemesi sürecinin en önemli evresini işgal ettiği görülmektedir.

Türk ceza muhakemesi hukukunda da soruşturma evresinin gelişimi, diğer dünya ülkeleriyle aynı veya benzer süreci izlemiştir. Ceza muhakemesi hukukumuz da coğrafi, kültürel, dini ve yönetsel organizasyondan kaynaklanan tesirlerden uzak kalamamıştır. Diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de soruşturma evresi, devlet erkinin yapısına bağlı olarak gelişmiş; zaman zaman din temelli hukuk anlayışının etkisine girmiş ve neticede, bulunulan dönemin şartlarına uygun olarak şekillenerek günümüzdeki halini almıştır.

Ceza muhakemesi sürecini etkileyen bir diğer unsur, uygulanan ceza muhakemesi sistemidir. Birbirinden etkilenen ya da birinin sahip olduğu özellikler nedeniyle bir diğeri doğan itham ve tahkik sistemleri ile her iki sistemin olumsuzluklarını bertaraf ettirmek amacıyla doğan karma (işbirliği) sisteminin, soruşturma evresini doğrudan etkilediği görülmektedir. Günümüzde de ülkelerin uyguladığı ceza muhakemesi sistemi, o ülkenin uyguladığı soruşturma evresi yönetimini doğrudan şekillendirmektedir. Ancak doğal olarak günümüzde soruşturma evresinin yönetiminin, tam ve kesin olarak bir ceza muhakemesi sistemine göre yürütülmesi mümkün görülmemekte, soruşturma evresinin yönetiminde sistemlerin her birinin etkisi kendisini hissettirmektedir.

Diğer taraftan soruşturma evresi, devlet kurumunun güçlenmesi ve bu evrenin devlet eliyle yürütülmesi ihtiyacı nedeniyle, özellikle savcılık kurumu ile bağlantılı ve bu kurumla birlikte gelişerek günümüzdeki halini almıştır. Süreç, soruşturma evresinin gelişimi ile devam etmekte olup ileride de soruşturma evresinin savcılık kurumuyla birlikte değişip dönüşeceği açıkça kendisini göstermektedir.

Orta Çağ karanlığının ortadan kalkmasıyla birlikte çağdaş insan hakları anlayışı, doğal hukuk görüşünün dinsellikten kurtulmasıyla, diğer bir ifadeyle laikleşmesiyle, kendisini göstermiştir. “Geçen yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişme, bireyin ulusal hukuk öznesi olmasının yanında, yavaş yavaş uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlamasıdır¹⁵³”. İnsan haklarının gelişmesiyle birlikte, ceza muhakemesi süreci giderek insancılaşmış, dolayısıyla soruşturma evresi de bu gelişmeden etkilenmiştir. Hatta dünya savaşlarının yıkıcı etkisinden çok derin yaralar alan birçok ülke, insan hakları ihlallerinin önüne geçmek ve kişi hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, ulusal yargılama yetkilerinin denetimini, uluslararası kimi mahkeme veya organizasyonlara açmıştır. Bu gelişmeler; insan haklarını, devletlerin veya ulusların bir iç hukuk sorunu olmaktan çıkararak uluslararası hukukun ilgi odaklarından birini oluşturmasını sağlamıştır. Bu etki nedeniyle, özellikle ceza hukuku ulusal sınırları aşarak uluslararası düzlemde kendini göstermiş ve dolayısıyla soruşturma evresinin işleyişi de bu gelişmeden etkilenmiştir.

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte delil elde etmek ve değerlendirmek yöntemlerinde meydana gelecek değişimler ve özellikle bilimsel delilin delil değerlendirmesinde ön planda tutulmasının, soruşturma evresini önemli ölçüde etkileyeceği değerlendirilmektedir. Nitekim bilimsel delillerin kolay elde edilebilirliği süreci hızlandırabileceği gibi bu delillerin kolay manipüle edilebilir olması, soruşturmadan doğru sonuç çıkarılamamasına neden olabilecektir. Bu nedenlerle teknolojik gelişmeler, soruşturma evresinin daha multidisipliner bir yapıya (hukuk, tıp, bilişim teknolojileri, mühendislik vb.) bürünmesini sağlayabilecektir.

¹⁵³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Yönetim Hukuku*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 435.

KAYNAKÇA

- AHISKALI, Recep: *Muhzur*, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 31, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006.
- AKMAN, Mehmet: *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- ARICAN, Mehmet: *Ceza Adaleti Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- ARSAL, Sadri Maksudi: *Umumi Hukuk Tarihi*, 3. Baskı, Matbaacılık Yayınları, İstanbul, 1948.
- AYDIN, M. Akif: *Türk Hukuk Tarihi*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- BARDAK, Cengiz: *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996.
- BARRY, Nicholas: *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, 1975.
- BECKMAN, G.: "The Hittite Assembly", *JAOS*, 1982, Sayı 102, s. 435-442.
- BİRTEK, Fatih: *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- BOTTERO, Jean: *Mesopotamia: Writing, Reasoning, and the Gods*, (Çev.) BAHRANI, Zainab / VAN DE MIEROOP, Marc, University of Chicago Press, Chicago, 1992.
- BRANDAU, Birgit / SCHICKERT, Hartmut: *Hititler. Bilinmeyen Bir Dünya İmparatorluğu*, (Çev.) MERTOĞLU, Nazife, Arkadaş Yayınları, Ankara, 2003.
- CANTEZ, M. Tahir: *Tatbikatta C. Savcılarının Görevleri (Amme Davasının Hazırlanması) ve İnfaz Hukuku*, İskender Matbaası, İstanbul, 1962.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- CIVIL, Miguel: "New Sumerian Law Fragments", *The Oriental Institute of the University of Chicago Assyriological Studies*, 1965, No: 16, s. 1-12.
- DAGUIN, Fernand: *Haşiyeli Alman Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu*, Adalet Bakanlığı, Ankara, 1951.
- DEMİR, Abdullah: *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi*, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2010.
- DEMİRBAŞ, Ali Timur: "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, Sayı 4, s. 79-95.
- DONAY, Süheyl: *Ceza Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- DURANOĞLU, Yakup: *Soruşturma Evresinde Toplanan Delillerin Değerlendirilmesi ve Kamu Davasının Açılması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- DURANOĞLU, Yakup: "Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler [Kamu Davasının (Kovuşturmanın) Kamusalılığı, Davasız Muhakeme Olmaz, Kamu Davasında Mecburilik (Kovuşturma Mecburiyeti), Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkeleri]", *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 2, Sayı 1, s. 265-296 (Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler).
- EREM, Faruk: *Ceza Usulü Hukuku*, 2. Baskı, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1968.
- EVİK, Vesile Sonay: "İddianamenin İadesi", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt II, Ankara, 2008, s. 811-829.
- FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- FINEGAN, Jack: *Archaeological History of the Ancient Middle East*, Routledge, New York, 1979.
- FINKELSTEIN, J. J.: "Ammişaduqa's Edict and the Babylonian 'Law Codes'", *Journal of Cuneiform Studies*, 1961, Cilt 15, Sayı 3, s. 91-104.
- GURNEY, O. R. / KRAMER, Samuel Noah: "Two Fragments of Sumerian Laws", *The Oriental Institute of the University of Chicago Assyriological Studies*, 1965, No: 16, s. 13-21.

- GÖKCEN, Ahmet: “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1994, Cilt 4, Sayı 1-2, s. 203-288 (1994).
- GÖKCEN, Ahmet: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, Ankara, 1994.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul, 2020.
- GÖKPINAR, Mahmut: “Ceza Muhakemesinde Savcılık,” *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 1, s. 203-218.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Yönetim Hukuku*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.
- GÜNEŞ, Umut: “Savcılığın Tarihsel Gelişimi”, *Adalet Dergisi*, 2008, Sayı 30, s. 233-247.
- GÜLTEKİN, Özkan: *İddianame ve İddianamenin İadesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- HAUSMANINGER, Herbert / SELB, Walter: *Römisches Privatrecht*, 9. Auflage, Böhleau Verlag, Wien, 2001.
- İÇEL, Kayıhan / SOKULLU AKINCI, Füsün / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Selami / ÜNVER, Yener: *Yaptırım Teorisi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- İÇEL, Kayıhan: *Suçların İctimai (Genel Bilgiler-Fikri İctima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İctima)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, İstanbul, 1972.
- JOLOWICZ, H. F.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1952.
- KEYMAN, Selahattin: *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- KİTAPÇIOĞLU, Tülay: *Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması*, Legal Yayınları, İstanbul, 2014.
- KRAMER, Samuel Noah: *History Begins at Sumer*, 3. Baskı, University of Pennsylvania Press, 1988.
- KRAMER, Samuel Noah: “Ur-Nammu Law Code”, *Orientalia Nova Series*, 1954, Cilt 23, Sayı 1, s. 40-51.
- KÖKSAL, Ayhan: “Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, Cilt 29, Sayı 1-2 s. 185-200.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ceza Muhakemesi Hukuku), 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- MITCHELL, John Malcolm: “Archon”, (Ed.) HUGH, Chisholm: *Encyclopædia Britannica*, Cilt 2, 11. Baskı, Cambridge University Press, 1911.
- OKANDAN, Recai Galip: *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951.
- OKANDAN, Recai G.: “Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adli Teşkilat ve Muhakeme Usulü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, Cilt 17, Sayı 3-4, s. 786-815.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- ÖZBEK, Veli Özer: *CMK İzmir Şerhi-Yeni CMK'nın Anlamı*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZDEMİR, Şükrü: “Hukukçu Eğitimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1992, Sayı 2, s. 167-218.
- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZEN, Mustafa: “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Sayı 3, s. 17-28 (İddianamenin İadesi).

- ÖZKORKUT, Nevin Ü: "Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 53, Sayı 4, s. 147-154.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F., / ALAN AKCAN, Esra, / ÖZAYDIN Özdem / ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser / ALTINOK VIL-LEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi No:17, Ankara, 1991 (Hazırlık Soruşturması).
- PRADEL, Jean: "Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISIC Kolokyumlarının Sentez Raporu", (Çev.) DÖNMEZER, Sulhi: *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- POTTS, D. T.: *The Archaeology of Elam*, Cambridge University Press, 1999.
- ROTH, Martha Tobi: *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, (Writings from the Ancient World, Band 6)*, Society of Biblical Literature, 2. Baskı, Atlanta-Georgia, 1995.
- SELÇUK, Sami: "Eski Çağlarda Suç Hukuku", *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt II*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1013-1059.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SÖZÜER, Adem / TEKDAĞ, Kenan: "Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, Sayı 3, s. 48-62.
- SUOLAHTI, J.: *The Roman Censors: A Study on Social Structure*, Suomalainen Tiedeakatemia, Helsinki, 1963.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞIK, Hüseyin: *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2018.
- TANER, Fahri Gökçen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- TOSUN, Öztekin: *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984.
- TUTKAOĞLU Uğur Can: "Babil Hukukunda Awilum, Muşkēnum ve Wardum", *OANNES*, 2020, Cilt 2, Sayı 2, s. 209-223.
- ÜÇOK, Coşkun: "Savcılarının Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'deki Kuruluşu", *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964.
- ÜÇOK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- ÜNAL, Ertuğrul: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- WOHLERS, Wolfgang: *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, Duncker und Humblot, Berlin, 1994.
- WILINSKI, A.: "Roma Hukuk ve Ceza Hukukuna Bir Kuşbakışı", (Çev.) ERDOĞMUŞ, Belgin, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1983, Cilt 1, Sayı 1, s. 329-335.

- YAVUZER, M. Salih: *İslam Yargılama Usulünde Deliller ve Takdiri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1985.
- YAZICIOĞLU, Yılmaz: “5271 sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, Sayı 32, s. 2915-2921.
- YENİSEY, Feridun: “Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler”, *Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku (15-18 Aralık 1981)*, İstanbul, 1983, s. 39-66.
- YENİSEY, Feridun: *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi, Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1987.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- YILDIZ, Ali Kemal: *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- YURTCAN, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- YURTCAN, Erdener: *CMK Şerhi*, Adalet Yayınları, İstanbul, 2006.
- YÜRÜK, Hüseyin: “Osmanlı Devletinde Adalet Sistemi ve Teşkilatı İçinde Bir Örnek Şahsiyet Adliye Nazırı Abdurrahman Nureddin Paşa”, *Adalet Dergisi*, 2020, Sayı 65, s. 631-654.
- ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”, (Ed.) CENTEL, Nur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 1-26.

Yargı Kararları



Güncel Yargı Kararları

Özel Hukuk

Anayasa Mahkemesi, H.K., B. No. 2019/42944, T. 17.06.2021

Bireysel başvuruya konu olayda başvuru, nüfus kayıtlarındaki cinsiyet bilgisinin erkek olduğunu, ancak kendisini trans bir birey olarak tanımladığını, sosyal yaşantısını bu şekilde sürdürdüğünü ve çevresinde *D.* ismiyle bilindiğini ileri sürerek isminin TMK m. 27 kapsamında *D.* olarak tashih edilmesi amacıyla Nüfus Müdürlüğüne karşı dava açmıştır. Başvurucunun talebi, yargılamayı yürüten derece mahkemelerince cinsiyet değişikliğinde nüfus kayıtlarının düzeltilmesini konu alan TMK m. 40 hükmü çerçevesinde değerlendirilmiş ve davacı henüz cinsiyet değişikliği ameliyatı olmadığından, talep ettiği şekliyle isminin değiştirilmesi hâlinde toplumda yanlış algıların oluşabileceği, bu durumun gerek başvuru gerekse diğer kişiler yönünden birtakım sıkıntılara yol açabileceğinden bahisle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararında, kişinin isminin korunması ve kamu düzenini bozmadığı müddetçe değiştirilmesine imkân tanınması yönünde devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu dikkat çekmiştir. Kararda TMK m. 27’de talebin haklı nedenlere dayandırılması gerektiğinden bahsedilmekle birlikte cinsiyet değişikliği ameliyatı olunmasının bir şart olarak belirlenmediği, TMK m. 40’ı da esas alarak hükümleri bir arada yorumlamanın isabetsiz olduğu, yorum yetkisinin sınırlarının aşıldığı ve TMK m. 40’ın somut talebe uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme, haklı nedenin varlığının somut olayın koşulların göre her davada mahkemece belirleneceğini ve bu belirleme yapılırken objektif şartlardan çok isim değiştirme talebinde bulunan kişinin mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Kararda bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar ya da hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda hâkimin daha dar bir takdir yetkisine sahip olduğu, takdir yetkisinin isim değişikliği taleplerinin değerlendirilmesi yolunu tamamen kapatacak ve sonuç alınmasını imkânsız kılacak şekilde kullanılmaması gerektiği, bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığının aranması gerektiği de vurgulanmıştır. Söz konusu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi başvurucağın Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar gerek isim tashihi için cinsiyet değişikliğinin bir şart olarak aranmayacağını gerek isim tashihi için aranacak haklı nedenin varlığını tespit etme hâkimin takdir yetkisinin dar yorumlanması gerektiğini ortaya koyması bakımından önemli bir emsal teşkil etmektedir.

Arş. Gör. Damla Özden ÇELT

• • •

Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 03.05.2021, E. 2021/282, K. 2021/304

Dava, mülteci olarak Türkiye’de bulunan Irak vatandaşı davacının ülkesinde geçerli bir evliliğe sahip anne baba üzerine kaydettirilen çocuğu ile arasında soybağı kurulması istemine ilişkindir. Adli yargıda açılan dava hakkında talebin idari bir işlem sonucunda verilen doğuma ilişkin belgenin değiştirilmesi ile Göç İdaresi kayıtlarında gerekli düzeltmenin yapılması olduğu ve düzeltilmesi talep edilen hususun idari işlem niteliğinde olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. İdari yargıda açılan davada tekrar görevsizlik kararı verilmesi üzerine görevli yargı yerinin belirlenmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulmuştur. Mahkemece iptale konu olabilecek bir idari işlem bulunmadığı ve uyuşmazlığın çözümünde MÖHUK 4/1-a ve TMK’nın 282, 283 ve 284. maddeleri uyarınca adli yargı mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Bu karar MÖHUK 4/1-a maddesinde düzenlenen mültecilere ilişkin davalarda mültecinin yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanması hükmü nedeniyle Türkiye’de mülteci olarak bulunan kişiler bakımından Türk hukukunun uygulanması sonucunu doğurması bakımından önemlidir.

Arş. Gör. Gülser Banu USLU YİĞİT

• • •

Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 19.06.2020, E. 2019/4, K. 2020/1

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30 uyarınca sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden yararlanan kişiler ile sigorta kuruluşları arasında sigorta sözleşmesinden kaynaklanan ya da Güvence Hesabından yararlanacak kişiler ile Güvence Hesabı arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü için Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulmuştur. Aynı maddenin 12. fıkrasında ise 40.000 TL’nin üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında Komisyon kararına itiraz sonucu verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarih olan 20.07.2016’dan önceye ait söz konusu düzenleme karşısında, 17. Hukuk Dairesi ilgili kararlara karşı bölge adliye mahkemelerine gidilebileceği görüşünde iken 11. Hukuk Dairesi ise bahsi geçen Kanun maddesinin açık hükmü gereği temyiz yoluna gidilmesi gerektiği görüşündeydi. İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, mezkûr kararların temyiz kanun yoluna tabi olduğuna hükmederek içtihatların birleştirilmesine karar vermiştir.

Arş. Gör. Mehmet Arif TUĞ

• • •

Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, T. 18.03 2021, E. 2016/9-1872, K. 2021/293

Somut uyuşmazlık, vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personel ile vakıf üniversitesi arasındaki uyuşmazlıkların tabi olacağı yargı koluna ilişkindir. Kararda vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının akademik açıdan devlet üniversitelerinde çalışan akademik personelle aynı hukuki rejime tabi olduğu ve bu nedenle akademik personelin özlük hakkı yönünden 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olması ya da 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (a) bendi kapsamında sigortalı olmasının aradaki ilişkinin iş ilişkisi olduğu sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir. Hukuk Genel Kurulu söz konusu kararda vakıf üniversitesi ile akademik personel arasındaki ilişkinin statü hukukuna tabi olduğu ve bu nedenle feshin geçersizliği ile feshe bağlı alacaklara ilişkin davaların idari yargıda görülmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Karşı oy yazısına göre ise vakıf üniversitesi öğretim elemanı ile üniversite arasında iş sözleşmesi bulunmaktadır. Vakıf üniversitelerinin kamu hizmeti yürütmesi, öğretim elemanları ile olan ilişkinin statü hukukuna tabi olduğunu göstermez. Bu nedenle karşı oy yazısına göre uyuşmazlık adli yargıda görülmelidir.

Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ

Yargıtay, 11. HD., T. 04.02.2021, E. 2020/5300, K. 2021/868

Karara konu olayda davacı, imzasının daha önce yapılmış olan ve karşı tarafta kalan sözleşme nüshasından kesilerek alonj gibi çek yaprağının alt kısmına eklendiğini ve bu imzanın alonj için atılmadığını ifade ederek menfi tespit talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiş, ancak hüküm temyiz incelemesi neticesinde bozulmuştur. Bunun üzerine davacı tarafından karar düzeltme isteğinde bulunulmuştur. Karar düzeltme incelemesinde başvurunun kabulüne, önceki bozma kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesinin menfi tespit davasının kabulüne ilişkin, sonucu itibarıyla doğru olan kararın gerekçesinin düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

Karar kambiyo senetlerinde alonj bakımından çok büyük öneme sahiptir. Karara göre alonju oluşturan kâğıdı diğer kâğıtlardan ayıracak en önemli özellik, alonj ile eklendiği senet arasındaki güçlü bağdan kaynaklanmaktadır. Bu bağ hem alonjun senetten tahrifat yapılmadıkça ayrılamayacak nitelikte senede sıkıca bağlanmasıyla (maddi bağ) hem de senede eklenecek alonj üzerine söz konusu senet için alonj yoluyla işlem yapıldığının özel olarak belirtilmesiyle (iradi bağ) sağlanır. Görüldüğü üzere Yargıtay bugüne kadar çok sayıda haksızlığa neden olan bir uygulamadan vazgeçmiş ve alonj ile kambiyo senedi arasında maddi bağ dışında *iradi bağın* da bulunması gerektiğini belirtmiştir.

Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR

• • •

Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, T. 25.10.2021, E. 2021/14874, K. 2021/7380

Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince uyuşmazlık konusu kazanın göçmen kaçakçılığı yapıldığı esnada gerçekleştiği, göçmenlerin taşındığı araç işleteninin araçta kaçak göçmen olarak bulunan başvuru Afgan uyruklu yabancıya karşı sorumluluğunun sigorta teminatı kapsamında olmadığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar verilmiştir. Temyiz başvurusunda Yargıtay, Türk hukukunda kişilerin hak arama özgürlüklerini kullanmalarının herhangi bir sınırlandırmaya tâbi tutulmadığı, ancak bazı istisnai durumlarda dava açan veya takip hakkını kullananın önceden belirlenen bazı özel yükümlülükleri yerine getirmesi şartının koşabildiğinden bahisle 5718 sayılı MÖHUK m. 48’de düzenlenen yabancıların teminat gösterme yükümlülüğüne işaret etmiştir. Daire, teminat gösterme yükümlülüğünün resen araştırılması gerektiği, ilgili hakem heyetince MÖHUK m. 48 kapsamında başvuru teminat gösterme yükümlülüğünden karşılıklılık esasıyla muaf olup olmadığını araştırılmadığı sonucuna varmıştır. Karar, MÖHUK m. 48 kapsamında yabancıların mahkemeye başvurularında teminat gösterme zorunluluğunun sigortacılık alanında yürütülen tahkim yargılamasında da gözetilmesi gerektiğinin tespiti bakımından oldukça önemlidir. Ancak Yargıtayın ilgili kararında öncelikle teminat yönünden bozma kararı vermesi, diğer temyiz itirazlarını incelememesi, adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesi bakımından kanımızca yerinde olmamıştır.

Arş. Gör. Salih Can POLAT

• • •

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 19. Hukuk Dairesi, T. 23.02.2021, E. 2021/367, K. 2021/359

İncelememize konu somut olayda, davacı vakıf tüzel kişiliği ile vakfın iktisadi işletmesinden çocuğu için hizmet alan kişi yani davalı arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Taraflar arasında “... Vakfi İktisadi İşletmesi Program Hizmet Sözleşmesi” akdedilmiştir. Davalının çocuğu, program kapsamında yurt dışında bir aile yanına yerleştirilmiş, ancak kendi ailesinin talebiyle programdan ayrılmıştır. Akabinde davalı, sözleşme kapsamında vakfa ödediği katılım ücretinin iadesi için icra takibi başlatmış ve takip neticesinde ödediği meblağı dosya kapsamında tahsil etmiştir. Davacı vakıf, icra müdürlüğü

aracılığıyla ödemek zorunda kaldıkları miktarın istirdadı için asliye hukuk mahkemesinde dava yoluna gitmiştir. İlgili asliye hukuk mahkemesi, somut uyuşmazlıkta tüketici mahkemelerinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermiş; davacı vakıf bu kararı istinaf etmiştir. İstinaf incelemesini gerçekleştiren İstanbul BAM. 19. HD., “*Davacı vakıf herhangi bir ticari amaçla hareket etmeyen başka bir deyimle kâr amacı güden ticari bir kuruluş olmadığından 6502 sayılı yasada tanımlanan satıcı niteliğinde olduğundan söz edilemeyeceğinden taraflardan birinin satıcı olmadığı uyuşmazlıkta taraflar arasında yasada tanımlanan tüketici işlemi de mevcut değildir*” şeklindeki gerekçeyle, uyuşmazlığın genel (asliye hukuk) mahkemelerin görev alanında kaldığına kesin olarak karar vermiştir. İlgili bölgedeki ilk derece mahkemeleri de benzer uyuşmazlıklarda bu istinaf kararına atıfta bulunarak görevsizlik kararı vermektedirler. Belirtmek isteriz ki, vakıfların ya da derneklerin satıcı/sağlayıcı yani müteşebbis olarak kabulü noktasında tüketici mevzuatında doğrudan bir hüküm bulunmasa da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 16 f. 1 bu konuda çok açık bir düzenleme içermektedir. İlgili hüküm, “... *amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler... tacir sayılırlar*” şeklinde kaleme alınmıştır. Ayrıca ilgili iktisadi işletmenin kayıtlarına, ticaret sicili gazetesinde “... İktisadi İşletmesi” ticaret unvanı ile ulaşılabilir. Dolayısıyla iktisadi işletmesi ticaret sicilinde ticaret unvanı ile kayıtlı olan ve TTK m. 16 f. 1 uyarınca açıkça tacir sayılan vakıf tüzel kişiliğinin, tüketici mevzuatı uyarınca satıcı/sağlayıcı yani müteşebbis olarak değerlendirilemeyeceğini söylemek, tüketici hukukun özüne ve ticaret hukukunun esaslarına aykırılık taşır. Bu hususlar ışığında, ilk derece mahkemesi kararında ifade edildiği gibi, somut uyuşmazlık açısından tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu ve istinaf mahkemesi kararının yerinde olmadığını belirtmek isteriz.

Arş. Gör. *Abdülhamit YILMAZ*

• • •

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin Google LLC v. Oracle America, Inc. Kararı (T. 05.04.2021, E. 18-956)¹

Oracle, Java yazılım dilinin telif haklarını elinde bulunduran bir bilişim şirkettir. 2005 yılında *Android*'i satın alan *Google*, mobil cihazların daha fazla uygulama geliştirebilmesinin önünün açılması amacıyla *Android* işletim sistemini güncelleştir. Bunun için *Google*, *Java*'dan 11500 satır kaynak kodu ve bazı uygulama programlama arayüzlerini kopyalamıştır. Bunun üzerine *Oracle*, *Google*'ı dava ederek telif haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunmuş, *Google* ise kullanımının adil kullanım içerisinde olduğu savunmasını yapmıştır. Yüksek Mahkeme, *Google*'ın kullandığı kaynak kodlarının bütün kaynak kodlarının %1'ini bile teşkil etmediği, ayrıca *Google*'ın bu kaynak kodlarını amaca uygun kullanarak herkese açık bir işletim sistemi yarattığını belirtmiş ve *Google*'ın kullanımının adil kullanım kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bizce de mahkemenin bu tutumu isabetlidir. Zira davayı *Oracle*'ın kazanması durumunda yazılımdaki hızlı gelişme sekteye uğramış olacak ve telif hakları ile kamu yararı arasında gözetilmeye çalışılan denge kamu yararı aleyhine bozulmuş olacaktır.

Arş. Gör. *Emin ÇELİK*

• • •

Rekabet Kurulu T. 05.08.2021, K. 21-37/520-255

Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti., Google International LLC, Google LLC, Google Ireland Limited ve Alphabet Inc. (hep birlikte *Google*) isimli teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak Rekabet Kurumu nezdinde yürütülmekte

¹ Kararın tam metni için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (E.T.: 19.01.2022).

olan soruşturmada, *Google* tarafından 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na dayanılarak bilgi edinme başvurusu yapılmış ve söz konusu soruşturma kapsamındaki *tüm bilgi ve belgelere* erişim talep edilmiştir. Başvuru, Rekabet Kurumu Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği tarafından, başvuruya konu bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Kanun ile 2010/3 sayılı Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca bilgi edinme hakkı kapsamında sunulamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurunun reddi üzerine Ankara 5. İdare Mahkemesinde açılan davada, ilk inceleme raporu ile önaraştırma raporunun erişime açılması talebinin reddinde hukuka uyarlık bulunmadığı ifade edilmiş, "*savunma hakkı ile ticari sırların korunması arasındaki dengenin makul bir şekilde kurulması amacıyla*" ilgili raporların ticari sırlardan arındırılmış nüshalarının davacı şirketin erişimine açılması gerektiğine karar verilmiştir. Rekabet Kurulu da ilgili kararda yer alan iptal gerekçesini dikkate almış, ilk inceleme raporu ile önaraştırma raporunun ticari sırlardan arındırılarak *Google* yetkililerinin erişimine açılmasına karar vermiştir. İlgili raporların erişime açılması hususunda emsal teşkil eden bu kararı, rekabet hukuku bakımından oldukça önemli bir gelişme olarak nitelendirmek mümkün görünmektedir.

Arş. Gör. Burak IŞIK

Kamu Hukuku***Danıştay 10. Daire, T. 10.3.2021, E. 2016/13579 K. 2021/1030***

Karar, 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun (TVK) 16. maddesinde düzenlenen Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması ile ilgilidir. Olayda Kırgızistan vatandaşı olan davacı 04.02.2009 tarihinde Türk vatandaşı ile evlenmiş ise de Türk vatandaşı eş 25.03.2011 tarihinde tutuklanmış ve hükümlü olarak cezaevine alınmıştır. 09.02.2012 tarihinde 5901 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanma istemiyle davalı idareye başvuran davacıya yanıt olarak, eşinin tutukluluğu sebebiyle TVK'nın 16. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan "aile birliği içinde yaşama" şartını sağlamadığı gerekçesiyle ret kararı verilmiştir. Yargıtay ise Türk vatandaşı tutuklu eşin cezaevinde bulunduğu sürede düzenli olarak maddi olarak destekte bulunduğu, ayrıca davacının eşinin ailesiyle aynı apartmanda yaşaması sebebiyle davacının eşi ile evlilik birliğini fiilen aynı çatı altında olmasa da manevi olarak sürdürmeye devam ettiği, dolayısıyla davacı açısından bu şartın gerçekleştiği kanaatine varmış ve davacının temyiz istemini kabul etmiştir. Bu karar, TVK'da geçen "aile birliği içinde yaşama" kavramına açıklık getirmesi bakımından önem taşımaktadır.

Arş. Gör. Cansu KAYA

• • •

Uluslararası Adalet Divanı'nın Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Uygulanması (Katar / Birleşik Arap Emirlikleri) Kararı²

11.06.2018'de Katar, 21.12.1965 tarihli "Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination-CERD*)" ihlal edildiği iddiasıyla Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) aleyhine dava açmıştır. Başvurusunda Katar, diğer iddialarının yanı sıra, 5 Haziran 2017'de BAE'nin Katarlılara ulusal kökenleri temelinde bir dizi ayrımcı önlemleri yürürlüğe koyduğunu iddia etmiştir. Katar başvuru sırasında, esasa ilişkin karar verilmeye kadar, Sözleşme kapsamındaki haklarını korumaya yönelik geçici önlemlerin alınmasını da talep etmiştir.

23.07.2018 tarihli Kararda Uluslararası Adalet Divanı, *CERD*'in 22. maddesi uyarınca taraflar arasındaki anlaşmazlığın bu Sözleşme'nin "yorumlanması veya uygulanması" ile ilgili olduğu ölçüde davayı ele alma yetkisine sahip olduğu ve Divan Statüsü'nün geçici önlemlerin alınması için gerekli şartların yerine getirildiği sonucuna varmıştır. Buna göre Divan, BAE'nin şu geçici önlemleri uygulamasına hükmetmiştir: (i) BAE tarafından 05.06.2017'de alınan tedbirlerle ayrılan Katarlı ailelerin yeniden bir araya gelmesi sağlanmalı, (ii) BAE tarafından 05.06.2017'de alınan tedbirlerden etkilenen Katarlı öğrencilere, eğitimlerini BAE'de tamamlama veya eğitimlerine başka bir yerde devam etmek isterlerse eğitim kayıtlarını alma fırsatı verilmeli ve (iii) BAE tarafından 05.06.2017'de alınan tedbirlerden etkilenen Katarlıların BAE yargı organlarına erişimlerine izin verilmelidir. Divan ayrıca, her iki Tarafa da önündeki anlaşmazlığı ağırlaştırabilecek, uzatabilecek veya çözümlenmesini zorlaştırabilecek herhangi bir eylemden kaçınılmasını emretmiştir.

30.04.2019'da BAE, Divan'ın yargı yetkisine ve başvurunun kabul edilebilirliğine yönelik itirazlarda bulunmuştur. Bunun üzerine Divan İç Tüzüğü uyarınca davanın esasına ilişkin yargılamalar askıya alınmıştır. 04.02.2021'de verdiği kararda ise Divan, uyuşmazlığın *CERD*'in konu bakımından kapsamı dışında kaldığına ilişkin ilk itirazı kabul etmiş ve Katar tarafından 11.06.2018'de yapılan başvuruyu değerlendirme yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir.

Arş. Gör. Mukaddes KORKMAZ SÜRER

² Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates) için bkz. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/172/172-20210204-JUD-01-00-EN.pdf>.