



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 81 | Sayı: 2023/1 | ISSN 1300-9885

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

www.gelincikprojesi.org.tr

ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

GaziosmanpaŐa Mah. Sahil Cad. No:46 GölbaŐı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association
is being permanently indexed in law databases.*

Yıl/Year: 81, Sayı/Issue: 2023/1, ISSN: 1300-9885

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı
Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

**Ankara Barosu | Designer of the 100th Anniversary of the
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**

Arda ENGİN (Ankara Barosu)

Mizanpaj | Page Layout

Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing Date

2023

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2023
Tüm Hakları Saklıdır.

ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed journal, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2023
All Rights Reserved.

ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mustafa KÖROĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Merkez Başkanı / Head of the Center
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER

Merkez Başkan Yardımcıları / Vice Presidents
Av. Songül KARATEKE ÖZTÜRK – Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Merkez Genel Sekreteri / Secretary
Av. Berkay YILMAZ

Merkez Saymanı / Bookkeeper
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Üyeler / Members

1. Av. İbrahim AKIN
2. Av. Abdulkadir ONAY
3. Av. Celal TOSUN
4. Av. Duyşen Selin KUZU KESİCİ
5. Av. Bülent DAĞSALI
6. Av. Taner EKEN
7. Av. Şeyma ERTAŞ
8. Av. Cemre MISIRLIOĞLU
9. Av. Ebubekir BAŞEL
10. Av. Elif BULUT
11. Av. Merve Nur KILIÇ
12. Av. Kübra ÜNLÜTÜRK
13. Av. Işıl Özge TAN
14. Av. Tuğçe TUNÇ
15. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
16. Av. Defne KARACA
17. Av. Cansu ÇIPLAK
18. Av. Esra YILDIZ
19. Av. Ayşe YARIMOĞLU
20. Av. Mehmet Şerif Furkan ÖZCAN
21. Av. İlayda BAŞBUĞA
22. Av. Ahmet COŞKUN
23. Av. Elif ŞAHİN
24. Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
25. Av. Ali Asker ELDEN
26. Av. Berkay AKAN
27. Av. Berkay ÖZDEMİR
28. Av. Elif BAYRAM
29. Av. Yaren Semina BAYRAKTAR
30. Av. Haluk Can ELMADAĞ
31. Av. Hatice ŞAKALAR
32. Av. Harun SAKINAN
33. Av. Özge AKTAŞ
34. Av. Alper ÇETİNER
35. Av. Anıl AKYOL
36. Av. Ahmet Can DULDA
37. Av. Emre CAN
38. Av. Veysel Göktuğ ÇAKMAK

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŐMA KURULU

- Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Müslüm AKINCI**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ramazan ARSLAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İrfan BARLASS**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mehmet DEMİR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Fikret EREN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Nadi GÜNAL**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Metin GÜNDAY**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ali Mehmet KOCAOĞLU**, Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Erdal ONAR**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)
- Prof. Dr. Fırat ÖZTAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
- Prof. Dr. Sühâ TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ayşenur TÛTÛNCÛ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Tören YÜCEL, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yıldız ABİK, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun AKBULUT, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gaye BAYCIK, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Veysel DİNLER, Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Saim ÜYE, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Doç. Dr. Bülent YÜCEL, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Özge SIRMA GEZER, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Zafer Ertunç ŞİRİN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Hamdi Deniz Ege GÖKTUNA, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN, Ankara Barosu
Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
Prof. Dr. Felix HERZOG, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
Prof. Dr. Marek ZUBIK, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
Doç. Dr. Sunčana Roksandić Vidlička, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
Av. Dr. iur. Necip Kağan KOCAOĞLU, New York Barosu (Amerika Birleşik Devletleri)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
4. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadeler yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
5. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
6. Hakemli makale dışında kalan yazıların abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
7. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
8. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
9. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
10. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmekçe Kullanmayın

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atıf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

2023/1

Başkanın Mesajı | *President's Messages*XV
Av. Mustafa KÖROĞLU

Hakemli Makaleler*Peer Reviewed Articles*

- 1** Grev ve Lokavt Yasakları..... 1
Av. Suheyl Rebi KURT
- 2** Postmodernizm ve Şiddet Tekelinin Dönüşümü 27
Dr. Önder PERÇİN
- 3** Kamu Görevlisi Alımında Sözlü Sınav ve Mülakat Yöntemleri ile
Yargısal Denetim Sorunu..... 63
Arş. Gör. Erdal ŞAHİN
- 4** Kişisel Verilere İlişkin Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru 115
Orhan Gazi YAŞAR
- 5** Kanunilik İlkesi Bağlamında Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle
Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarında
Manevi Unsur 149
Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER
- 6** Emsal Bedel ve Dava Konusu Edilmesi..... 213
Dr. Öğr. Üyesi Kerem ÖNCÜ

Makaleler*Articles*

- 1** Türk Hukukunda Yansıma Zararlar 245
Av. Enes YILDIRIM
- 2** Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilden Önce Kazanıldığı Durumlar 267
Av. Eşref Can GÜRBÜZ
- 3** Örgüt Suçlarının İnfazında Denetimli Serbestlik Uygulaması ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar 307
Av. Fatih GÖKÇE
- 4** Sigorta Alacaklarında Zamanaşımı..... 345
Av. Melisa GÜLHAN



Yitirdiklerimiz | *In loving memory of our late colleagues* 365



Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular,

Adalet kavramının içinin boşaltıldığı, adaleti temsil eden kişi ve kurumların türlü baskılara maruz kaldığı, en temel insan haklarının dahi yok sayılarak ihlal edildiği dönemlerde; avukatlar ışık olmakta direnmek ve yüzünü aydınlığa çevirmekte kararlı bir şekilde uyanık olmak zorundadır.

“Baro nedir?” sorusunu hep sordum kendime, cevabı başka bir şey olabilir mi diye düşündüm, ama cevabı hep aynı cümlede buldum: “*Baro, değişen bir kurağdır.*” Kurağ, sanat değeri olan yapı demektir. Baro sürekli değişen bir sanat yapıtıdır, mimaridir. Toplumsal bir yapı olarak barolar dünyanın bütün ülkelerinde her zaman iktidarların saldırılarına maruz kalmıştır. Ne yazık ki dünyanın her yerinde böyle olmuştur. Hatta bu yüzden Portekiz Barolar Birliğinin efsane kadın başkanı Maria de Jesus Serra Lopes “Özgürlük Emri” olarak bilinen nişanı aldığı anda avukatlardan kendisinden sonra gelen meslektaşlarına bir emanet gibi bırakılmasını istediğini ifade ettiği mesajında ve Latince sözlerle şunu söylemiştir: “*Vigilia pretium libertatis – Ebedi teyakkuz özgürlüğün bedelidir*”. Avukatların ve baroların kendilerine yönelik saldırılar karşısında uyanık olmaları, sahip olduklarının özgürlüğün bedelidir. Başka bir deyişle onlar için özgürlüğün bedeli uyanık olmaktır.

“Birilerinin hayatında fark yaratıyorsanız, hayatın anlamı odur” diyerek başlamıştım bir önceki dergide yer alan ilk yazımda. Sessizliğimizin uzanmasında, varoluşsal bir ahenge ekli kendi seslerimizi duyamayacak kadar sağır eden bir zamanı yaşıyoruz. Her şey bu kadar hızlı değilken bile “uğultu değirmeni” demiş bu duruma A. Hamdi Tanpınar. İnsanı öğüten bu uğultunun ortasında giderek bir uzva dönüşen aletlerle (cep telefonları) kazarak derinleştirdiğimiz bir yalnızlık giderek daha da büyüyor. Bugünün çevrimiçi dünyasında hepimiz adeta dijital prize takılı, yönlendirilebilir birer veriye dönüştük. “Öngörülemeyenler” isimli bir kitap yazan Akan Abdula, kitapla ilgili olarak yazılan bir yazıda bu çaresizliği: “*İnsan haklarını azami seviyede dahi korumayan, sürekli veri toplayan, analiz eden sistemler bunlar. Bizler demir perde rejimlerine ve istihbarat örgütlerine karşı önlemlerimizi almaya çalışıyorduk ama prize takılmış insanların bırakın kendilerini korumayı, bu teknolojinin çalışma şeklini anlayabilmesi için dahi yeterli ‘veri okuryazarlığı’ yok.*” kelimeleri ile tespit etmiş. Hayatlarımızı ve olup biteni iyi okumalı ve birilerinin hayatında fark yaratmalıyız.

İşte bu yüzden yaşamaya çağrıldığımız bu yeni dünya düzeninde biz avukatlar olarak daha çok uyanık olmak zorundayız. Çünkü bireysel bakış açısıyla biz başkaları için özgürlüğün araçlarıyız ve insanlar bizlere onurunu, varlığını, özgürlüğünü, haklarını ve mallarını savunmayı bırakıyor. Bu güvenin aldatılmaması lazım. Bu nedenle bizler avukatlar olarak daha yetkin, daha titiz ve daha talepkâr olmalıyız, uyanık olmalıyız. Hukukçular; hukuka, gerçeğe, insan haklarını savunmaya bağlı oldukları için uyanık olmak zorunda. Baronun varlık sebebi avukatların ve yurttaşların haklarını savunmaktır. Bu nedenle uyanık olmak zorundadır. İktidar ve herkese karşı kendisine yöneltilen ekonomik, siyasi ve toplumsal saldırılara karşı hep uyanık olmak zorundadır. Ülke gündeminde yine iki maddelik bir Anayasa değişikliği var. Yapılmak istenen değişikliği de iyi anlamalı ve uyanık olmalıyız. Türkiye Cumhuriyeti'nin şu an içinde bulunduğu sorun, kuruluş felsefesinden uzaklaşan, kendi Anayasa'sına kendisi uymayan ve kendisine kulluk edilmesini isteyen bir baskıcı yönetim sorunudur. Bu sorun kuvvetler ayrılığına dayalı Anayasal düzenin ve hukukun üstünlüğüne dayalı çoğulcu demokrasinin yok olmasına neden oluyor.

Bundan yüzyıllar önce Montesquieu'nün söylediği gibi, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin tek elde toplandığı bir sistemde hiçbir şekilde hürriyet olmaz. 1748 yılında yayımlanan “Kanunların Ruhu (*De l'esprit des lois*)” isimli eserinde Montesquieu şöyle diyor: “Eğer aynı idarenin kişilik veya yapısında, yasama erki yürütme erkiyle birleşmişse, hiçbir şekilde hürriyet yoktur. Çünkü aynı monarkın veya aynı senatonun, zalimce yürütmek için zalimce kanunlar yapmasından korkulur.”

Ankara Barosu Yasa İzleme Merkezimiz tarafından yakın zamanlarda yapılan çalışmalar ile Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemine geçilen 24 Haziran 2018 tarihinden bu güne TBMM Genel Kurulunun 27'nci Dönemi mercek altına alınmıştır. Tabloya baktığımızda; Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi öncesi beş yasama yılında TBMM'de 712 yasama faaliyeti görülmürken bu sayının yeni sisteme geçildikten sonra 331'e düştüğünü, yeni sisteme geçildikten sonra TBMM'de 80 kanun yasalaşırken aynı dönemde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sayısının 89 olduğunu, yasama ve yargı organlarının faaliyetleri incelendiğinde; hukuk diliyle TBMM'nin adeta demokrasinin “mütemmim cüzi” işlevini giderek yitirdiğini, denetleme fonksiyonlarının örselendiğini; yargı erkinin Anayasa hükmüne rağmen giderek tarafsızlığını ve toplum nezdinde güvenilirliğini ve itibarını kaybettiğini görmekteyiz. Ne yazık ki Meclisimizin Türkiye Cumhuriyeti'ni 21'inci

yüzyıla taşıyacak kanun yapıcılık yerine adeta yasama faaliyetlerinin %65'ini teşkil eden uluslararası metinlerin onaylandığı bir kurul haline getirilmiştir.

Gördük ki; 2017 tarihli Anayasa Değişikliğinin sonucu o zaman söylendiği gibi “başkanlık sistemi” veya “Türk tipi başkanlık sistemi” değil Türkiye’de bir “kuvvetler birliği sistemi”nin kurulmasıdır. Daha çok özgürlüğe sahip olmadığımız gibi Anayasada temel hak ve özgürlükler düzeni ve kişi hakları sayılıyorken, akıl almaz gerekçelerle insanlar tutuklanıyor. Sürekli ‘adalet’ tartışıyoruz, yargı kararlarını eleştiriyoruz! Anayasa’nın 138’inci maddesi, hâkimlerin ‘Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre’ karar vereceklerini hükme bağlamışken; garip iddianemelerle içeride tutulan insanlar, şartları oluşmadığı halde kaçma şüphesiyle tutuklanıp yargılananlar! Hukuk etkisini zayıfların değil, güçlülerin üzerinde gösteriyorsa adalet imkânı vardır. Gücün emrindeki yargı yalnızca zorbaların sopasıdır. Bu durumun da Anayasa ile, kanun ile, hukuk ile izah edebilir bir tarafı yoktur. Vicdan ile de ilgisi yoktur ve Anayasada yer alan “Vicdan” nasıl oluşur diye soruyorum ister istemez. Victor Hugo’nun “*Vicdan insanoğluna kılavuzluk eden bir pusuladan başka nedir ki*” cümlesine sığınarak sanırım biz vicdanımızı, pusulamızı, anayasamızı kaybettik diye düşünüyorum. O yüzden ülkemizin anayasaya rağmen anayasa değişiklikleri diye nitelendirebileceğimiz durumlarla karşı karşıya bırakılmasını da doğru bulmuyorum.

Yine de biliyorum ki bu ülke, tarihinin en özgürlükçü anayasası olan 61 Anayasası için mücadele eden, 82 Anayasası’na karşı duran, özgeçmişine mutlaka 1961 Anayasası’nın sözcülüğünü yapmış olduğunun yazılmasını isteyen, Ocak ayı içinde ölüm yıldönümünde kendisini andığımız, katledilerek aramızdan ayrılan Ankara Barosu önceki başkanlarından Prof. Dr. Muammer Aksoy’ların ülkesi. Bu ülke onun öldürülmesinin ertesi günü “*Aksoy’u öldüren kurşun Atatürk ile Atatürkçülüğe sıkılmıştır*” diye 1 Şubat 1990 günü Cumhuriyet Gazetesi’nde yazı yazan yine onun gibi katledilen, yine Ocak ayı içinde andığımız hukukçu gazeteci yazar Uğur Mumcu’ların ülkesi. Bu ülke her zaman cesur hukukçulara sahip oldu. Çünkü onlar her zaman uyanık olmayı seçtiler. Bu yüzden biz avukatlar ve hukukçular anayasa temelli düzenin en önemli uygulayıcıları, cephedeki cesur neferleri ve uyumayanlarıyız.

Daha çok yeni 7’nci Yargı Paketi olarak kamuoyuna yansıyan ama ortada resmi bir metin olmayan çalışmayla ilgili kapsamlı görüşlerimizi parlamentodaki muhataplarımıza ivedi şekilde ulaştırdık. Yapılan her değişikliğin, kişilerin üstünlüğü yerine toplum sözleşmesi normlarının üstünlüğünü sağlaması için mücadelemizi kararlılıkla sürdürüyoruz. Küçük çocukların,

kadınların, işçilerin, ekonominin, hayvanların yaşamsal hakları için gece gündüz sürdürdüğümüz bu mücadeleyi uyanık kalarak sürdürmeye de kararlıyız.

Anatole France, “*Adalet ancak hakikatten, saadet ancak adaletten doğabilir.*” demiştir. 2023 yılı da adaleti tecelli ettirecek hakikatleri açığa çıkarma yılıdır. 2023 yılı Cumhuriyet’in 100. yılıdır; yargının onurunu değil bir asır, ilelebet sürdürecektir. 2023 yılı haklı direnişin yılıdır, baroların içini boşaltma düşüncesinin karşısında meslektaş dayanışmasını tarihe not düşürecek yıldır.

Değerli Meslektaşlarım, başka şansımız kalmadı. Birbirine inanması ve birbirini tutması gereken bir dijital çağın uyanık insanları olmak zorundayız.

Bizler her yıl olduğu gibi bu yılı da “herkes için adil bir adli yıl” temeniyle karşıladık. Hukukun üstünlüğünü içselleştirmiş meslektaşlarımızın emekleriyle var olan Baromuz, bu yılda da aynı güç ve kararlılıkla var olmaya devam etme arzusu ve heyecanı içerisindedir. Mesleki dayanışma ve beraberliğimizden kaynağını alan örgütlü gücümüz ise, tüm meslektaşlarımızın umudu olmaya devam edecektir.

Bu umudun görünür hallerinden biri de şu anda okumakta olduğunuz bu dergidir. Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi’nin 2023/1 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Yazarlarımızın özenle kaleme aldığı makalelerin mesleki çalışmalarınıza ışık tutmasını temenni ediyor, çok değerli katkılar sunan Ankara Barosu Yayınları Merkezi başta olmak üzere, kıymetli yazarlarımıza, editörlerimize, hakem ve raportörlerimiz ile emeği geçen herkese sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Son olarak, Alvin Toffler’in, “*21. yüzyılın cahilleri okuma yazma bilmeyenler değil; öğrenmeyenler, yeniden öğrenemeyenler ve öğrendikleri yanlışları değiştirmeyenler olacaktır.*” sözündeki öğrenmeye ve değişime açık bir duruş ile meslek onuru için vereceğimiz mücadeleden bir an bile olsun vazgeçmeyeceğimizi, savunma ve meslek örgütümüzün daha hakikatli yerlere geleceğine dair umudumuzu asla kaybetmeyeceğimizi bir kez daha vurgulamak istiyoruz.

Sonsuz bir umutla ve uyanıklıkla,

Saygılarımla.

Av. Mustafa KÖROĞLU

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Grev ve Lokavt Yasakları

Suheyli Rebi KURT*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Avukat (LLM), Ankara Barosu. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD Doktora Öğrencisi. (suheylibikurt@gmail.com). **ORCID:** 0000-0002-8533-9278

Makale geliş tarihi: 8 Aralık 2019 **Makale kabul tarihi:** 28 Kasım 2022

Atıf önerisi: Kurt, Suheyli Rebi. “Grev ve Lokavt Yasakları.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 1 (Ocak 2023): 1-26. **DOI:** 10.30915/abd.1225420

GREV VE LOKAVT YASAKLARI

ÖZ

Demokratik ülkelerin en önemli özelliklerinden biri, kişilere menfaatlerini korumaları için hak tanımalarıdır. İş hukuku kapsamında baktığımızda, iş sözleşmelerinin taraflarına yani işçi ve işverenlere tanınmış önemli haklardan biri grev ve lokavttır. Ülkemizde bu haklar Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Grev, işçilerin sosyal ve ekonomik haklarını korumak ve geliştirmek için işverene karşı kullandıkları bir haktır. Lokavt ise işverenin greve giren işçilere karşı kendi menfaatini korumak için kullanabileceği savunma niteliğinde bir haktır. Ancak grev ve lokavt sınırsız nitelikte değildir. Çünkü bazı grev veya lokavt hallerinde sadece işverenlerin veya işçilerin ekonomik çıkarları değil; üçüncü şahısların güvenlik ve sağlık gibi korunması gereken haklı menfaatleri, hatta kamu yararı da ağır olarak zedelenebilir. İşte bu gibi durumlarda grev ve lokavtın yasaklanması gündeme gelir. Belirtmek gerekir ki lokavt, greve bağlı olarak kullanılan bir hak olduğu için grev için getirilen yasaklar lokavt için de uygulanacaktır. Çağdaş hukuk sistemlerinde bu hakların kullanılması için taraflara en geniş biçimde olanak sağlayacak düzenlemeler yapılmaktadır. Ülkemizde de özellikle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile daha özgürlükçü bir şekilde grev ve lokavt hakkı tanınmaya çalışılmıştır. Bu nedenle de grev ve lokavt yasaklarının olduğu iş ve işyerleri azaltılmıştır.

Anahtar kelimeler:

grev

lokavt

kanuni grev

kanuni lokavt

grev ve lokavt yasakları

STRIKE AND LOCKOUT PROHIBITIONS

ABSTRACT

One of the most important features of democratic countries is that they give people the right to protect their interests. When we look at the scope of labour law, one of the important rights granted to the parties of labour contracts, namely workers and employers, is strike and lockout. In our country, these rights are guaranteed by the Constitution. Strike is a right that workers use against the employer to protect and improve their social and economic rights. Lockout, on the other hand, is a defensive right that the employer can use to protect its own interests against workers who go on strike. However, strikes and lockouts are not unlimited. Because in some cases of strike or lockout, it is not only the economic interests of employers or workers; the legitimate interests of third parties that need to be protected, such as safety and health, and even the public interest may be severely damaged. It is in such cases that the prohibition of strikes and lockouts comes to the agenda. It should be noted that, since lockout is a right that is exercised in connection with the strike, the bans imposed on strikes will also apply to lockouts. In contemporary legal systems, arrangements are made to allow the parties to exercise these rights in the widest way possible. In our country, especially with the Trade Unions and Collective Bargaining Law No. 6356, the right to strike and lockout has been tried to be recognized in a more liberal way. For this reason, businesses and workplaces with strike and lockout bans have been reduced.

Keywords:

strike

lockout

legal strike

legal lockout

strike and lockout prohibitions

GİRİŞ

Toplu iş uyuşmazlıklarının barışçı çözüm yolları ile çözümlenememesi durumunda iş mücadelesine yönelik çözüm yollarına başvurulur. Bu doğrultuda grev, işçilerin işveren üzerinde baskı meydana getirerek iş uyuşmazlıklarının çözümlenmesini sağlama amacıyla başvurdukları mücadele aracıdır. Lokavt ise işverenlerin işçiler üzerinde ekonomik baskı kurmak suretiyle iş uyuşmazlıklarının çözümlenmesini sağlama amacıyla başvurdukları mücadele aracıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olan grev hakkı ve lokavt sınırsız bir hak olmamakla beraber bazı durumlarda sınırlandırılması söz konusu olmaktadır. Çalışmamızda grev, lokavt ve bunlar için getirilen yasaklar; Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları, doktrin görüşleri ve uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak incelenmiştir.

I. GREV

Grevin, toplum içerisinde sosyal denge ve düzeni kuran işleviyle beraber hem sosyolojik hem de hukuki tanımı vardır. Sosyolojik anlamda grev, mesleki grubun karşı koymak istediği bir durum veya karar karşısında işi bırakmak suretiyle direnmesi olarak tanımlanabilir.^[1] Buna karşılık kanuni grev ise her ülkenin kendi yasal düzenlemeleri çerçevesinde belirlenmektedir. Biz de çalışmamızda kanuni grev üzerinden ilerleyeceğiz.

Günümüzde grev hakkı Anayasa ile tanınmış ve güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüktür. Anayasa m. 54'e göre, "*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.*" Görüldüğü gibi Anayasa, grev hakkını sadece toplu menfaat uyuşmazlıklarıyla sınırlı biçimde

[1] Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 8. Baskı, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2019), 421; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 556; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 281; Nurşen Caniklioğlu, "6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi," *Çalışma ve Toplum Dergisi* 39, no. 4 (2013): 290; Mahmut Kabakçı, *Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt*, (İstanbul: EMO Yayıncılık, 2004), 24; Alptekin Güney ve Kemale Aslanova, "Türk Hukuku'nda Grev Yasakları ve ILO Normları," *Çalışma ve Toplum Dergisi* 40, no. 1; (2014): 259.

düzenlemiştir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra ortaya çıkan toplu hak uyuşmazlıkları için grev hakkı (hak grevi) tanınmamıştır.^[2] Bu uyuşmazlıkların çözüm yeri grev değil mahkemelerdir.^[3] Ayrıca 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK)^[4] m.66/1 hükmüne göre, “*Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine, grev hakkı veya lokavttan vazgeçilmesine veya bunların kısıtlanmasına dair konulacak hükümler geçersizdir.*”

Toplu iş uyuşmazlıklarının barışçı yollar ile çözülememesi halinde iş mücadelesine yönelik çözüm yolları uygulanır. Grev, işçilerin işveren üzerinde baskı meydana getirmek suretiyle iş uyuşmazlıklarının çözümünün sağlanması amacıyla başvurdukları mücadele aracıdır.^[5]

A) YASAL TANIMI

6356 sayılı Kanun m. 58’de kanuni olan ve olmayan grevlerin tanımları yapılmıştır. Bu hükme göre:

“(1) İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya

[2] Aziz Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 7. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 421; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 514; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 605; Mehmet Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 316; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 26. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 610; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 6. Baskı, (Ankara: Gazi Kitapevi, 2013), 596; Ünal Narmanlıoğlu, *Grev*, (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1990), 98-99; Sümer, *İş Hukuku*, 281; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 559.

[3] Mehmet Nusret Bedük, “Toplu Hak Uyuşmazlığı Halinde İşçinin Yargısal Yollara Başvurma Hakkı,” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 147 (2018): 16-17; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 640-641.

[4] RG, 7.11.2012, 28460.

[5] “Literatürde bazen ‘savaş’ benzetilen grev, gerçekten bir baskı aracıdır.” Yargıtay HGK, E.2017/2783, K.2017/1427, 22.11.2017; Caniklioğlu, “Grevin Ertelenmesi,” 296; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 556; Narmanlıoğlu, *Toplu İş İlişkileri*, 554.

bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.

(2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.

(3) Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır.”

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere grev, kanuni grev ve kanun dışı grev olarak ikiye ayrılmaktadır. Grev tanımına uyan her davranış kanuni grev değildir. Yapılan grevin kanuni grev sayılabilmesi için bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan grev kanun dışıdır.

B) KANUNİ GREVİN UNSURLARI

1- Amaç

Kanun hükmünde belirtildiği üzere kanuni grev, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla yapılabilir. Anayasa ve kanuna göre kanuni grev, 275 sayılı Kanun döneminden farklı olarak, sadece toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde söz konusu olur.^[6] Bu amaç dışında yapılan grevler kanun dışıdır. Genel grev, siyasi amaçlı grev ve dayanışma grevi ile işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişlerin kanunda belirtilmiş amacın dışında olması sebebiyle hukuki dayanakları yoktur ve bu nedenle de kanun dışı grev olarak kabul edilirler.^[7]

[6] Melda Sur, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda Grev Hakkı,” *Sicil İHD*, no. 28, (Aralık 2012): 165; Devrim Ulucan, “Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları,” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 39, no. 4 (2013): 281 vd.; Narmanlıoğlu, *Grev*, 98-99; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 316; Narmanlıoğlu, *Toplu İş İlişkileri*, 605; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 559; Sümer, *İş Hukuku*, 283.

[7] “...toplular iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev; kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve de kanun dışı grev denilir. Siyasi amaçlı grev,

Bunların haricinde Avrupa Sosyal Şartı^[8] çerçevesinde Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) benimsediği kurallar ve Anayasa m.54'teki değişikliklere istinaden Yargıtay, bazı kısa süreli iş bırakmaları “*demokratik bir hakkın kullanımı*” ve “*toplu eylem hakkı*” kapsamında değerlendirmektedir.^[9] Toplu eylem hakkı aslında en temel olarak bilinen grev, işi yavaşlatma, fazla çalışmayı reddetme gibi fiilleri içine alan üst bir kavramdır.^[10] Yargıtay vermiş olduğu kararlarda; eylemin barışçı olması, salt siyasi nitelik taşımayıp işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarına ve işyeri uygulamalarına yönelik olması, son çare ve ölçülülük ilkelerine uygun olması gibi durumları dikkate almaktadır.^[11]

genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir.” Yargıtay 22. HD, E.2016/16899, K.2016/18989, 23.6.2016; Caniklioğlu, “Grevin Ertelenmesi,” 292; Tuncay ve Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 422; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 318; Sümer, *İş Hukuku*, 284.

- [8] Türkiye’de 7 Ağustos 1989’da onaylanması kararlaştırılmış ve iki ay sonra da onay kararnamesi Şartın Türkçe metniyle birlikte yayımlanmıştır. 27 Haziran 2007 tarihinde ise Türkiye Gözden Geçirilmiş Şartı onaylanmış ve 1 Ağustos 2007 tarihi itibarıyla Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Türkiye’de yürürlüğe girmiştir.
- [9] Ayrıntılı bilgi için bakınız: Secarettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 1018 vd.; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 436 vd.
- [10] Sevil Doğan, “Toplu Eylem Hakkı ve Siyasi Grev Bağlamında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi,” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 40, no. 1 (2014): 314.
- [11] “...temelde bir protesto niteliği taşıyan bu eylemin uluslararası normlar kapsamında toplu eylem hakkı çerçevesinde korunan bir eylem olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımı şeklinde protesto eylemleri barışçıl nitelik taşıdığı takdirde ve ölçülülük ilkesine uygun olmak şartıyla yasadışı eylem olarak değerlendirilmemelidir. Anayasanın 90. maddesiyle uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde kabul edilmesinin sonucu, temel hak ve özgürlükler konusunda uluslararası normlar ile iç hukuk kuralları arasında bir çatışma olduğu takdirde uluslararası normların dikkate alınmasını gerektirir.” Yargıtay 7. HD, E.2014/7358, K.2014/13055, 11.6.2014. Karar incelemesi için bakınız: Mesut Gülmez, “Toplu Eylem Hakkına Dahil Protesto Grevleri, Yasa Dışı Grev Değildir,” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 43, no. 4 (2014): 233 vd. Benzer yöndeki kararlar: Yargıtay 9. HD, E.2015/29679, K.2016/7920, 31.3.2016; Yargıtay 7. HD, E.2015/6191, K.2016/6856, 23.3.2016.

2- İşçi Sendikası Kararı

Kanun maddesinde işçilerin aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaç için verdiği karara uyararak topluca çalışmamalarına grev denilmektedir. Ancak yine Kanun'da belirtildiği üzere toplu görüşmede işçi tarafını sadece işçi sendikasının temsil edebileceği esasının bir sonucu olarak greve bu işçi sendikasının kararı ile gidilebilecektir.^[12] Dolayısıyla işçi sendikası dışında herhangi bir kuruluşun (konfederasyon, dernek vs.) kararı doğrultusunda yapılan grev kanun dışı grev sayılır.^[13] Ayrıca bu sendikanın o işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine de sahip olması gerekir.^[14]

3- İşçilerin Topluca İşi Bırakması

İşçiler topluca çalışmamak suretiyle işi bırakmalarıdır. Dolayısıyla Kanun kapsamında işçi sayılanlar dışındaki kişilerin (çırak, memur, serbest meslek mensupları vb.) topluca işi bırakmaları grev sayılmaz.^[15] İşin bırakılması, işin

[12] Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 1001; Çağlar Çopuroğlu, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Grev ve Lokavta İlişkin Düzenlemeleri,” *TİSK Akademi*, no. 2 (2013): 35.

[13] Mustafa Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkisi I*, 4. Bası, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1987), 164; Cevdet İlhan Günay, *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 1999), 720; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 518; Tuncay ve Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 420; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 317.

[14] “Bu hükümden anlaşılacağı üzere kanuna uygun grev kararı, yetkili işçi sendikası ile işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren arasında sürdürülen toplu görüşmelerde uzlaşmaya varılamamış ve resmî arabuluculuk aşamasında da sonuç alınamamış olması durumunda alınabilir. Bu hususu yani tarafların resmî arabuluculuk aşamasında da anlaşamadıklarını belirleyen resmî arabulucu tutanağının görevli makam tarafından taraflara tebliğinden sonra işçi sendikasının grev kararı alma yetkisi doğar.” Yargıtay HGK, E.2015/2170, K.2017/1426, 22.11.2017; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 575; Caniklioğlu, “Grevin Erteleme,” 292; Aktay, Arıcı ve Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 598; Ulucan, “Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları,” 277.

[15] Cevdet İlhan Günay, *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 1161; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 516-517; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 557; Göktaş ve Yılmaz, *Kanun Şerhi*, 1014; Tuncay ve Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 422; Oğuzman, *İşçi-İşveren İlişkisi*, 158; Çelik, Caniklioğlu ve

durdurularak işçilerin işyerinden ayrılmalarını ifade etmektedir. Bu zorunluluğa aykırı olarak, işçilerin işyeri dışında iş saatleri haricinde yaptıkları eylemler ile çalışmadan işyerinde kalma veya oturma grevi yapma halleri kanuni grev sayılmaz.^[16]

Kanunda yer alan işin bırakılması ifadesinden işçinin çalışması gereken işi bırakması anlaşılmalıdır. Bu nedenle işçilerin rapor almaları ya da yıllık izinlerini kullanmaları, dinlenme saatlerinde çalışmamaları ya da yazılı onayları olmaksızın fazla çalışma yapmaktan kaçınmaları grev olarak nitelendirilemez.^[17] Kanunda, işi bırakmanın topluca olmasından söz edilmektedir. Bunun “*birden çok işçinin işi bırakması*” şeklinde anlamak gerekir.^[18] Yani, grevin kanuni sayılması için belirli bir çoğunluğun arandığından söz edilemez. Yargıtay da eski bir kararında, kapıcı olarak çalışan işçi için alınan grev kararını ve uygulamasını topluca işi bırakma niteliğine sahip olmadığı için kanun dışı grev saymıştır.^[19]

Kanunda işin bırakılması koşul olarak öngörülmüş olmakla birlikte, işi bırakmanın süresi yönünde bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanunla bir süre sınırlamasının getirilmesi isabetli olmayacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, grev geçici niteliğe sahiptir. İşçilerin bir daha işe başlamamak üzere

Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 1002; Narmanlıoğlu, *Grev*, 54-55; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 316; Sümer, *İş Hukuku*, 282; Güney ve Aslanova, “Grev Yasakları”, 260.

[16] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 1001; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 557; Sümer, *İş Hukuku*, 282.

[17] Sümer, *İş Hukuku*, 282; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 519-520; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 424; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 558; Göktaş ve Yılmaz, *Kanun Şerhi*, 1015.

[18] Tuncay ve Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 416; Narmanlıoğlu, *Toplu İş İlişkileri*, 580; Caniklioğlu, “Grevin Ertelenmesi,” 293; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 316; Güney ve Aslanova, “Grev Yasakları,” 260; Oğuzman, *İşçi-İşveren İlişkisi*, 163. Aksi yönde görüş: Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 557.

[19] Yargıtay 9. HD, E.1976/10702, K.1976/14402, 31.5.1976, *İşveren Dergisi*, (Temmuz 1976): 26.

işyerinden ayrılmaları halinden grevden değil iş sözleşmesinin feshinden söz edilmelidir.^[20]

4- Kanuna Uygunluk

Toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümlenebilmesi ve toplu iş sözleşmesinin meydana getirilebilmesi için işçi sendikasının doğrudan greve gitmesi mümkün değildir. Bunun için öncelikle toplu görüşmelerin yapılmış ve resmi arabulucu tarafından arabuluculuk faaliyetinin yürütülmüş olması gerekir. Bu faaliyetin başarısız olması üzerine arabulucu tarafından düzenlenen uyuşmazlık tutanağının görevli makamlarca ilgililere tebliğ edilmesinden itibaren atmış gün içerisinde grev kararı alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilerek uygulamaya konulabilir. Bu süre içerisinde grev kararı alınmazsa veya uygulanacağı tarih karşı tarafa bildirilmezse işçi sendikasının yetkisi düşer (STİSK m.60/1). Alınan grev kararı işyerinde derhal ilan edilir (STİSK m.60/3).

Grevin doğumu için kanunda belirtilen hususların meydana gelmesi şarttır. Bunlardan birinin eksik olması ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması grevin kanun dışı olmasına neden olacaktır.

5- Grev Yasağı veya Engelinin Bulunmaması

Kanunda öngörülen grev yasağının bulunduğu veya grev engelinin ortaya çıktığı uyuşmazlıklarda, amaç ve kanuna uygunluk şartları sağlanmış dahi olsa grev kararı alınamaz ve uygulanamaz. Aksi takdirde yapılan grev, kanun dışı grev olacaktır.^[21] Grev yasakları, Kanunda öngörülmüş olan iş ve işyerlerinde veya belirli bir halin ortaya çıkması durumunda grev yapılmasını engeller. Bu yasaklar, sürekli grev yasakları ve geçici grev yasakları olarak ikiye ayrılır. Grev engellerinde ise önceden öngörülmüş bir grev yasağı yoktur. Belirli durumların gerçekleşmesiyle grev kararının uygulanması engellenir. Grev engelleri; grevin Cumhurbaşkanı tarafından ertelenmesi, işçilerin grev

[20] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 1002; Sümer, *İş Hukuku*, 283.

[21] Sümer, *İş Hukuku*, 285.

oylaması yapması, grevin mahkeme kararıyla durdurulması ve tarafların tahkim yoluyla anlaşmasıdır.^[22]

II. LOKAVT

Anayasa m.54'te grevden grev hakkı olarak bahsedilmiş olmasına rağmen, lokavta sadece lokavt olarak yer vermiştir. Ancak bu durum lokavtın hak olma özelliğini ortadan kaldırmaz.^[23] Çünkü işveren kanunda öngörülen koşullara uymak şartıyla, çıkarlarını korumak amacıyla, Anayasa ve kanunlar tarafından tanınan ve düzenlenen lokavta başvurabilir.

Lokavt, işverenlerin işçiler üzerinde ekonomik baskı kurmak suretiyle iş uyuşmazlıklarının çözümünün sağlanması amacıyla başvurdukları mücadele aracıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, grev hakkı doğrudan kullanılabilen bir hak olmasına karşın lokavt, grev hakkının kullanılmasına bağlıdır. Bu nedenle, Türk Hukukunda lokavt hakkı savunma lokavtı niteliğinde kabul edilmiştir.^[24]

A) YASAL TANIMI

6356 sayılı Kanun m.59'da lokavt tanımlanmış ve sınırlandırılmıştır. Bu hükme göre:

“(1) İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir.

[22] Detaylı bilgi için bakınız: Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 321 vd.; Sümer, *İş Hukuku*, 287 vd.; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 580 vd.

[23] Aktay, Arıcı ve Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 611; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 507; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 645; Sümer, *İş Hukuku*, 301; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 335.

[24] Melda Sur, “Lokavt Kavramı ve Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 47, no. 1, (Prof. Dr. Gündüz ÖKÇÜN'e Armağan, 1992): 140; A. Eda Manav Özdemir, *Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2016), 326; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 646 vd.; Sümer, *İş Hukuku*, 301; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 507; Gökteş ve Yılmaz, *Kanun Şerhi*, 1080-1081; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 335.

(2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması hâlinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavta kanuni lokavt denir.

(3) Kanuni lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavt kanun dışıdır.”

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere lokavt, kanuni lokavt ve kanun dışı lokavt olarak ikiye ayrılmaktadır. Lokavt tanımına uyan her davranış kanuni lokavt değildir. Yapılan lokavtın kanuni lokavt sayılabilmesi için bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan lokavt kanun dışıdır.

B) KANUNİ LOKAVTIN UNSURLARI

1- Amaç

Kanun hükmüne göre lokavta, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması durumunda gidilebileceği belirtilmektedir.^[25] Buna göre, işçilerin toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümünde ekonomik ve sosyal durumlarıyla çalışma koşullarını korumak veya düzenlemek amacıyla greve başvurmaları halinde işveren de kendi ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak amacıyla lokavta başvurabilir. Lokavtın sadece menfaat uyuşmazlığında söz konusu olması gerekir.^[26] Hak uyuşmazlıklarının çözümü için uygulanan lokavt kanun dışı lokavttır.

2- İşveren veya İşveren Vekili yahut İşveren Sendikası Kararı

Öncelikle toplu menfaat uyuşmazlıkları sonucunda alınan grev kararına karşı işveren veya vekili yahut işverenin sendika üyesi olması halinde işveren

[25] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 1003; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 646; Aktay, Arıcı ve Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 612; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 511-512.

[26] Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 646; Sümer, *İş Hukuku*, 303; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 337; Tuncay ve Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 421; Narmanlioğlu, *Toplu İş İlişkileri*, 605; Aktay, Arıcı ve Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 596; Narmanlioğlu, *Grev*, 98-99.

sendikası tarafından lokavt kararının alınması gerekir. Yargısal veya idari bir karar sonucu veya yer sarsıntısı, su baskını gibi işyerinin çalışmasına engel olan zorlayıcı bir nedenle işçilerin işten uzaklaştırılmaları halinde lokavttan söz edilemez.^[27]

3- İşçilerin İşten Uzaklaştırılması

Lokavtın gerçekleşmesi için işçilerin faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak şekilde ve topluca işten uzaklaştırılmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, yani faaliyetin tamamen durmasına sebep olmayacak şekilde sadece bir kısım işçilerin işten uzaklaştırılması lokavt olarak değerlendirilemez. Kanuni grevde bir kısım işçilerin çalışmaması şartı aranırken, lokavtta böyle bir olanak mevcut değildir. İşçilerin topluca işten uzaklaştırılmaları gerekir. İşten uzaklaştırılan işçilerin iş sözleşmeleri lokavt süresi boyunca askıda kalacaktır (STİSK m.67/1). Bu süre geçici niteliktedir ve bu sürenin ne kadar olduğu geçiciliği zedelemeyecektir. Çünkü burada esas olan toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlığa karşı mücadeledir.^[28] Ancak burada, grevdeki işçinin iradesine bağlı çalışmama durumu yerine, işverenin veya işveren vekilinin ya da işveren sendikasının iradesi sonucu ortaya çıkan çalıştırmama yani işten uzaklaştırma söz konusu olmaktadır.^[29]

4- Kanuna Uygunluk

Kanuni lokavtın doğumu için kanunda belirtilen hususların meydana gelmesi şarttır. Bunlardan birinin eksik olması ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması, lokavtın kanun dışı olmasına neden olacaktır. Dolayısıyla Kanuna uygun olarak alınan grev kararının kendisine tebliğ edilmesinden itibaren atmış gün içerisinde yetkili işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirerek uygulamaya koyabilir (STİSK m.60/2). Alınan lokavt kararı işyerinde derhal ilan edilir (STİSK m.60/3). Belirtilen tarihte

[27] Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 531; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 508; Sümer, *İş Hukuku*, 302.

[28] Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 650; Sümer, *İş Hukuku*, 302.

[29] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 1005; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 508.

lokavta başlanmazsa bu hak düşer ve yetki belgesinin bir hükmü kalmaz (STİSK m.60/4).

5- Lokavt Yasağı veya Engelinin Bulunmaması

Bir lokavtın kanuni lokavt niteliği teşkil edebilmesi için lokavt yasağı veya engelinin bulunmaması gerekir. Aksi takdirde yapılan lokavt kanun dışı lokavt olacaktır.^[30] Lokavt, greve bağlı olarak kullanılan ve savunma niteliğinde bir hak olduğundan grev yasakları ve engelleri lokavt için de geçerli olacaktır.^[31]

III. GREV VE LOKAVT YASAKLARI

Grev hakkı çağdaş hukuk sistemlerinde kabul edilmiş ekonomik ve sosyal haklar arasında yer alan bir haktır.^[32] Ancak bazı durumlarda grev sadece işverenlerin ekonomik çıkarlarını değil, üçüncü şahısların güvenlik ve sağlık gibi korunması gereken haklı menfaatlerini, hatta kamu yararını da ağır olarak zedeleyebilir. İşte bu gibi durumlarda grevin yasaklanması gündeme gelir. Bu nedenle grev hakkı mutlak ve sınırsız değildir.^[33]

Lokavt ise işverenin greve giren işçilere karşı kendi menfaatlerini koruma amacı için kullanılabileceği bir haktır. Yani bu hakkın kullanılması için öncelikle ortada bir grevin bulunması gerekir. Grev söz konusu değilse işveren lokavta gidemez. Bu kapsamda değerlendirdiğimizde grev için getirilen

[30] Sümer, *İş Hukuku*, 304.

[31] Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 338; Sümer, *İş Hukuku*, 304; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 561.

[32] “Hukukumuz açısından grev hakkı dayanağını Anayasa’da bulan temel ve sosyal ekonomik bir haktır. Sendika, toplu iş sözleşmesi gibi haklarla beraber grev hakkının da içinde bulunduğu sosyal hakların karakteristik özellikleri; bunların sosyal adaletin sağlanması, sosyal eşitsizliklerin azaltılması, ekonomik yönden güçsüzlerin korunması amacını taşımalarıdır. Bu itibarla grev işçilere özgü ekonomik bir baskı aracıdır.” Yargıtay HGK, E.2017/2783, K.2017/1427, 22.11.2017; Canıklıoğlu, “Grevin Ertelenmesi,” 299.

[33] Narmanlıoğlu, *Toplu İş İlişkileri*, 585.

yasaklar lokavt içinde uygulanacaktır.^[34] Çünkü bu durumlarda lokavtın yasal bir dayanağı olmayacaktır.

Anayasa'da toplu çıkar uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde tarafların grev ve lokavta başvurabilecekleri kural olarak kabul edilmekle birlikte (m.54/1), grev ve lokavtın yasaklanabileceği durumların ve yerlerin kanunla düzenlenebileceği (m.54/4) ve bu düzenleme kapsamına giren uyuşmazlıkların Yüksek Hakem Kurulunca çözüleceği belirtilmiştir (m.54/5). Böylece bazı işler ve işyerleri için grev ve lokavt yasağı koyabilme olanağı kanun koyucuya tanınmıştır. Kanun koyucu grev ve lokavt yasaklarını sürekli ya da geçici nitelikte yasaklar olarak düzenlemektedir. Ayrıca bu yasaklar kanunda belirtilenlerle sınırlıdır. Grev ve lokavt yasaklarının mahkeme kararıyla veya taraflar arası anlaşmayla genişletilmesi mümkün değildir.^[35]

6356 sayılı Kanundaki grev yasaklarını azaltmaya yönelik yaklaşım, Kanunun çıkarılma gerekçeleri arasında da yer alan uluslararası normlara, özellikle de ILO normlarına uygunluk açısından isabetli ise de bunların söz konusu normlar dikkate alındığında yeterli olduğundan söz etmek mümkün değildir.^[36] Çünkü ILO nezdinde ve öğretilerde eleştirilen birtakım yasaklar hala vardır. Belirtmek gerekir ki; grev hakkı ve yasaklarına ilişkin ILO'nun açık bir sözleşme hükmü veya tavsiye kararı yoktur. Ancak ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi, grev hakkının iki durumda yasaklanabileceğini veya sınırlandırabileceğini kabul etmektedir. Bunlardan ilki, kesintiye uğraması halinde halkın yaşamını, kişisel güvenliğini veya nüfusun tamamının veya bir kısmının sağlığını tehlikeye sokma sonucunu doğuracak esaslı hizmetler, ikincisi ise devlet adına otorite icra eden kamu görevlilerinin çalıştığı kamu hizmetleridir.^[37]

[34] Tankut Centel, "Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca Bakış," *TISK Akademi*, no. 1, (2013): 8; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 338; Sümer, *İş Hukuku*, 304; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 561.

[35] Burcu Ezer, *Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 131; Aktay, Arıcı ve Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 596; Centel, "Grev Yasak ve Sınırlamaları", 8.

[36] Caniklioğlu, "Grevin Erteleme," 300; Güney ve Aslanova, "Grev Yasakları," 262.

[37] Gülsevil Alpagut, "Çalışma Yaşamına İlişkin Anayasal Değişikliklere Genel Bakış," *Çimento İşveren Dergisi* 24, no. 4 (Temmuz 2010): 13; Murat Özveri, *Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar*, (İstanbul: Birleşik Metal-İş Yayınları,

Konuya ilişkin uluslararası hukuk incelendiğinde çeşitli farklılıklar görülmektedir. Alman Hukukunda iş mücadelesini düzenleyen belli bir kanun hükmü yoktur. Bu nedenle grev hakkına ilişkin değerlendirmeler Federal İş Mahkemenin kararları ile Federal Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre yapılmaktadır.^[38] Federal Mahkemelerin kararlarıyla esaslı hizmetlerde grev yapılamayacağı belirtilmiş olsa da esaslı hizmetlerin ne olacağı hakkında tartışmalar bulunmaktadır.^[39] İngiliz Hukukunda grev hakkıyla ilgili anayasal bir güvence ve herhangi bir kanun düzenlemesi yoktur. İngiliz Hukukunun (Common Law) temelini içtihatların oluşturması nedeniyle grev hakkına ilişkin değerlendirmeler de yine içtihat kararlarıyla yapılmaktadır.^[40] Dolayısıyla grev yasağı da bu içtihatlar ile değerlendirilir.

A) SÜREKLİ GREV VE LOKAVT YASAKLARI

Sürekli grev yasakları, kanunda öngörülen işler ve işyerleri açısından belirli bir süre veya karara bağlı olmadan grev kararı alınması ve uygulanmasının yasak olmasını ifade eder.^[41] Sürekli grev ve lokavt yasağının bulunduğu işyerleri için yapılmak istenen toplu iş sözleşmeleri açısından toplu görüşme ve arabuluculuk aşamaları normal şekilde işleyecektir. Ancak arabuluculuk safhası anlaşmazlık ile sonuçlanırsa artık grev yoluna değil, zorunlu tahkim yoluna gidilecektir (STİSK m.51/1).^[42]

2012), 152; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 439; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 560-561; Güney ve Aslanova, “Grev Yasakları,” 267.

[38] Reinhard Richardi, “Alman İş Hukukunda İş Mücadelesi Araçlarında Eşitlik,” Çev. Öner Eyrenci, *İş Hukuku Dergisi 2*, no.1: 17; Caniklioğlu, “Grevin Ertelenmesi,” 301; Ulucan, “Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları,” 282.

[39] Esaslı hizmet değerlendirmesi için bakınız: Harald Schliemann, “Streik in der Daseinsvorsorge,” RdA 2012, no. 1, 15 vd. (<https://beck-online.beck.de/Dokumen.t?vpath=bibdata%2Fzeits%2Frda%2F2012%2Fcont%2Frda.2012.14.1.htm&cancel=Y-300-Z-RDA-B-2012-S-14-N-1>).

[40] Aysen Tokol, *Avrupa Topluluğuna Üye Ülkelerde Sendikal Hareket*, (Bursa: Uludağ Üniversitesi Basımevi, 1993), 63.

[41] Sümer, *İş Hukuku*, 285; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 320.

[42] “Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında

ILO eleştirileri karşısında daraltılan grev ve lokavt yasaklarına ilişkin 6356 sayılı Kanun m. 62/1'e göre: "Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; (...) Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarının yürütülen itfaiye (...) ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz." Görüldüğü gibi kanun maddesi grev ve lokavtın yasak olduğu işleri ve işyerlerini tek tek saymıştır.^[43]

Daha önce bu fıkrada yer alan bankacılık ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde bulunan grev ve lokavt yasakları, kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen nitelikte olmadığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.^[44] Ana-

tarafklar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir." Yargıtay HGK, E.2020/189, K.2020/888, 17.11.2020.

[43] Detaylı bilgi için bakınız: Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 561 vd.

[44] "... 235. Grevin yasaklanabileceği işler ve işyerleri geniş toplum kesimlerini ilgilendiren ve yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleridir. Buna göre kesilmesi halinde toplumun ciddi ölçüde zarara uğrayabileceği yaşamsal nitelikteki hizmetler, insan sağlığını, milli savunma ve güvenliği ilgilendiren işler için grev ve lokavt yasaklanabilecektir. İptali istenen kurallar ile getirilen yasak kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen faaliyetler değildir. Kurallar ile grev ve lokavt yaşağı kapsamına alınan alanlar; yaşamsal nitelik taşımayan, insan sağlığına doğrudan etki etmeyen, milli savunma ve güvenlik ile ilgili yönleri bulunmayan ve toplumun tümünü doğrudan etkilemeyen hizmetlerdir. Dolayısıyla bu tarz hizmetlerde toplumun tümünü ilgilendiren stratejik öneme sahip olan kamusal çıkarlar bulunmamaktadır. ...

239. Ölçülülük ilkesiyle devlet, grev yasaklamanın topluma sağladığı kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İtiraz konusu kurallar, bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev hakkının sınırlandırılmasının ötesinde, hakkı tamamen ortadan kaldırmakta olduğundan ve kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırıdır. Bu bakımdan, bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev yaşağının, korunması düşünülen yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi ve stratejik öneme sahip olmaması nedeniyle Anayasa'nın 54. maddesinde yer alan grev hakkına

yasa Mahkemesi de bu kararıyla daha özgürlükçü bir tutum sergileyerek ILO kriterlerine uygun bir adım atmıştır. Ancak yine de yeterli bir gelişme değildir. Çünkü yukarıda da açıkladığımız üzere ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi grev ve lokavtın sadece kamu görevlerinde ve esaslı hizmetlerde olması durumunda yasaklanabileceğini kabul etmektedir. ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi yayımladığı bir raporda grev hakkı ile ilgili temel bir çerçeve çizmiştir. Bu rapora göre; radyo-televizyon, maden, petrol, genel ulaştırma, limanlar, soğutma, bankacılık, otel, bilgisayar hizmetleri, inşaat, mağazalar, otomotiv, parklar, uçak onarım, metal sektörü, gıda temin ve dağıtım, devlet matbaaları, eğitim, kamuya ait alkol, tuz ve şehir içi ulaştırma, tütün tekelleri, posta, darphane hizmetleri temel hizmetlerden değildir ve grev yasağı kapsamına alınmaz.^[45] Ancak yine bu raporda; hastaneler, elektrik üretimi, dağıtım hizmetleri, şehir suyu şebeke hizmetleri ve telefon hizmetleri temel hizmetler olarak nitelendirmiştir.^[46] Bu nedenle de 6356 sayılı Kanunda belirtilen cenaze işleri ve mezarlıklar, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işleri esaslı hizmetler olarak değerlendirilmemelidir.^[47] Dolayısıyla bu hizmetlere getirilen grev yasakları ILO kriterlerine aykırılık teşkil etmektedir.

2822 sayılı Mülga Kanunda yer alan noter hizmetleri, aşı ve serum imal eden işyerleri, hastane dışındaki klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser ve eczane gibi sağlıkla ilgili işyerlerinde, eğitim ve öğretim kurumlarında, çocuk bakım yerleri ile huzur evlerinde grev ve lokavt yasakları 6356 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Yine bu Kanun'da "*Savaş halinde, genel ve kısmi seferberlik süresince grev ve lokavt yapılamaz.*" denilmiştir. Bu düzenleme 6356 sayılı Kanun'da yer almamıştır. Ancak böyle bir düzenlemenin Kanun'da yer almaması unutkanlık olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü söz konusu haller her ne kadar yasak kapsamında yer almasa da Cumhurbaşkanına milli

ölçüsüz bir müdahale olduğu açıktır..." Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/161 sayılı Kararı, RG, 11.11.2015, 29529.

[45] Freedom of Association, "Digest of Decisions And Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO", (2006), 120-121 (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_090632.pdf).

[46] Freedom of Association, 120.

[47] Özveri, *Sendikal Haklar*, 153.

güvenliği bozucu durumlarda atmış gün süre ile grev ve lokavtı erteleme yetkisi tanınmıştır (STİSK m.63/1).^[48]

Son olarak belirtmek gerekir ki hukukumuzda 6356 sayılı Kanunda belirtilen grev yasaklarının dışında özel bazı kanunlarda da grev yasaklarına yer verilmiştir.^[49] Bu bağlamda hukukumuzda düzenlenen diğer grev yasağı 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda^[50] öngörülmüştür. Gerçekten anılan kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK (Merkezî Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi) tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz (m.137/2). Diğer bir grev yasağı da 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'da^[51] düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre, özel güvenlik görevlileri greve katılamaz ve lokavt nedeniyle işten uzaklaştırılmazlar (m.17 ve 18).

B) GEÇİCİ GREV VE LOKAVT YASAKLARI

Geçici grev yasakları, grev hakkının kullanılmasının geçici olarak önlendiği ve geçici yasağın ortadan kalkmasıyla birlikte grev hakkının tekrar kullanılabilir olduğu hallerdir.^[52] Geçici grev ve lokavt yasağının bulunduğu hallerde grev yapılamaz, yapılmakta olan greve devam edilemez. Bu dönem içinde grev

[48] Nüvit Gerek, "6356 Sayılı Kanunun Grev Ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler," *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 24, no.6, (2013): 5; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 704; Centel, "Grev Yasak ve Sınırlamaları," 17-18, Güneş ve Aslanova, "Grev Yasakları," 264; Çopuroğlu, "Grev ve Lokavt," 31.

[49] Daha önce 3218 sayılı ve 6.6.1985 tarihli Serbest Bölgeler Kanunu'nun (RG, 15.6.1985, 18785) geçici birinci maddesinde serbest bölgelerde faaliyete başlayan işyerlerinde on yıl boyunca grev ve lokavt yapılamayacağı hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm, 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanunla (RG, 9.8.2002, 24841) yürürlükten kaldırılmıştır.

[50] RG, 30.12.2012, 28513.

[51] RG, 26.6.2004, 25504.

[52] Centel, "Grev Yasak ve Sınırlamaları," 10; Sümer, *İş Hukuku*, 274; Narmanlıoğlu, *Grev*, 184; Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 321.

kararı alınmasında yasal bir engel yoktur.^[53] Ancak alınan grev kararının uygulanması bu dönem içinde mümkün değildir. 6356 sayılı Kanun'da geçici grev yasakları; genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olayları ve yurt içindeki seyir halinde bulunan ulaştırma araçları için düzenlenmiştir.

1- Genel Hayatı Önemli Ölçüde Etkileyen Doğa Olayları

6356 sayılı Kanuna göre, “Cumhurbaşkanı, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir.” (m.62/2). Eski kanunda Bakanlar Kuruluna verilen bu yetki, 6356 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, grev ve lokavtın yasaklanmasına gerekçe olarak gösterilen durum, gerçekten genel hayatı önemli derecede etkileyecek bir durum olmalıdır. Deprem, sel, toprak kayması gibi durumlar genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarına örnek olarak verilebilir.^[54]

Cumhurbaşkanına verilen bu yetki ile “gerekli gördüğü işyerlerinde” grev hakkı ve lokavtı yasaklamasının Kanunda belirtilen herhangi bir objektif ölçütü yoktur.^[55] Bu nedenle Cumhurbaşkanı, keyfi bir kullanım ile Anayasal hak olan grev hakkı ve lokavtın engellenmesine sebep olabilir. Ayrıca Cumhurbaşkanınca getirilen geçici nitelikteki yasağın kaldırılma işleminin nasıl olacağı da Kanunda belirtilmemiştir. Yasağın kalkması için yeni bir Cumhurbaşkanı kararı mı gereklidir yoksa genel hayatı önemli derecede etkileyecek durum ortadan kalktığında yasak da kendiliğinden ortadan kalkacak mıdır belli değildir. Dolayısıyla Kanun maddesinin bu eksiklikleri giderilerek yeniden düzenlenmesi daha doğru olacaktır. Ancak belirtmek

[53] Seza Reisoğlu, *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1986), 288 vd.; Sümer, *İş Hukuku*, 286. Aksi yönde görüş: Güney ve Aslanova, “Grev Yasakları,” 263.

[54] A. Murat Demircioğlu, “Türk İş Hukukunda Grev Hakkına İdari Tasarruflarla Müdahale,” *İş Hukuku Dergisi 1*, no. 2, (Nisan-Haziran, 1991): 183; Caniklioğlu, “Grevin Ertelenmesi”, 305; Centel, “Grev Yasak ve Sınırlamaları,” 10; Sümer, *İş Hukuku*, 286; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 568; Göktaş ve Yılmaz, *Kanun Şerhi*, 1107.

[55] Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 568.

gerekir ki, Cumhurbaşkanının grev hakkı ve lokavtı geçici olarak yasaklama kararı idari bir karar olduğu için her zaman yargı yoluna başvurulabilir.^[56]

2- Yurt İçi Ulaşım Araçlarının Seyirleri

Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz (m.62/3). Bu yasak yolculuk süresiyle sınırlıdır.^[57] Sözü edilen araçların yurt içindeki varış noktalarına ulaşmalarıyla birlikte grev yasağı ortadan kalkar. Bu yasağın ortaya çıkması için herhangi bir makam veya merciin kararına ya da onayına ihtiyaç yoktur.

Henüz yarı yoldayken ulaştırma aracında grev yapılmasının üçüncü kişiler için zarara yol açabileceği ve özellikle henüz gideceği yere varmamış yolcuları olumsuz etkileyebileceği göz önüne alınarak söz konusu yasak getirilmiştir.^[58] Ayrıca belirtelim ki bu yasak yalnız insan taşımacılığını değil, hayvan ve eşya taşımacılığını da kapsamaktadır. Kanunda bu konuda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla hayvan ya da eşya taşıyan ulaştırma araçları da varma yerine ulaşıncaya kadar grev yapamazlar.^[59]

3- Grev Ertelemesi

Grev ertelenmesi her ne kadar 6356 sayılı Kanunda özel olarak düzenlenmiş olsa da aslında grev ve lokavt yasağı olarak da karşımıza çıkmaktadır. Çünkü Kanundaki grev ertelenmesine ilişkin hükmüne baktığımızda, belirtilen durumların varlığında grev veya lokavtın uygulanması yasaklanmaktadır. Bu hükme göre; *“Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt; genel sağlığı veya millî güvenliği, bozucu nitelikte ise Cumhurbaşkanı bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme*

[56] Erhan Tural, “Türk Hukukunda Grev Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Görünümü,” *TAAD* 4, no. 15 (Ekim, 2013): 442; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 569-570; Sümer, *Uygulamalar*, 704.

[57] Caniklioğlu, “Grevin Ertelemesi,” 312.

[58] Günay, *Grev ve Lokavt Hukuku*, 785; Caniklioğlu, “Grevin Ertelemesi,” 312; Güney ve Aslanova, “Grev Yasakları,” 264.

[59] Narmanlioğlu, *Toplu İş İlişkileri*, 662; Narmanlioğlu, *Grev*, 193; Günay, *Grev ve Lokavt Hukuku*, 786.

süresi, kararın yayımı tarihinde başlar.” (m.63/1). Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere ortada karar alınmış veya uygulanmaya başlanmış kanuni bir grev veya lokavtın olması gerekir.^[60] Aksi takdirde grev ertelemesinden söz edilemez. Ayrıca ortada grev veya lokavtın ertelenmesini gerektirecek, genel sağlığı ve milli güvenliği bozacak bir neden olmalıdır ve bu neden ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir.^[61] Erteleme süresi içinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı veya belirleyeceği bir arabulucu (m.60/7) uyuşmazlığın çözümü için her türlü çabayı gösterir. Ayrıca taraflar uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilirler (m.63/2). Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer (m.63/3).

Cumhurbaşkanının erteleme kararına karşı Danıştay’da yürütmenin durdurulması talebiyle iptal davası açılabilir. Erteleme atmış gün içinde Cumhurbaşkanı tarafından kaldırılır veya Danıştay tarafından grevi erteleme kararının yürütülmesinin durdurulması kararı verilirse ya da erteleme iptal edilirse bu tarihten itibaren atmış gün içerisinde ve karşı tarafa en az altı işgünü önceden bildirimde bulunulursa, grev veya lokavt uygulamasına belirtilen tarihte başlanır.^[62]

[60] Caniklioğlu, “Grevin Ertenmesi,” 308; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 593; Göktaş ve Yılmaz, *Kanun Şerhi*, 1100.

[61] Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 593 vd.; Göktaş ve Yılmaz, *Kanun Şerhi*, 1100; Caniklioğlu, “Grevin Ertenmesi,” 310.

[62] Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 322; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 597.

SONUÇ

Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olan grev hakkı ve lokavt mutlak ve sınırsız bir hak değildir. Bazı durumlarda grev sadece işverenlerin ekonomik çıkarlarını değil; üçüncü şahısların güvenlik, sağlık gibi korunması gereken haklı menfaatlerini veya kamu yararını da ağır olarak zedeleyebilir. İşte bu gibi durumlarda grevin ve dolayısıyla da greve bağlı bir hak olan lokavtın yasaklanması gündeme gelir. Ancak Anayasa m.13'te belirtildiği üzere, *“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.”* Dolayısıyla grev hakkı ve lokavta getirilen yasaklar bu hükme uygun olarak getirilmelidir. Aksi takdirde getirilen yasaklar Anayasaya aykırı nitelikte olur. Ayrıca grev ve lokavt yasakları uluslararası nitelikteki ILO kriterlerine uygun olmalıdır. Bu nedenle Sendika Özgürlüğü Komitesi kriterleri dikkate alındığında, grev ve lokavt yasakları ancak kamu görevlerinde ve esaslı hizmetlerde getirilmelidir.

Lokavtın greve bağlı kullanılabilen bir hak olması nedeniyle grev için getirilen yasaklar lokavt için de uygulanacaktır. Grev ve lokavt yasakları sürekli olabilecekleri gibi geçici nitelikte de olabilirler. Sürekli grev yasakları 6356 sayılı Kanunun m.62/1'de gösterilen işler ve işyerleri için düzenlenmiştir. Geçici grev yasakları ise aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen; genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olayları ve yurt içindeki seyir halinde bulunan ulaştırma araçları için düzenlenmiştir.

6356 sayılı Kanundaki düzenlemeleri incelediğimizde, özellikle ILO normlarına uygun olarak grev ve lokavt yasakları azaltılmıştır. Ancak yine de bu azalmanın yeterli olduğunu söyleyemeyiz. Kanımızca, kamu kuruluşu niteliğindeki iş yerlerinde söz konusu olan grev ve lokavt yasaklarının da kaldırılması gerekir. Çünkü bu işyerlerinde çalışan işçilerin de menfaatlerini korumak için Anayasal bir hak olan grev hakkını kullanmaları gerekir. Ayrıca genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleşmesi durumunda grev ve lokavtın Cumhurbaşkanı tarafından yasaklanması, Anayasa m.13'te belirtilen *“kanunilik ilkesine”* uygun düşmemektedir. Dolayısıyla bu noktalarda yapılacak değişikliklerle grev hakkı ve lokavt, ILO normlarına ve uluslararası düzenlemelere uygun olarak daha özgür bir şekilde kullanılabilir.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin, Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen-Kaplan. *İş Hukuku*. Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara: Gazi Kitapevi, 2013.
- Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Alpagut, Gülsevil. “Çalışma Yaşamına İlişkin Anayasal Değişikliklere Genel Bakış.” *Çimento İşveren Dergisi* 24, no. 4 (Temmuz 2010): 8-25.
- Bedük, Mehmet Nusret. “Toplu Hak Uyuşmazlığı Halinde İşçinin Yargısal Yollara Başvurma Hakkı.” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 147 (2018): 14-23.
- Caniklioğlu, Nurşen. “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi.” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 39, no. 4 (2013): 289-316.
- Centel, Tankut. “Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca Bakış.” *TİSK Akademi*, no. 1, (2013): 6-21.
- Çelik, Nuri. *İş Hukuku Dersleri*. Yenilenmiş 26. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Çopuroğlu, Çağlar. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Grev ve Lokavta İlişkin Düzenlemeleri.” *TİSK Akademi*, no. 2 (2013): 28-49.
- Demircioğlu, A. Murat. “Türk İş Hukukunda Grev Hakkına İdari Tasarruflarla Müdahale.” *İş Hukuku Dergisi* 1, no. 2, (Nisan-Haziran, 1991): 165-199.
- Doğan, Sevil. “Toplu Eylem Hakkı ve Siyasi Grev Bağlamında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi.” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 40, no. 1 (2014): 304-334.
- Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku Dersleri*. 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Ezer, Burcu. *Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

- Freedom of Association. “Digest of Decisions And Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO.” (2006), (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_090632.pdf).
- Gerek, Nüvit. “6356 Sayılı Kanununun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler.” *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 24, no.6, (1993): 1-14.
- Göktaş, Seracettin ve Gökhan Yılmaz. *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Gülmez, Mesut. “Toplu Eylem Hakkına Dahil Protesto Grevleri, Yasa Dışı Grev Değildir.” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 43, no. 4 (2014): 233-256.
- Günay, Cevdet İlhan. *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Günay, Cevdet İlhan. *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 1999.
- Güney, Alptekin ve Kemale Aslanova. “Türk Hukuku’nda Grev Yasakları ve ILO Normları.” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 40, (2014): 257-272.
- Kabakçı, Mahmut. *Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt*. İstanbul: EMO Yayıncılık, 2004.
- Kandemir, Murat. “Olağanüstü Yönetim Usullerinin Grev ve Lokavt Hakkına Etkisi.” *Kamu-İş* 9, no. 4, (2008): 19-37.
- Manav Özdemir, A. Eda. *Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2016.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *Grev*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1990.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku II. Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Oğuzman, Mustafa Kemal. *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkisi I*. 4. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1987.
- Özveri, Murat. *Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı ve Sendikal Haklar*. İstanbul: Birleşik Metal-İş Yayınları, 2012.

- Reisoğlu, Seza. *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*. Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1986.
- Richard, Reinhard. “Alman İş Hukukunda İş Mücadelesi Araçlarında Eşitlik.” Çev. Öner Eyrenci, *İş Hukuku Dergisi* 2, no.1: 17-29.
- Schliemann, Harald. “Streik in der Daseinsvorsorge.” RdA 2012, no. 1, 14-26 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Frda%2F2012%2Fcont%2Frda.2012.14.1.htm&anchor=Y-300-Z-RDA-B-2012-S-14-N-1>).
- Sur, Melda. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda Grev Hakkı.” *Sicil İHD*, no. 28, (Aralık 2012): 163-171.
- Sur, Melda. “Lokavt Kavramı ve Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 47, no. 1, (Prof. Dr. Gündüz ÖKÇÜN’e Armağan, 1992): 139-151.
- Sur, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 8. Bası, Ankara: Turhan Kitapevi, 2019.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*. 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Tokol, Aysen. *Avrupa Topluluğuna Üye Ülkelerde Sendikal Hareket*. Bursa: Uludağ Üniversitesi Basımevi, 1993.
- Tuncay, Aziz Can ve Burcu Savaş Kutsal. *Toplu İş Hukuku*. 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Tural, Erhan. “Türk Hukukunda Grev Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Görünümü.” *TAAD* 4, no. 15 (Ekim, 2013): 431-460.
- Ulucan, Devrim. “Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları.” *Çalışma ve Toplum Dergisi* 39, no. 4 (2013): 275-288.
- Uşan, Mehmet Fatih ve Canan Erdoğan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Postmodernizm ve Şiddet Tekelinin Dönüşümü

Önder PERÇİN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. (Kamu Hukuku), Dr. (Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi), Avukat, Ankara Barosu. (onderpercin@onderpercin.com). **ORCID:** 0000-0003-3179-9794.

Makale Geliş Tarihi: 3 Şubat 2022 **Makale Kabul Tarihi:** 27 Ekim 2022

Atf önerisi: Perçin, Önder. “Postmodernizm ve Şiddet Tekelinin Dönüşümü.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 1 (Ocak 2023): 27-62. **DOI:** 10.30915/abd.1225441

POSTMODERNİZM VE ŞİDDET TEKELİNİN DÖNÜŞÜMÜ

ÖZ

Genel Kamu Hukuku literatüründe modern devletin inceleme bağlamlarından birisi de şiddet tekeldir. Genel kabule göre, şiddet tekelinin ortaya çıkışı, modernleşmenin etkisi ile olmuştur. Postmodern yaklaşımların, modernizmin çöküşte olduğuna dair iddiaları karşısında, bu süreçte şiddet tekelinin dönüşümü ve bu dönüşüm sonrasında postmodern bir toplumda şiddet tekelinin nasıl bir hal alabileceği, incelenmesi gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede yapılan incelemede, literatürdeki genel kanının, postmodern bir toplumda, devletin merkezilik özelliğinin zayıflamasına paralel olarak, şiddet tekelinin de zayıflayarak yerel ve kültürel özellikler kazanacağı, bunun sonucunda da şiddetin daha da artacağı yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bu çalışmada, postmodern bir adem-i merkezileşmede, kültürel yapıların ve teknolojik gelişmelerin dışsal etkileri dikkate alındığında, ulusal merkezilik azalsa da yerelleşme ve merkeziyetsizleşme eğilimi olduğu, bu eğilimler nedeniyle, literatürdeki genel kanının aksine, şiddet tekelinin daha evrensel ve kültürel dışlayıcı bir nitelik kazanarak azalabileceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar kelimeler:

ulus devlet

modern devlet

şiddet tekeli

modernizm

postmodernizm

POSTMODERNISM AND TRANSFORMATION OF MONOPOLY ON VIOLENCE

ABSTRACT

Monopoly on violence possesses an important place among the essential concepts of studies on modern state within the general public law literature. As generally accepted, emergence of monopoly on violence depends on modernism. Considering postmodern arguments on decline of modernism, the transformation and the possible formations of monopoly on violence in postmodern society appear as important issues to study. In this context, the general tendency at the literature predicts an increase of violence by evolving to more local and cultural form due to decline of modern state's centralized structure. However, this study concludes that, on a given postmodern decentralization, considering the tendency of localization and decentralization due to external effects of cultural and technological advancements, opposite to the general acceptance of the literature, violence seems to decrease in a postmodern society.

Keywords

nation state

modern state

monopoly on violence

modernism

postmodernism

GİRİŞ

Yönetme eyleminin her zaman şiddet araçları üzerinde belli bir denetimi içermesine ve askeri gücün modernlik öncesi uygarlıkların da önemli bir özelliği olmasına rağmen, şiddetin devlet açısından başat hale gelmesi modern devlet^[1] ile olmuştur. Bu açıdan modern devletin omurgasının şiddet tekeli olduğu ifade edilebilir. Ancak şiddet tekelinin modern devlete verilmesinin bir gerekçesi vardır o da toplumsal barışı sağlamaktır. Bir başka deyişle, modern devlet ancak toplumsal barışı sağlama yükümlülüğü karşısında meşru olarak şiddet tekeline sahip olabilir.^[2] Bu noktada toplumsal barışın nasıl sağlanacağı önemli bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, tarihsel çizgi üzerindeki toplumsal değişimler çerçevesinde toplumsal barıştan ne anlaşılacağı ve toplumsal barışın nasıl sağlanacağı dönem dönem farklı şekillerde cevaplanmıştır. Örneğin, “Bauman’ın düşüncesinde bahçeci devlet^[3] bir metafordur. Bu devlet, egemenliğindeki insanları, aklın yasalarıyla uyumlu, düzenli bir topluma dönüştürmek için onları kapsamlı bir şekilde incelemeyi misyon edinmiş, kutsal bir cihat gücü olarak” doğmuştur ve devletin toplumu şekillendirmek için irrasyonel unsurları temizlemesi bir zorunluluk olarak ortaya çıktığında soykırım kavramı ile karşılaşılır.^[4] Bu bağlamda soykırım,

-
- [1] Modern devlet, ulus devlet ve modern-ulus devlet terimleri arasındaki fark ayrı bir tartışma konusu olup, bu çalışmada, literatürdeki genel eğilime uygun şekilde bağlamına göre modern devlet ve ulus devlet terimleri kullanılmıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Önder Perçin, *Ulus Devlet ve Federalizm İlişkisi: ABD Örneği Üzerinden Bir İnceleme*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 15.
- [2] Emek Bayrak, “Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68, no. 1 (2019): 66.
- [3] Bauman’ın anlatımında, bahçeci devlet, modern devletin vatandaşlara karşı duruşunun, bir bahçivanın bahçesindeki bitkilere duruşu ile benzetmesinden kaynaklanan bir isimlendirmedir. Bauman’a göre Modern devlet, nüfusun mevcut durumunu yabancı, terbiye edilmemiş ve dolayısıyla gayri meşru sayar. Aklın yüksek ve sorgulanamaz bir otorite olduğu varsayımı ile nüfusu ikiye böler: “Beslenecek ve özenle çoğaltılacak faydalı bitkiler ve yok edilecek ya da kökünden sökülecek yabancı otlar. Bu ölçütlere göre, (bahçivanın tasarımınca belirlenen) faydalı bitkilerin gereksinimleri el üstünde tutuldu, yabancı ot ilan edilenlerinse yok sayıldı.” Zygmunt Bauman, *Modernlik ve Müphemlik*, çev. İsmail Türkmen, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2003), 34.
- [4] Abdurrahman Saygılı, “Modern Devletin Çıplak Sureti,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, no. 1, (2010): 74.

tarihsel olarak Alman Nasyonal Sosyalist yönetiminde görüldüğü üzere, şiddet tekeli elinde bulunduran ve toplumda bir grubu irrasyonel olarak nitelendirenler açısından olumlu bir kavram iken, şiddet tekeline maruz kalanlar açısından olumsuz bir kavram olarak algılanır. Dolayısıyla, modern devletin sahip olduğu şiddet tekelinin, toplumsal değişimlere kapalı statik bir kavram değil, tam tersine bu değişimlerden etkilenen dinamik bir kavram olarak algılanması mümkün görünmektedir. Bu kabulden hareketle, söz konusu kavramın, içinde bulunulan tarihi dönemin toplumsal değişimleri ile ilişkisi incelenmeye değer bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim literatürde konuyu bu açıdan ele alan önemli çalışmalar mevcuttur.^[5] Bu noktada, postmodernizm, içinde bulunulan dönemde toplumsal açıdan önemli sayılabilecek etkileri bulunduğu ileri sürülebilecek bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada, modernizme göre kurulan devlet ve şiddet tekeli ilişkisinin, postmodern bir toplumda nasıl bir yapıya dönüşebileceği incelenmeye çalışılmıştır.

Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde öncelikle modernizm ve postmodernizm arasındaki ilişki, özellikle modernizm eleştirisi açısından ele alınmaya çalışılmış; ardından özellikle modern toplumun temel kavramlarından olan birey ve özgürlükler açısından konuya detay kazandırmak için liberteryan ve komüniteryan görüşlere ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise postmodernizm çerçevesinde toplumsal yapıda beklenen değişiklikler kısaca küreselleşme, yerelleşme, küyerelleşme, kavramları temelinde açıklanmaya çalışıldıktan sonra, söz konusu yapı içerisinde şiddet tekeli ve devlet ilişkisinin, siyasi iktidarın coğrafi ölçeği ve bilişim teknolojilerindeki gelişmeler kapsamında, postkapitalizm, blokzinciri, merkeziyetsiz finans, merkeziyetsiz otonom kuruluşlar, akıllı sözleşmeler, Endüstri 4.0 kavramları ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler çerçevesinde nasıl bir dönüşüm geçirebileceğine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

I. MODERNİTE VE POSTMODERNİTE

Bir kavram olarak postmodern sözcüğü geçen yüzyılın sonlarında kullanılmaya başlanmıştır. Bu kavramı ilk kez kullanan kişilerden birisi İngiliz ressam ve sanat eleştirmeni John Watkins Chapmandır. 1870’li yıllarda Fransa’da

[5] Werner Hamacher, “Afformatif, Grev,” içinde *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, der. Aykut Çelebi, çev. Ferit Burak Aydar (İstanbul: Metis Yayınları, 2010), 134.

ortaya çıkan izlenimci (empresyonist) resim akımından daha modern, ona göre avangard konumunda gördüğü resimleri postmodern olarak nitelmiştir. Daha sonra bir Alman aydını Rudolf Pannwitz, Birinci Dünya Savaşı sırasında yazdığı bir kitapta Avrupa'nın hümanist değerlerinin çöküşü anlamında postmodern kavramını kullanmıştır. İngilizlerin çok tanınmış tarihçi ve düşünürü Arnold Toynbee de postmodern sözcüğünü benzer bir anlamı ifade etmek için kullanmıştır. Toynbee'nin postmodern çağının belirgin özelliği büyük savaşlar, devrimler ve karmaşadır. Bu karmaşa aynı zamanda bir kültürel çöküşü ifade etmektedir. Buna karşılık modern çağ, kararlılık, ilerleme ve rasyonalizmin egemen olduğu dönem olarak nitelenmektedir. Toynbee, postmodern çağda Aydınlanma etiğinin yıkıldığından söz etmekte ve insanlar için sorunlu bir döneme girildiğini öne sürmektedir. Amerikalı kültür tarihçisi Bernard Rosenberg 1957 yılında ilk baskısı yapılan editörlüğünü yaptığı bir kitapta postmodern sözcüğünü yeni bir kültürel oluşumu ifade edecek şekilde kullanmıştır; bu kültürel oluşum "kitle kültürü"dür. Rosenberg'e göre kapitalizm bütün dünyayı bütünleştirmektedir ve bu oluşum içinde ortaya çıkan kültür, Johannesburg'da oturan bir kişiyi San Juan, Hong Kong, Moskova, Paris, Bogota, Sidney ve New York'taki komşularıyla birleştirmektedir.^[6] Ancak postmodernizmin bir kavram olarak çok yaygın ve etkin bir biçimde kullanılması 1960'lı yıllarda sanat çevrelerinde olmuştur.^[7] Bilindiği gibi modernizm sanatsal estetik alanında belli bir eğimli ifade etmektedir ve 1960'lı yıllarda New York'taki sanat çevrelerinde artık modern sanatın estetik anlayışının aşıldığı ve yeni estetik anlayışına gerek duyulduğu yaygın bir biçimde tartışılmaya başlanmıştır.^[8]

Postmodernizm bütünlük içinde oluşan bir yaklaşım olmayıp, moderniteye yöneltilen eleştirilerin bütününe ifade eden bir terim olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, postmodern kategorisinde olduğu kabul edilen görüşler kendi içlerinde postmodernizmin tanımı hususunda bile bir birlik sağlamamaktadır. Örneğin bir kısım düşünürün postmodernizmi kritik bütünlük göstermeyen düşünce dışı bir süreç olarak nitelerken bir kısım düşünür hiper

[6] Bernard Rosenberg ve Davit Manning White, *Mass Culture: The Popular Arts in America*, 6. Baskı (Glencoe: The Free Press of Glencoe, 1962), 4.

[7] Yavuz Özdemir, Ufuk Şimşek ve Elif Aktaş, "Postmodernite ve Etnisite," *Atatürk Üniversitesi SBED* 12, no. 2 (2008): 329.

[8] Gencay Şaylan, *Postmodernizm*, (Ankara: İmge Kitabevi, 2006), 44.

entelektüalizm ya da doğrudan anti entelektüalizm olarak tanımlamaktadır.^[9] Dolayısıyla postmodern düşünürler arasında modernite eleştirisi de bir örnek değildir. Ancak, yine de eleştirilerin ortak noktaları tespit edilerek postmodernite hakkında genel bir görüş oluşturulması mümkündür. Bu çerçevede postmodernitenin moderniteyi nasıl algıladığı ve getirdiği eleştirilerin genel olarak aşağıdaki şekilde olduğu kabul edilmektedir.

A) POSTMODERNİZM AÇISINDAN MODERNİTE

Bilindiği gibi modernite Max Weber tarafından formüle edilen ve bir tarihsel dönemi ifade eden kavramdır. Modernite kavramı John McGowan tarafından ise; toplumun herhangi bir dış otorite ya da *deity* (tanrısal köken) söz konusu olmaksızın kendi kendine ürettiği ilkelere dayanarak meşruluğunu temellendirmesi olarak tanımlanmakta; tarihsel açıdan bakıldığında 16. yüzyılda başlayan ve 20. yüzyıla kadar süren dönem ve bu dönem içinde ortaya çıkan belli bir dönüşüm modernleşme süreci olarak adlandırılabilir.^[10]

Modernitenin temelde 4 alanda gerçekleşen devrimle tanımlanabileceği ifade edilmektedir. Buna göre söz konusu devrimler Newton'un başlattığı bilimsel devrim; modern demokrasinin sırasıyla İngiltere, Amerika ve Fransa'da belirmesiyle başlayan siyasi devrim; diğerlerine göre daha uzun süre alan ve aydınlanma ile başlayan kültürel devrim ve emeğin soyutlaşması ile karakterize edilen endüstriyel devrimdir.^[11] Bunlardan siyasi devrim modern devletin ortaya çıkışını ve dolayısıyla şiddet tekelinin devlet eline alınması sonucunu doğuran devrimdir.

Modernite, insanlığın, evrenin algılanmasında ve açıklanmasında metafizik yerine akli koyduğu düşünce biçimi olarak kabul edilebilir. Modern dönemden önceki dönem, toplumsal açıdan feodal döneme karşılık gelmektedir, feodal dönemde evrenin algılanmasında ve açıklanmasında temel gerekçe metafiziktir. Modern dönemde bilim dallarına konu edilen her türlü sorunun cevabı modern öncesi dönemde metafizik bir dayanakla açıklanmaktadır. Bu dayanak genelde kutsal metinler ve bu metinlerin yorumları

[9] Şaylan, *Postmodernizm*, 29.

[10] Şaylan, *Postmodernizm*, 56.

[11] Mehmet Küçük, *Modernite Versus Postmodernite*, (Ankara: Vadi Yayınları, 1994), 16–22.

olarak somutlaşmakta ise de insan aklının tek başına evreni algılama veya açıklamaya yetebileceği şeklinde bir düşünce mevcut değildir. Esasında bu anlatım, söz konusu dönemde Avrupa'da mevcut toplumlar için geçerlidir. Kaldı ki modernliğin, özellikle ulus devlet ve sistematik kapitalist üretim açısından, sadece Avrupa'ya özgü olduğu da ileri sürülmektedir.^[12] Esasında, modernizemden önceki dönemlerde de ilkçağda Antik Yunanda ve ortaçağda orta doğuda, insan aklının açıklayıcı esas unsur olarak kabul edilmesi söz konusu olmuştur. Örneğin Aristo, Platon, Sokrat, Birûnî, Farabî, İbni Sina ve Harezmî bu çerçevedeki düşünürlerdir. Ancak, bu düşünce biçimi dönemlerine ait olarak kalmış ve ileri dönemlerde bu düşüncelerin ortaya çıktıkları toplumlarda metafizik anlayışa geri dönüş yaşanmıştır. Ancak, moderniteyi ortaya çıkaran, aksine görüşler^[13] olsa da temeli Avrupa'da Descartes tarafından ortaya konulan modern düşünce biçimidir. Descartes'ın kurduğu felsefe sisteminin temelinde şüphecilik vardır. Ancak, bu şüphecilik bir metot olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, hiçbir şekilde doğru bilgiye ulaşılamayacağını düşünen septik şüpheden ayrılır. Descartes'e göre doğru bilgiye ulaşılabilir. Ancak doğru bilgiye ulaşmakta önemli olan doğru metodu bulmaktır. Descartes'a göre şüphe edilmeyecek bir şeye ulaşana kadar öncelikle her şeyden şüphe edilmelidir. Descartes'ın bu yolla ulaştığı sonuç, her şeyden şüphe edilebileceği ancak nihai olarak düşünmekten şüphe edilemeyeceğidir. Bundan sonra şüphe edilemeyecek bu nokta dayanak olarak doğru metodu inşa etmek üzere şüphe edilemeyecek kurallar belirlenmeli ve bu kurallar çerçevesinde akıl işletilerek doğruya ulaşılmalıdır. Descartes'ın metafizik yerine akli koyduğu bu felsefe sisteminde akıla yaklaşım da ilginçtir. Ona göre dünyada en adil dağıtılmış şey akıldır. Çünkü herkes kendi aklından memnudur. Doğruyu bulmak ise metot meselesidir.^[14] İşte bu yaklaşımla birlikte insan akli metafiziğin yerine geçmiş ve evrenin metafiziğe dayalı olarak değil insan aklına dayalı olarak açıklanması benimsenmiştir. Bu felsefe sisteminin sonuçları özellikle doğa bilimlerinde hızlı gelişmelere ve insanın doğa üzerinde hâkimiyet kurabilmesine imkân vermiştir. Bu hâkimiyet doğa kanunlarının keşfi ile doğayı istediği gibi biçimlendirebilme

[12] Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998), 170.

[13] Küçük, *Modernite Versus Postmodernite*, 207.

[14] Rene Descartes, *Metod Üzerine Konuşma*, çev. K. Sahir Sel, (İstanbul: Sosyal Yayınları, 1984), 10.

ve yönlendirme sonucunu doğurmuştur. Zamanla insanın doğa üzerindeki bu belirgin hâkimiyeti, toplum üzerinde de aynı şekilde kurulmak istenmiş ve doğa bilimlerinin yaklaşımları toplum üzerinde uygulanarak sosyal bilimler ortaya çıkarılmış,^[15] toplumsal hayat bu bilimler çerçevesinde üretilen bilgilere dayanarak şekillendirilmeye çalışılmıştır. İşte bu nokta postmodernizmin modernizm eleştirisinde temel dayanak noktasını oluşturmaktadır.

B) POSTMODERNİTE

Postmodern teori temel olarak şüpheli bir yaklaşımın sürdürülmesine dayanır. Bu yaklaşıma en büyük etki eden isim ise Jean-François Lyotard'dır. Lyotard Postmodern Durum isimli kitabında, metaanlatıların (*metanarratives*) meşrulaştırılmasının krize girdiği ve düşüşte olduğu bir çağda yaşadığımızı ileri sürer. Bu anlatılar Kantçılık, Hegelcilik ve Marksizm gibi büyük felsefeleri içermekte ya da onlardan kaynaklanmaktadır. Bu anlatılar tarihi sürekli bir gelişim süreci olarak algılamakta, bilginin bizi özgürleştirebileceğini ve gizemli bir bütünlük içinde olduğunu iddia etmektedir. Lyotard'ın karşı çıktığı iki temel anlatı vardır. İlki insanlığın aşamalı özgürleşmesidir. Diğeri ise bilimin zaferidir. Lyotard, bu iki doktrinin 2. Dünya Savaşıyla birlikte inanırlılıklarını kaybettiklerini ileri sürmektedir.^[16] Lyotard "postmodern" terimini metaanlatılara yönelik şüphecilik olarak kullandığını ifade eder.^[17] Postmodernizm incelemeleri esasında çağdaş bilim ve bilgi sorunlarına ilişkin olan ve her birinin bir diğerini eleştirdiği ve sorunlu olarak nitelendiği birçok farklı görüşün ve çalışmanın kesişim noktasına denk düşer. Lyotard'ın çalışması buna güzel bir örnektir, zira, Thomas Kuhn ve Paul Feyerabend gibi teorisyenlerle açılış yapar, Jürgen Habermas'ın meşruiyet krizi kavramı ve iletişim temeline oturan toplum kurgusuyla bir polemige girer, aynı zamanda kitabının başlığı sosyoloji ve ekonomi açısından eleştiril bir anlam taşımaktadır, bu bağlamda Guy Debord'un gösteri toplumu, Henri Lefebvre'nin tüketim toplumu, Daniel Bell'in postendüstriyel toplum

[15] Örsan Ö. Akbulut, "Türkiye'de Kamu Yönetimi İncelemesini Tanımlayıcı Bir Kavram Önerisi: Ölçücülük-İdeametric," *Amme İdaresi Dergisi* 39, no. 4 (2006): 166.

[16] Christopher Butler, *Post-Modernism*, (Oxford: Oxford University Press, 2002) 13.

[17] Jean-François Lyotard, *The Post Modern Condition: A Report on Knowledge*, çev. Geoff Bennington ve Brian Massumi, (Manchester: Manchester University Press, 1984), xxiv.

kavramlarına da eleştiri getirir.^[18] Dolayısıyla, postmodernizmin geniş çerçevede anlatımı ayrı bir çalışmaya konu olacak nitelikte olup, bu çalışmada, çalışmanın ortaya koyduğu fikrin anlaşılmasına temel teşkil edecek kadar bilgi verilmesi ile yetinilmesi tercih edilmiştir.

Bu çalışmanın amacı ve kapsamı dikkate alınarak postmodern yaklaşımın öne çıkan özellikleri genel hatları itibariyle ortaya konulacak olursa, ilk olarak ifade edilebilecek husus, postmodernistlerin bakış açısına göre modernizm, tabiat bilimleri için geçerli olan yaklaşımı insan ve toplum üzerinde kullanmakla hata etmiştir. Zira insanın doğası ile eşyanın doğası birbirinden farklıdır. Tabiat kanunları için tek bir genel geçer doğru bulunabilir ancak insanın söz konusu olduğu olaylar için böyle bir genelleme yapılması mümkün değildir. Toplumsal hayatın şekillendirilmesinde, insan ve toplum için de bilimsel olarak belirlenebilecek tek bir doğru olduğu kabulünden hareket edilecek olursa, ortaya çıkan sonuçlar merkezîyetçilik, bir örnekçilik ve ussallıktır. Bir örneklik de modernizmin bir ürünü olarak doğru değildir. Farklılık, kaldırılması gereken değil tam tersine desteklenmesi gereken bir özelliktir. “Önemli olan büyük toplum değil, bu toplumu oluşturan topluluklardır. Bu yönüyle postmodernizm toplumda ayrımcılığa, dinde mezhepçiliğe, dilde ayrılığa sıcak baktığını söyleyebiliriz.”^[19] Ayrıca, ussallık da insanları değerlendirmek ve toplumu şekillendirmek için bir kıstas olamaz. Görecelilik esas kıstas olmalı ve tercihler ussal olup olmamasına göre değerli ya da değersiz olmamalı, her tercih kendiliğinden bir değere sahip olmalıdır.^[20] Bu noktada konunun fizik teorilerine ilişkin bir boyutu da gündeme gelmektedir. Zira Descartes’ın düşünce sisteminin fizik bilimlerine uygulanması Newton tarafından yapılmışken, Einstein’ın görecelilik teorisi ile Heisenberg’in kuantum mekaniğinin Newton tarafından tanımlanan dünya anlayışını yıkması ve kuantum teorisinin bu yıkımı

[18] Frederic Jameson, “Foreword,” içinde *The Post Modern Condition: A Report on Knowledge*, çev. Geoff Bennington ve Brian Massumi, (Manchester: Manchester University Press, 1984), vii.

[19] Turgay Ergun, *Kamu Yönetimi*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 2004), 348.

[20] Ergun, *Kamu Yönetimi*, 348.

derinleştirmesinin de postmodernizmi etkileyen nedenler olduğu ileri sürülen görüşler arasındadır.^[21]

Postmodernitenin temel savları kabaca yukarıda ifade edilen şekilde olmakla birlikte, özellikle modernizmin birey ve özgürlük anlayışı açısından detaylı bir eleştirisi komüniteryanizm tarafından yapılmıştır.

C) BİREY VE ÖZGÜRLÜK AÇISINDAN MODERNİTE ELEŞTİRİSİ: KOMÜNİTERYANİZM

Komüniteryanizm 1980'li yılların başından itibaren ABD'de antiliberalizmin en popüler biçimi olarak gelişmiştir. Komüniteryanizm literatürde, liberal ve cumhuriyetçi olmak üzere iki ana tipe ya da muhafazakâr, evrensel eşitlikçi ve liberal olarak üç ana tipe ayrılarak incelenmektedir. Ancak, genel hatları itibariyle liberalizme karşı olduğu ve birey ve özgürlük anlayışı açısından liberalizme alternatif bir tez getirdiği, fakat bunu Marksizm'e dayanmaksızın yaptığı söylenebilir.^[22]

Bu çerçevede öncelikle komüniteryanizmin eleştirisi getirdiği liberal düşünceyi ve özellikle liberteryanizmi incelemenin yerinde olacağı düşünülmektedir.

1- Liberalizm ve Liberteryanizm

Liberalizm genel olarak iki ana akıma ayrılır. Birinci akım siyaset felsefesine dayanmakta iken ikinci akım daha ziyade klasik liberal ekonomiye dayanır. Bu ikinci akım liberteryanizm veya klasik liberalizm olarak adlandırılır.^[23]

Tanım olarak Liberteryanizm;

Liberalizm kavramının 20. yüzyılda ABD'de uğradığı anlam değişikliği sonucunda sol fikirleri savunanlara liberal denilmeye başlanması üzerine bu ülkede klasik liberalizm geleneğini takip edenlerin kendilerini ve fikir sistemlerini bu liberallerden ayırmak için geliştirdikleri, ancak bütün klasik liberaller tarafından benimsenmiş olmayan kavramdır. Bazen klasik liberalizmi aşan ve anarko-kapitalizme doğru uzanan fikirleri adlandırmak için kullanıldığı ve anarko-kapitalizmle

[21] Alan David Sokal, "Transgressing the Boundaries: Toward a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity," *Social Text* 46/47, (1996): 218.

[22] Sururi Aktaş, "Komüniteryan Etik," *Erzincan BYHFD* 6, no. 1-4 (2002): 3-4.

[23] Atilla Yayla, *Liberalizm*, (Ankara: Liberte Yayınları, 1998), 25.

eş anlamlı tutulduğu görülmektedir. Liberteryanizmi savunanlara liberteryan denilmektedir.^[24]

Liberteryanizmin dört temel unsuru bireycilik, özgürlük, kendiliğinden doğan düzen ve piyasa ekonomisi ile kanun hâkimiyeti ve sınırlı devlettir.^[25]

Liberteryanizm, otorite, gelenek ve eşitlik gibi diğer değerlere göre (negatif anlamda) özgürlüğe katı bir şekilde öncelik tanıyan teoriler grubuna karşılık olarak kullanılır. Yani liberteryanlar, kamu otoritesi alanını asgarileştirme, bireysel özgürlük alanını ise azamileştirme arayışındadırlar ve tipik olarak devleti, bireysel özgürlük karşısındaki ana tehdit olarak görürler. Sosyalistler de liberteryanizmi benimsemişlerdir ama en ünlü iki liberteryan gelenek, bireysel haklar fikri (Robert Nozick'te olduğu gibi) ve laissez-faire iktisadi öğretilerinde (Frederich Hayek'teki gibi) kök salmıştır. Klasik biçiminde bile liberalizm düzenden çok özgürlüğe önceliği vermeyi reddettiğinden, liberteryanizm, liberalizmden ayrılır. Ayrıca liberteryanlar, minimal veya gece bekçisi de olsa devlete olan ihtiyacı kabul ettiklerinden, anarşistlerden ayrılırlar ve bazen de kendilerine minarşist adını takarlar.^[26]

2- Komüniteryanizm

Toplulukçuluk veya cemaatçilik olarak da adlandırılan Komüniteryanizm, klasik liberalizm ile kolektivizm arasında bir orta yol bulmaya çalışan sosyal teori olarak tanımlanmakta olup, “Bir kişi ya da şahsiyetin, toplum sayesinde olduğu inancıdır.”^[27] Komüniteryanizm çıkış noktası, bireyci liberalizme karşı geliştirilen fikirlerdir. Temel eleştiri, bireyci liberalizmin, geçmişten beri bireyselleşmiş ve toplulukların kimliklerinin bir parçası olmasına imkan

[24] Yayla, *Liberalizm*, 266.

[25] Yayla, *Liberalizm*, 137-197.

[26] Andrew Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, çev. A. Kemal Bayram, Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnanç, (Ankara: Adres Yayınları, 2007), 111.

[27] Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, s. 397.

vermeyen insan anlayışına karşı geliştirilmiştir. Komüniteryan yaklaşımı ilk olarak ortaya koyan da Bell olarak kabul edilir.^[28]

Bell'e göre komüniteryanizm, insanların kimlik ve kişiliklerinin büyük ölçüde içinde buldukları toplumdaki sosyal ilişkilere göre şekillendiği ve ahlaki ve siyasi yargılarımızın da bu çerçevede oluştuğu düşüncesidir: "Bizler hayatlarımızın çoğunu, genellikle tek başına dolaşan kaplanlardan ziyade sürü halinde yaşayan aslanlara benzer şekilde topluluk içinde yaşarız. Bu topluluklar, bizim ahlaki ve siyasi yargılarımızı şekillendirir ve bizler, hayatımıza anlam katan ve onlar olmaksızın kaybolmuş ve derin bir yalnızlık içine düşmüş hissedeceğimiz ve ayrıca ahlaki ve siyasi yargıları oluşturamayacağımız bu toplulukları desteklemek için güçlü bir yükümlülük hissederiz."^[29]

Komüniteryanizmin önde gelen bir başka ismi olan Taylor'a göre, Komüniteryanizm, tam olarak ancak liberalizme karşı konumu açısından ele alındığında açıklanabilecek bir kavramdır. Liberaller ve komüniteryanlar arasındaki tartışma karmaşık ve çok katmanlıdır. Komüniteryanizmi tam olarak anlayabilmek için ontolojik sorunlarla sosyal tartışmadaki değer yargısı alanlarını ayırmak gerekir. Ontolojik sorunlar sosyal hayatın nasıl açıklandığı ile ilgiliyken, sosyal tartışmadaki değer yargıları, değer verilen, iyi olarak nitelenen ve geliştirilmesi istenen konuları kapsar. Ontolojik alanda, liberaller, sosyal hayatı ve kişisel kimliği atomist terimlerle açıklarken, komüniteryanlar ortak fayda, ortak dil ve bireye indirgenmemiş diğer kavramlarla açıklarlar. Taylor bu kavramları "indirgenemez sosyal" (*irreducibly social*) kavramlar olarak adlandırır.^[30] Taylor'a göre, modernleşme sürecinin sıkıntılara yol açan en temel unsurlarından biri bireyciliktir. Günümüzdeki anlayışa göre bireycilik hem temel bir toplumsal değer hem de modern uygarlığın en büyük bir kazanımıdır ve bugün insanlar kendi yaşam tarzlarını belirleme ve benimseyecekleri fikirleri, görüşleri ve inançları seçme olanağına ya da hakkına sahip oldukları bir dünyada yaşamaktadırlar. Bu yaklaşım çerçevesinde insanlar, eski dönemlerin kutsal buyruklarına uymak istememekte ve

[28] Micheal Golby, "Communitarianism and Education," *Cirriculum Society* 5, no. 2 (1997) :129, 130.

[29] Daniel Bell, "Communitarianism," içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, (Stanford: Standford University, 2020): 1.

[30] Charles Taylor ve Ruth Abbey, "Communitarianism, Taylor-Made," *The Australian Quarterly* 68, no. 1 (1996): 3.

mevcut kazanımlarını korumak istemektedir. Buradan hareketle; insanları çoğunlukla belirli bir konuma, role veya sınıfa sıkıştıran modern öncesi yapıların zaman içinde etkinliğini kaybetmesiyle dünyanın “büyüsünün çözülmesi”nden söz edilmektedir.^[31] Ancak, diğer taraftan, bu yaklaşımın sonuçlarının iyi olup olmadığı da tartışılmaktadır. Tocqueville, Kierkegaard ve Nietzsche gibi düşünürler tarafından, artık yüksek amaçların ya da uğruna ölünecek değerlerin kalmadığı, kahramanlık boyutunun öldüğü, tutku yokluğundan muzdarip olunduğu ve bu açılardan insanlığın bir çöküş içinde olduğu gibi eleştiriler ileri sürülmektedir. “Nietzsche’nin “son insanları” da bu çöküşün vardıği son noktadadır ve onların acınacak rahatlıkları dışında hayata dair bir arzuları kalmamıştır.”^[32]

Komüniteryanlar temel olarak liberalizmin özgürlük algılayışını da eleştirirler. Öncelikle liberalizmin temelindeki ben algılayışının değeri kendinden menkul ve her şeye önceliği olan bir kavram olarak özgürlüğe temel teşkil ettiğini, ancak, bunun doğru olmadığını ileri sürerler. Onlara göre, ben algısı her şeyin kaynağı değil, tam tersine istek ve amaçlarla şekillenen bir sonuçtur ve bu durum özgürlükle birlikte değerlendirildiğinde net şekilde ortaya çıkar. Örneğin, ifade özgürlüğü salt özgürlük olduğu için bir değere sahip değildir zira sadece ifade özgürlüğünü kullanmak için bir şeyler ifade edilmez, ifade etme eylemi ancak ifade edilmek istenen bir şey varsa söz konusu olur. Dolayısıyla ifade etme eylemi ifade edilecek bir şey var ise bir değer taşır, yoksa bir değer taşımaz. Bu durumda ifade özgürlüğünün kendinden kaynaklanan bir değeri olmadığı ortaya çıkar. Soyut ve bütünsel özgürlük kavramını oluşturan bütün özgürlükler için bu durum geçerli olduğuna göre, aslında soyut ve bütünsel özgürlük kavramının içerikten bağımsız olarak ayrı bir değeri bulunmamaktadır.^[33]

Komüniteryan görüşe göre, liberalizmin birey anlayışı insanların içinde yaşadıkları siyasal toplumla özdeşliklerini veya bir şeye ait olma duygularını yok etmekte ve büyük ölçekli, merkezi bürokratik devlet yapıları karşısında güçsüzlük hissedilmesine neden olmaktadır. Bu durumdan çıkmanın yolu

[31] Charles Taylor, *The Malaise of Modernity*, (Toronto: House of Anansi Press, 2003), 1, 2.

[32] Taylor, *The Malaise of Modernity*, 2.

[33] Andre Berten, Pablo Da Silveira, Herve Pourtois, *Liberaller ve Cemaatçiler*, çev. Başak Demir, (Ankara: Dost Kitabevi, 2006), 225-292.

başarılı bir ortak harekettir. Bu şekilde güçlülük duygusuna ulaşılabilir ve insanların siyasal toplumla özdeşleşmesi sağlanabilir. Güçsüzlük duygusunun giderilmesi, iktidarın adem-i merkezileştirilmesi ile mümkün olabilir. “Federal sistemde olduğu gibi, genel olarak iktidarın bölüşülmesi özellikle de merkezileşmekten kaçınılması demokratik güçlenme açısından çok faydalı olur. Demokratik güçlenme, iktidarın devredildiği birimlerin, hali hazırda üyelerinin hayatlarındaki topluluklar olması durumunda daha da çok gerçekleşir.”^[34] Dolayısıyla, komüniteryan açıdan ideal bir toplumun, yerelleşerek merkezizsizleşmiş bir siyasi iktidar ile liberalizmdeki gibi sosyal bir bireycilikle değil, güçlü ve yoğun toplumsal ilişkiler içinde yaşayan insanlardan oluşan bir topluluktan oluştuğu ifade edilebilir.

II. POSTMODERNİTE VE ŞİDDET TEKELİ

Modernite ile birlikte cemaatten (*Gemeinschaft*) topluma (*Gesellschaft*) geçilmiş olduğu gibi postmodernitenin de farklı bir sosyal yapı oluşturacağı ileri sürülmektedir. Bu yapı da yerleşme olarak adlandırılmakla birlikte esasında feodal döneme özgü *Gemeinschaft*'a tam bir dönüş değildir. Zira modernitenin üretimi olan ulus devlet yapısının merkezizetçiliği zayıflamakla birlikte iktidar tamamen yerleşmemekte, küresel çapta bir merkezi otorite^[35] ile özellikle ekonomik ve kültürel bir bağ kurulmaktadır.^[36] Bu çerçevede gündeme gelen kavramlar ise küreselleşme, yerleşme ve küyelleşme olarak ortaya çıkmaktadır.

[34] Taylor, *The Malaise of Modernity*, 50, 51.

[35] Çalışmada ekonomik ve kültürel merkez ifadesiyle ile kastedilen, günümüzde küresel ekonomideki mal ve hizmet üretiminde ön plana çıktığı gibi, giyim kuşam tarzlarından beslenme alışkanlıklarına kadar geniş bir yelpazede kültürel olarak da belirleyici nitelikte olan ABD gibi dünya hegemonyasını elde bulduran merkezlerdir. Bu bağlamda, hali hazırda bu merkez somut olarak ABD olarak görünmekle birlikte, Çin'in son dönemde küresel üretimde önemli atılımlar gerçekleştirmiş olması, Güney Kore gibi bazı Asya ülkelerinin özellikle müzik ve sinema gibi alanlarda ön plana çıkarak kültürel anlamda belirleyici rol üstlenmeye başlamaları gibi gelişmeler nedeniyle ileriki dönemlerde bu merkezin değişip değişmeyeceği sorusu gündeme gelebilecektir, ancak bu sorunun cevaplanması bu çalışma kapsamı dışında kalmakta olduğundan ayrıca değerlendirmeye konu edilmemiştir.

[36] Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, 62.

A) KÜRESELLEŞME, YERELLEŞME VE KÜYERELLEŞME

Yönetimde merkezîyetçilik ve âdemi merkezîyetçilik tartışmaları hep olagelmıştır. Bu tartışma postmodernizm ile farklı bir boyut kazanmıştır. Zira modernizm içinde kalan yerelleşme, merkezileşmenin alternatifi olarak ortaya çıkmakta ve yerelin kendi otoritesini tek otorite olarak kabul etmektedir. Bu anlamda yerelleşme, merkezi otoritenin coğrafi anlamda küçülmesi olarak algılanabilir. Ancak, postmodern anlamda ortaya çıkacak yerelleşme, küreselleşme ile ilgili olup, merkezileşmeden kopmak ve ulus devlet yapısının merkezileşmesinden ayrılırken, özellikle ekonomik ve kültürel anlamda küresel bir merkeze bağlanmak şeklinde olmaktadır. Dolayısıyla, buradaki yerelleşme küyerelleşme olarak da adlandırılmaktadır.^[37]

Küyerelleşme, ilk defa Roland Robertson tarafından kullanıldığı ifade edilen^[38] ve küresel olan ile yerel olanın iç içe geçmelerinin sonucu olarak tanımlanan bir kavramdır. Buna göre,

Küreselleşme dünyanın bir bütün olarak sıkışması ve yerellikleri birbirine bağlamasıyla gerçekleşmektedir. Bu aynı zamanda içinde yerelliğin keşfini taşımaktadır. Yerelliği keşfetme küresel süreçler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Kültürün küreselleşmesi, bu görüşe bakılırsa, birinci dünyadan üçüncü dünyaya doğru tek yönlü bir akış değildir. Elektronik iletişim küresel imge ve kimliklerin giderek daha çok paylaşılmasına, birbirine yaklaşmasına ve melezlenmesine yol açmaktadır. Küreselleşme, yalın ve mekanik bir homojenleştirme eşliğinde örgütlenmekle kalmamakta, çeşitli yerelliklerden beslenerek onları evrensel olanlara taşımaktadır. Bu yerel formlarla küresel işleyişin birleştirilmesi sonucunda glocalizasyon (küyerelleşme) adı verilen süreç ortaya çıkmaktadır.^[39]

Bu noktada, modern nitelikler taşıyan günümüz toplumunun tamamen postmodern bir yapıya dönüştüğü varsayılacak olsa, komüniter görüşler çerçevesinde temel değişikliğin birey ve özgürlük anlayışı olarak iki noktada

[37] Anıl Çeçen, *Ulus Devlet Türkiye Cumhuriyeti*, (Ankara: Kilit Yayınları, 2009), 181- 275.

[38] Habibul H. Khondker, "Glocalization as Globalization: Evolution of a Sociological Concept," *Bangladesh e-Journal of Sociology* 1, no. 2 (2004): 3.

[39] U. Murat Kılavuz, "Küreselleşen Dünyada Din," *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2002):195.

gerçekleşmesinin ihtimal dâhilinde olduğu; bireyin komüniteryan anlayışa uygun olarak cemaat temelinde oluşmuş^[40] toplumsal ilişkiler ağına göre şekillenmiş toplumsal varlık olarak; özgürlüğün ise kıymeti kendinden menkul olmayan, ancak içeriğine bağlı olarak bir değer ifade eden bir kavram olarak algılanacağı bir toplum kabulü ortaya çıkacaktır. Böyle bir kabul üzerine devlet ve şiddet tekeli ilişkisine ilişkin değişikliklerin neler olabileceği sorusu birkaç şekilde cevaplanabilir.

B) POSTMODERN BİR TOPLUMDA ŞİDDET TEKELİ VE İKTİDAR İLİŞKİSİ

Postmodern topluma ilişkin öngörülerde bulunmak birtakım zorluklar içermektedir. Bu zorluklardan birisi, bu konuda öngörülebilir bulunmaya esas olacak paradigmanın modernizm çerçevesinde oluşmasıdır. Postmodern dönem, modern dönem paradigmasını da dönüştüreceğinden, mevcut paradigma ile bir sonraki döneme ilişkin öngörülerde bulunmak belirli bir sınıra kadar mümkün olabilmektedir. Modern öncesi dönemde köleliğin ya da daha önceki dönemde insan kurban etmenin o dönemlerin paradigmalarına uygun kabul edilmesi, ancak günümüz paradigmasında her türlü normatif düzen tarafından, en azından uygulamada kabul edilemez olarak tanımlanması bu duruma örnek teşkil eder. Dolayısıyla, postmodern bir toplumda şiddet tekeli ve iktidar ilişkisini inceleme bağlamında öngörülerde bulunmanın mevcut dönemin paradigması ile sınırlı olduğu, bu sınırı aşmanın spekülasyon niteliğinde olabileceği dikkatten kaçmaması gereken bir husustur. Bu çerçevede, aşağıda konu mevcut paradigmada konuyla ilgili

[40] Bu noktada vurgulanması gereken husus, bu çalışmada postmodern bir toplumun cemaatçi olacağına bir iddia olarak ileri sürülmediği, ancak, literatürde ileri sürülen postmodern dönemde şiddetin artacağına dair görüşün eleştirilmesi bağlamında, farklı bakış açılarından değerlendirme yapıldığında farklı sonuca varılacağına ortaya konulması açısından, komüniteryan bakış açısı esas alındığında postmodern toplumun cemaatçi olacağına varsayılmasının mümkün olduğudur. Dolayısıyla buradaki yaklaşım, toplumun küresel olarak cemaatleştiği iddiasını ileri sürmek değil, konu komüniter bakış açısıyla ele alınacak olursa, cemaatçi bir postmodern toplum yapısı olacağına varsayılması gerekeceği ve bunun da literatürde ortaya konulan şiddetin artacağı yönündeki görüşlerin tersine bir sonuç ortaya çıkaracağı yönündedir. Bu bağlamda, bu çalışmada temel iddia, postmodern toplumda şiddetin azalacağı olmayıp, literatürde şiddetin artacağı yönündeki görüşlerin kesinlik taşımadığı, farklı bakış açılarından değerlendirme yapılacak olduğunda, azalacağına da ileri sürülebileceği şeklindedir.

önemli kavramlardan olan siyasi iktidarın ölçek değiştirmesi çerçevesinde ele alınacaktır.

Diğer taraftan, postmodern bir topluma ilişkin öngörülerini kısıtlayan bir başka neden de büyük toplumsal dönüşümlere etki eden faktörlerin çokluğu ve öngörülemezliğinden kaynaklanmaktadır. Özellikle modern dönemdeki bilimsel ve teknik bilgi birikimi sonucunda teknolojide ortaya çıkan gelişmeler, yüzyıllar ölçeğindeki büyük toplumsal değişimler bir tarafa, on yıllar ölçeğindeki öngörü imkanını dahi kısıtlamıştır. Daha açık bir ifadeyle, teknolojik gelişimin ulaştığı hız, bu hızlı değişimin ortaya çıkaracağı yeni sosyal sonuçları öngörmeyi neredeyse imkansızlaştıracak kadar yüksek bir seviyeye gelmiştir. Bu değişimi ölçmek üzere kullanılan araçlardan birisi olan *bilgi katlanma eğrisi*, insanlığın ortak bilgi birikiminin ikiye katlanma sürelerini göstermektedir. Buna göre, 19. yüzyılın başında bu süre 100 yıl iken, İkinci Dünya Savaşı'nın sonunda 25 yıla düşmüştür. Günümüzde ise mevcut bilgi birikiminin her 12 ayda bir yenilediği ifade edilmektedir. Geleceğe dönük tahminlerde ise “eşyanın interneti” olarak adlandırılan gündelik hayattaki her eşyanın veri alma ve gönderme özelliğine sahip olması durumunda bu hızın 12 saate düşebileceği ileri sürülmektedir.^[41] Bu çerçevede, postmodern bir toplumda şiddet tekeli ve iktidar ilişkisini inceleme bağlamında özellikle bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin dikkate alınması da faydalı bir bakış açısı oluşturabilecektir. Aşağıda konu bu açıdan da ayrı başlık altında ele alınmıştır.

Literatürde şiddet tekelinin oluşumunun modern devletin gelişimine koşut olarak ortaya çıktığı^[42] ve merkezi otorite yerine yerel otoritelerin olduğu Ortaçağ'da şiddet olaylarının otoritenin yerelliği nedeniyle daha yaygın ve hatta anarşi düzeyinde olduğu ifade edilmektedir: “Feodal anarşi, yönetim yapısının, hem düzenin sağlanması hem de adaletin tesisinde ve haksızlıkların telafisinde, öncelikli bir grup oluşturan savaşçılar ve mülk sahiplerinin kendi

[41] Byron C. Geddes, Hugh M. Cannon ve James N. Cannon, “Addressing The Crisis in Higher Education: An Experiential Analysis,” *Developments in Business Simulation and Experiential Learning* 45, (2018): 265.

[42] Charles Tilly, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, çev. Kudret Emiroğlu, (Ankara: İmge Kitabevi, 2001), 225; Max Weber, “Politics as a Vocation,” içinde *From Max Weber: Essays in Sociology*, ed. H.H. Gerth ve C. Wright Mills, (Oxford: Oxford University Press, 1946), 6.

çıkarlarına dayanmasından kaynaklanmıştır.”^[43] Bu kabullerden hareketle, iktidar ölçeğinin yerelleşmesi, bir başka deyişle coğrafi olarak küçülmesi ile şiddet olaylarının artma eğiliminde, iktidar ölçeğinin coğrafi olarak büyümesi ile şiddet olaylarının azalma eğiliminde olacağı varsayımı altında, postmodern dönemde ulus devlet çapındaki otoritelerin ortadan kalkacağı ve iktidarın yerelleşeceği öngörülerine dayalı olarak “önümüzdeki yüzyılda şiddet olaylarının daha çok yaşanacağı muhtemel görünüyor”^[44] iddiası ileri sürülmektedir.

Bu çerçevede, “iktidar yerelleştikçe şiddetin artacağı” varsayımının doğruluğunun tartışılması bu çalışma kapsamında değildir. Ancak, bu varsayımın, literatürde ileri sürülen “önümüzdeki yüzyılda şiddet olaylarının daha çok yaşanacağı muhtemel görünüyor”^[45] iddiası için bir gerekçe olup olamayacağı, bu çalışma açısından değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Kanımızca, iktidar yerelleştikçe şiddetin artacağı varsayımına dayalı olarak, postmodern dönemde de yerelleşme olacağını öngörüp, şiddet olaylarının yaygınlaşacağı sonucuna varılmasında bir değerlendirme hatası yapılmaktadır. Bu hata, postmodern dönemde gerçekleşebilecek yerelleşme ile feodal dönemdeki yerelleşme arasındaki muhtemel farkların dikkate alınmamasıdır. Muhtemel farklılıklar üç ayrı düzlemde gerçekleşebilir. Birincisi, postmodern dönemde iktidar yerleşerek coğrafi olarak küçülse de postmodern toplumsal yapının, yukarıda açıklanan komüniteryan yaklaşım çerçevesinde, daha güçlü ve yoğun sosyal ilişkiler şeklinde gerçekleşmesi halidir. İkincisi, küyerelleşme çerçevesinde bir yandan yerelleşme olurken diğer taraftan da küreselleşmenin gerçekleşmesi halidir. Üçüncüsü ise, özellikle bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin muhtemel etkileridir.

Bu kapsamda, basit bir anlatımla, “feodal dönemde iktidarın yerel olması şiddeti artırmıştı, modern devletin oluşumuna koşut olarak iktidar merkezileşti ve şiddet tekeli ile şiddeti azalttı, ancak, postmodern dönemde tekrar yerelleşme olacağından şiddet olaylarının daha çok yaşanması muhtemel

[43] Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State*, (Stanford: Stanford University Press, 1978), 31.

[44] Yücel Dursun, “Şiddetin İzini Sürmek: Şiddet Nedir?,” *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi* 12, (2011): 2.

[45] Dursun, “Şiddetin İzini Sürmek: Şiddet Nedir?,” 2.

görünüyor” şeklinde özetlenebilecek bir çıkarımın çok isabetli olmadığı; konunun, postmodern dönemde komüniteryanizm, küyerelleşme ve teknolojik gelişmelerin muhtemel etkileri çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda aksi sonuca varılmasının da mümkün olduğu düşünülmektedir. Aşağıda, söz konusu değerlendirmelerden ilk ikisi, siyasi iktidarın ölçeği başlığı altında incelenmiş, üçüncüsü ise ayrı başlığa konu edilmiştir.

1- Siyasi İktidarın Coğrafi Ölçeği ve Şiddet Tekeli

İktidarın yerleşmesinin, şiddet olaylarını ve şiddet eğilimini artırdığı yönündeki genel kabul, Amerikan sinema endüstrisinin, şiddet uygulama yetkisi bulunan yerel birimler olan şerif büroları algısında gözlemlenebilir. Amerika Birleşik Devletleri’nde şiddet tekelinin polis teşkilatı vasıtasıyla kullanılmasına ilişkin kurumsal yapılanma, yerel birimler olan şerif büroları eliyle gerçekleşir. Hatta şiddet tekeli kullanma tekeli olan yerel yönetimler bu hizmeti başka yerel yönetimlerden satın alır. “Örneğin Los Angeles vilayetinde şerif bürosu, kendi polis teşkilatını kurmak istemeyen vilayete bağlı kentlere ücret karşılığında güvenlik hizmeti sağlamaktadır.”^[46] Günümüzde özel güvenlik hizmeti veren bu kurumların daha yerel özellikler taşıyan kırsal bölgedeki birimleri, Amerikan sinema endüstrisi tarafından, hem tarihi hem de günümüzdeki uygulamaları bakımından, kırsal bölgede “tiranlık yapan” yerel iktidarlar olarak tasvir edilirler.^[47] “Televizyon ve sinema filmlerindeki tasvirler nedeniyle, günümüzde çoğu insan yerel şerifi güneyli aksanıyla konuşan, kovboy şapkası takan beceriksiz, gaddar, aşırı kilolu veya yozlaşmış olarak görür.”^[48] Şeriflerin filmlerdeki fiziksel özelliklerinin de şiddet eğilimini yansıttığı ifade edilebilir. Örneğin, Disney’in Robin Hood animasyonunda Nottingham Şerifi, kısık gözlü ve iri bir kurt

[46] Ufuk Ayhan, “Amerika Birleşik Devletlerinde Yerel Yönetimler,” *Sayıştay Dergisi* 70, (2008): 114.

[47] MaCherie M. Placide, Casey Lafrance, “The County Sheriff in Films: A Portrait of Law Enforcement As a Symbol of Rural America,” *International Journal of Police Science & Management* 16, no. 1 (2014): 103.

[48] Ken Peak, *Introducing Justice Administration: Police, Courts, and Corrections Management*, 6. Baskı, (New Jersey: Upper Saddle River, Prentice Hall, 2020): 97’den aktaran Placide, Lafrance, “The County Sheriff in Films: A Portrait of Law Enforcement As a Symbol of Rural America,” 103.

olarak resmedilerek potansiyel tehlikeli kişilik imajı çizilmiştir. Filmlerdeki şeriflerin konuşmaları da benzer şekilde belirli karakter vurgusu içerir. Örneğin ırkçı söylemler ve cinsel aşağılayıcı terimler kullanan karakterler izleyicide, karakterin büyük ihtimalle bu konularda şiddete eğilimli birisi olduğu izlenimi uyandırarak karakter hakkındaki algıyı olumsuzlaştırır.^[49] Dolayısıyla, yukarıda bahsedilen, literatürdeki iktidarın ölçüğü yerelleştikçe şiddet olaylarının artacağı yönündeki kabulün, popüler kültür alanlarından Amerikan sinema endüstrisinde de bir yansımasının olduğu ifade edilebilir.

Ancak, siyasi iktidarın ölçüğü bağlamında komüniteryan yaklaşım kapsamında konu ele alınacak olduğunda, komüniteryan yaklaşımda bireyin algılanması önem kazanmaktadır. Komüniteryan bir yapıda birey, ilişkilere göre algılandığından, postmodern dönemde iktidar yerleşmiş olsa bile komüniteryan bir sosyal yapı oluşması durumunda, bireyin modern yapıdakine göre daha çok toplumsal ilişki içinde yer alacağı kabulü gerekecektir. Bu durumda, bireyin maruz kalacağı, ancak yerel kültürün meşru saymadığı şiddetten korunmasında da artma olması beklenir. Zira bu varsayımda bireyler daha bütünleşik bir yapı içerisinde, daha birbirine bağlı, dolayısıyla tepki gösterme açısından da daha iş birliği içinde olacaklardır. Böylece, postmodern dönemde iktidar yerleşse bile, komüniteryan bir sosyal yapı olması halinde, yerel kültürün bazı şiddet unsurlarını içselleştirme riski karşılığında, kültürün dışladığı şiddet unsurlarının toplumsal kontrol altına alınmasının da kolaylaşması mümkündür. Dolayısıyla postmodern dönemde toplumsal yapının komüniteryan unsurları daha çok barındırması halinde, literatürde yer verilen şiddet olaylarının daha çok yaşanacağı şeklindeki iddia isabetli olmaktan çıkmaktadır.

Diğer taraftan, postmodern dönemde komüniteryan bir toplum oluşturulduğu varsayıldığında, insan algısının bile kıymeti kendinden menkul birey yerine, toplumsal ilişkilerden oluşan bir varlık olarak değişeceği ifade edilen^[50] böyle bir toplumda, şiddete ilişkin değer yargılarının da değişeceğinin ve günümüzdekinden farklı bir içerik kazanacağını, konuya ilişkin öngörülerde göz ardı edilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Bugün yaptığımız şiddete ilişkin değerlendirmeler modernite zemini üzerine inşa edilmiştir.

[49] Placide, Lafrance, "The County Sheriff in Films: A Portrait of Law Enforcement As a Symbol of Rural America," 105.

[50] Yayla, *Liberalizm*, 233.

Dolayısıyla, şiddete ilişkin tartışmalar aslında değerler alanında bir tartışma olarak düşünülebilir. Böylece, günümüzde modern öncesi dönemden kalan ve aile reisine gerek kocalık gerek babalık iktidarı için yakıştırılan ve şiddet kullanmayı meşru sayan “hem döver hem sever” şeklindeki deyimlerin yahut şiddeti bu günkü kadar dışlamayan ve hatta kutsal bir zemine oturtarak meşruiyet kazandırmaya çalışan “Dayak cennetten çıkmadır.” şeklindeki atasözlerinin oluşumunun, böyle bir değer yargısı farkına bağlanabilmesi mümkün görünmektedir. Çok eşli evlilik ya da köleliğin, zaman içinde paradigma değişimi ile farklı algılanması durumu da buna örnek teşkil edebilir. Dolayısıyla, gelecek dönemde tamamen komüniteryan görüşe uygun bir toplum ortaya çıkacak olursa, şiddete ilişkin bu günkü değerlendirmelerimizin, öyle bir toplumun değer yargıları ile uyuşmaması da muhtemeldir.

Dolayısıyla, komüniteryan yaklaşıma göre oluşturulmuş postmodern bir toplum varsayımında, bireyler daha bütünleşik bir yapı içerisinde, daha birbirine bağlı, dolayısıyla tepki gösterme açısından da daha iş birliği içinde olacağından, bireyin, yerel kültürün meşru saymadığı şiddetten korunmasında artış olacağı ifade edilebilir. Bu değerlendirmede, postmodern dönemde gerçekleşecek değer yargılarına ilişkin farkların “şiddet”in ne olduğuna ilişkin yansımalarının olacağı da dikkatten kaçmaması gereken bir konudur.

Öte yandan, postmodern dönemde, devlet yapılarına ve egemenliğe ilişkin olarak küyerelleşme teorileri doğrultusunda bir yapılanmanın gerçekleşmesi halinde, siyasi açıdan ulusal bir merkezden kopmakla birlikte özellikle ekonomik ve kültürel anlamda küresel bir merkeze yahut uluslar üstü ya da uluslararası kuruluşlara bağlılık doğacağı^[51] dikkate alındığında, şiddetin yerel bir otorite yerine küresel bir otoritenin tekeline girmesi de mümkündür. Bu durumda da siyasi otoritenin yerelleşmek yerine küresel çapta genişleyeceği dikkate alındığında, postmodern dönem için yerelleşme öngörülerini hatalı çıkmış olacağından, şiddet olaylarının artacağı yönündeki iddia da dayanaksız kalmış olacaktır.

Ancak, yukarıda açıklanan küyerelleşme teorilerinde öngörülen ekonomik anlamda küresel merkezileşme, bilişim teknolojilerinin gelişimi sonucunda, küresel merkezileşmeden daha çok, coğrafi anlamda küresel çapta faaliyet gösteren ancak adem-i merkezileşen veya başka bir ifadeyle merkeziyetsizleşen bir ekonomik küreselleşmeyi işaret etmektedir. Konu, bilişim teknolojileri

[51] Çeçen, *Ulus Devlet Türkiye Cumhuriyeti*, 181 vd.

temelinde ortaya çıkan kavramlar çerçevesinde daha iyi incelenecek nitelikte olup, aşağıda ayrı başlık altında ele alınmıştır.

2- Bilişim Teknolojileri ve Şiddet Tekeli

Literatürde bilişim teknolojilerindeki gelişimle birlikte yeni bir döneme girildiği ve postkapitalist bir çağın başladığı yönünde görüşler ileri sürülmektedir.^[52] Buna göre değişimin itici gücü bilişim teknolojileridir. Esasında bilişim teknolojileri kapitalizm içerisinde bu seviyeye gelmiş olmakla birlikte, pazar, ücretler ve özel mülkiyete dayalı bir ekonomik yapıyı yok edecek bir potansiyel taşımaktadır. Piyasa sisteminin boşlukları ve önemsiz gördüğü alanlarda farklı bir ritim oluşmakta, insanlar mevcut devlet destekli şirket kapitalizmi sisteminin kabulleri dışında davranmakta ve yaşamaktadır. Bu durumun, postkapitalist dönemin başlangıcı olduğu iddia edilmektedir.^[53] Özellikle merkeziyetsizlik kavramı çerçevesinde ortaya çıkan blok zinciri ve bunun finans piyasasına yansımaları olan kripto paralar bu iddiaları destekler unsurlar barındırmaktadır.^[54] Bu aşamada, ayrı bir çalışma konusu olacak boyut ve nitelikte bulunduğu için, postkapitalizm ile postmodernizm arasındaki ilişkiye dair farklı görüşler bir tarafa bırakılarak, söz konusu iki kavramın, bilişim teknolojilerindeki gelişimin tetiklemesi ile ortaya çıkan, birbiri ile etkileşim içerisinde ve eş döneme ilişkin kavramlar olduğunu kabul eden görüşler esas alındığında, bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin adem-i merkezileşmeyi artırdığı fakat ekonomik kaynaklar ve ekonomik güç açısından küresel çapta oligopol bir yapı oluşturduğu kabul edilmektedir.^[55] Burada altı çizilmesi gereken husus, siyasi gücün adem-i merkezileşmesi yerelleşme şeklinde gerçekleşirken ya da ulus devlet ölçeğinde kalırken, blok zinciri temelinde geliştirilen uygulamalardan görüldüğü üzere, ekonominin adem-i merkezileşmesi, yerelleşme şeklinde değil, küresel çapta *dağıtıklık* şeklinde olmaktadır. Bu yapı literatürde merkeziyetsizleşme

[52] Kurtar Tanyılmaz, ““Post-kapitalizm” Teorileri ve Teknolojik Belirlenimcilik,” *Sosyal Araştırmalar Vakfı Katkı 4*, (2017): 46.

[53] Paul Mason, *Postcapitalism A Guide to Our Future*, (Newyork: Farrar, Straus and Giroux, 2016), 4.

[54] Önder Perçin, *Sorularla Fintek*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 72.

[55] Raphael Sassower, *Digital Exposure: Postmodern Postcapitalism*, (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013), 19.

olarak adlandırılmaktadır.^[56] Blok zinciri temelinde geliştirilen uygulamalar çerçevesinde ekonominin merkeziyetsizleşmesi, özellikle, merkeziyetsiz finans (*Decentralized Finance- DeFi*), merkeziyetsiz otonom kuruluşlar (*Decentralized Aotonomous Organisations -DAO*) ve akıllı sözleşmeler kavramları üzerinden net şekilde gözlemlenebilir.

Ancak bu çalışmanın amacı ve kapsamı dikkate alınarak, söz konusu kavramların detaylı açıklanması yapılmayacak, bu çalışma açısından önem taşıyan husus olan teknolojik gelişmelerin ekonominin adem-i merkezileşmesini yerelleşme şeklinde değil, coğrafi anlamda küresel çapta *dağıtıklık* şeklinde olmaya yönlendirdiği hususunu temel olarak ortaya koyacak görüşlere genel hatları ile kısaca yer verilecektir. Ardından, iletişim teknolojilerindeki gelişimin şiddetin azalmasına yol açma süreci de ayrıca açıklanmaya çalışılacaktır.

Blok zinciri, birebir iletişim ağları (*peer to peer networks*), açık – kapalı anahtarlı şifreleme (*public-private key cryptography*) ve mutabakat mekanizmaları gibi mevcut birçok bilişim teknolojisi kullanılarak oluşturulan yeni bir bilişim teknolojisidir. Blok zinciri, güvenilir ve sahteciliğe karşı son derece korumalı bir veri tabanı tutulmasına imkân sağlayarak insanların veriyi şeffaf ve inkâr edilemez şekilde tutmasını ve ekonomik işlemlerin gizlilikle yapılabilmesini mümkün kılmıştır. Bu özelliği sayesinde, dijital para birimlerinin ve diğer dijital varlıkların aktarımında, hassas verilerin ve sahiplik bilgilerinin kaydının tutulmasında ve kendi kendine işleyen akıllı sözleşmelerin oluşturulmasında kullanılmaktadır.^[57]

Merkeziyetsiz finans (*Decentralized Finance-DeFi*) ne hukuki ne de teknik bir terimdir. Daha çok finans ve finansal düzenlemelerin gelecekteki evrimine ilişkin tartışmalarda kullanılmaktadır. Temel olarak merkeziyetsizleşme, dağıtık defter teknolojisi ve blok zinciri, akıllı sözleşmeler, aracısızlaştırma ve açık bankacılık gibi kavramların bir ya da birkaçı ile bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. Tanımlanmaya çalışılacak olursa, finansal

[56] Murat Kaya, “Seçili Kripto Para Birimleri Arasındaki Eşbütünleşme ve Nedensellik İlişkisinin Analizi,” *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 13, no. 2 (2021): 139.

[57] Primavera De Filippi ve Aaron Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, (Cambridge: Harvard University Press, 2018), i.

hizmetlerin altyapı, piyasa, teknoloji, yöntem ve uygulamalar vasıtası ile belirli bir merkeze bağlı olmaksızın sunulması olarak ifade edilebilir.^[58]

Hukuki bir bakış açısından, DeFi tartışmalı da olsa hukukun üstünlüğü kuralını ya da en azından bu kuralın Vestfalya tipi ulus-devlet için bizim normal gördüğümüz şeklini, zayıflatmakta ve daha önce bilinmeyen ve daha önce görülmemiş ölçüde teknik risklere maruz bırakmaktadır. ... Hukukun üstünlüğü kuralı kapsamında, DeFi tam olarak merkeziyetsizleşmiş en güçlü biçiminde, devlet temelli sistemlere doğrudan bir meydan okuma olarak ortaya çıkmakta, devletin kural koyma ve uygulayıcı olma görevini ortadan kaldırmaktadır. En saf halinde, DeFi, devlet temelli hukuk sistemleri yerine teknolojiyi getirerek, “kod hukuktur”un en bariz uygulaması olmaktadır. Fakat DeFi’nin en güçlü halinin bu etkilerinin ötesinde, DeFi’nin zayıf uygulamaları da geleneksel coğrafi temelli ulusal devlet hukuk düzenlerine karşı önemli tehditler getirmektedir.^[59]

Merkeziyetsiz otonom organizasyonlar, merkezi bir kontrole bağlı olmayan bir blok zinciri üzerine inşa edilen ve kendine işleyen kurallar aracılığıyla, insanların kendi aralarında koordinasyonun ve yönetim eyleminin gerçekleşmesini sağlayabildikleri blok zinciri tabanlı sistemlerdir. Terim olarak daha önceleri kullanımına seyrek olarak rastlansa da 1990’lardan itibaren eşyaların interneti bağlamında kullanılmaya başlanmıştır. Ancak, günümüzdeki anlamına, Bitcoin’in ortaya çıkışından sonra, Bitcoin Dergisi kurucusu Vitalik Buterin’in katkıları ile 2013 yılından itibaren kavuşmuş ve yaygın olarak kullanılır hale gelmiştir. Merkeziyetsiz otonom organizasyonlar, kripto varlık şeklindeki alım satıma konu olabilen hisseleri alan kişilere, kâr payı, değer artışından faydalanma veya yönetime ilişkin söz söyleme hakkı gibi haklar veren yeni kurumsal yönetim uygulamaları olarak açıklanabilir. Bu organizasyonlar baştan belirlenmiş kurallara göre, insan müdahalesi olmadan, suiistimal edilemez, kamusal olarak denetlenebilir ve paydaşlarının bilgisayarlarına dağıtık şekilde var olan açık kaynak kodlu yazılımlardır. Bitcoin, bu tür organizasyonların ilk örneği olarak nitelendirilmektedir.^[60]

[58] Dirk A. Zetzsche, Douglas W. Arner ve Ross. P. Buckley, “Decentralized Finance,” *Oxford Journal of Financial Regulation* 6, (2020): 173, 174.

[59] Zetzsche, Arner ve Buckley, “Decentralized Finance,” 184.

[60] Samer Hassan, Primavera De Filippi, “Decentralized Autonomous Organization,” *Internet Policy Review* 10, no. 2 (2021): 2, 3.

Akıllı sözleşmeler son dönemde literatürde tartışmalara konu olan kavramlardır. Özellikle, bu sözleşmelerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları, sözleşmelere ilişkin mevcut düzenlemelere uyup uymadıkları ve geleneksel sözleşme hukukunun akıllı sözleşmelere ilişkin uyumsuzlukları çözmeye yeterli olup olmadığı konuları ön plana çıkmıştır. “Akıllı sözleşmeler, sözleşme hukuku bakış açısına göre, ..., bir hukuki muamelenin şart niteliğindeki bir olaya bağlı olarak kendiliğinden gerçekleşmesini sağlayacak şekilde düzenlenmiş bilgisayar kodlarıdır ve hukuki olarak bağlayıcılık akıllı sözleşmelerin zorunlu bir unsuru değildir.”^[61]

Yukarıda genel hatları itibariyle kısaca açıklanan blok zinciri ve bağlı teknolojiler devletlerin ve yasa koyucuların blok zinciri teknolojisini kontrol etme, biçimlendirme ya da etkilemesine karşı giderek artan bir şekilde meydan okumaktadır. “Blok zinciri teknolojisinin temel potansiyeli, küresel ölçekte çalışan ve insanlara temel sosyal işlevlere yönelik yeni finansal ve sözleşmesel araçlar sunan kod temelli sistemler oluşturma imkanı sunmasıdır.”^[62] Bu durumda, bilişim teknolojilerinin etkisi dikkate alındığında, esasında, postmodern dönemde, modern öncesi feodal dönem benzeri ekonomik ve siyasi birlik içerisinde bir yerleşmeden ziyade, modern dönemdeki gibi siyasi ve ekonomik alanların ayrıştığı, siyasetin yerleşse veya ulusal ölçekte kalsa bile ekonominin küresel çapta genişlediği ve aynı zamanda merkeziyetsizleştiği bir yapı ortaya çıkacaktır. Modern dönemde, şiddet tekelinin hem siyasi hem de ekonomik düzeni koruma işlevleri olduğu dikkate alındığında, postmodern bir toplumda, siyasi yapı yerleşse de ekonomik yapının küresel çapta merkeziyetsizleşmesi karşısında, her iki alanın da kapsamına giren konularda şiddet tekelinin hem siyasi hem de ekonomik düzeni koruma işlevlerini farklı çaplarda sürdürmeye devam edeceği sonucuna ulaşılabilir. Başka bir deyişle, şiddet tekelinin ekonomik düzeni koruma işlevi, ekonomik düzenin küresel çapta merkeziyetsizleşmesi çerçevesinde geliştirilecek mekanizmalarla, küresel çapta devam edecek, literatürdeki öngörülen aksine yerleşmeyecek gibi görünmektedir.

Postmodern toplum ile bilişim teknolojileri arasındaki etkileşim Endüstri 4.0 kavramı üzerinden de ele alınabilir. Zira, esasında postkapitalizme

[61] Zvonimir Slakoper ve Ivan Tot, *Digital Technologies and the Law of Obligations*, (New York: Routledge, 2022), 12.

[62] Filippi ve Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, v.

ilişkin görüşler de özünde bilişim teknolojilerindeki gelişimin ekonomideki üretimin yapısını değiştirdiği tespitine dayanmaktadır. Buna göre, Endüstri 4.0 ifadesi, bilişim teknolojilerindeki yazılım sürümlerini numaralandırma sistemini esas alarak, Endüstrinin 4. sürümü anlamında kullanılmaktadır. Daha geleneksel ya da sosyal bilimler dili ile Endüstri Devriminin dördüncü safhası ya da dördüncüsü olarak adlandırılabilir. Buna göre, ilk endüstri devrimi 1760'da buhar makinesinin icadıyla başlamıştır. Buhar makinesi, tarımsal ve feodal toplumun yeni bir üretim sürecine geçişini mümkün kılmıştır. İkinci endüstriyel devrim ise 1900'da içten yanmalı motorun icadıyla başlamıştır. Bu icat da kitlesel üretime imkân sağlamıştır. Üçüncü aşama ise 1960'larda elektronik ve bilişim teknolojilerinin otomasyon üretime uygulanması ile karakterize olur. Dördüncü endüstriyel devrim ise 2000'lerden itibaren başlamıştır ve bilgisayarlar tarafından üretilen ürün tasarımları, üç boyutlu yazıcılar gibi unsurlar ve fiziksel, dijital ve biyolojik alanlar arasındaki ayrımın bulanıklaşması ile karakterize olmaktadır. Endüstri alanındaki bu son değişimin etkileri öncekilerle karşılaştırıldığında lineer değil üssel bir artış niteliğinde görülmekte ve etkileri hemen hemen her ülkedeki endüstriyel sektörleri etkilemekte, bu etkinin boyutları üretim, işletme ve yönetim açısından değişime yol açacak kadar büyük olmaktadır.^[63] Ancak, Endüstri 4.0'ın bu etkileri, uluslararası güvenlik açısından tehdit edici bulunmaktadır. Buna göre, Endüstri 4.0 güvenliği, fiziksel ve sanal olarak büyük ölçüde etkileyecektir.

Önceki endüstriyel devrimler de bir yandan insanlık için gelişme sağlarken, diğer yandan da gücün şiddetli şekilde el değiştirmesine neden olmuştu. Teknolojik inovasyon çatışmaların çıkışına, taraflarına, mekanlarına ve çözümlerine etki etmeye devam edecektir. ... Teknolojik gelişimin uluslararası güvenliği önümüzdeki 15 yıl içinde etkileyebileceği yollar şimdiden öngörülebilmektedir: Üç boyutlu yazıcılarda üretilmiş silahlar, biyolojik ve kimyasal silahlar için yeni üretim imkanları. ... Bu zamana kadar, büyük çaplı hasar, ordu ya da nükleer silah gibi sadece devletlerin sahip olabileceği sofistike ekipman gerektirmekte idi. Dördüncü Endüstriyel Devrim ile büyük çaplı hasar verebilme gücü küçük gruplar hatta ev ya da laboratuvar bilgisayarlarında çalışan bireyler için bile

[63] Min XU, Jeanne M. David ve Suk H. Kim, "The Fourth Industrial Revolution: Opportunities and Challenges," *International Journal of Financial Research* 9, no. 2 (2018): 90, 91.

mümkün hale gelmiştir. ... İnternet, savaşlar için yeni bir cephe açmıştır: Her şey ağ bağlantısına sahiptir ve ağ bağlantısı olan her şey ele geçirilebilir.^[64]

Bu yaklaşım çerçevesinde, postmodern bir toplumda şiddet olaylarının artışının, siyasi otoritenin merkezileşmesi ekseninde ve ülke çapındaki toplum temelinde değil de teknolojinin ilerlemesi ekseninde ve küresel çapta uluslararası ilişkiler temelinde ele alındığında daha somut temellere oturtulabileceği ifade edilebilir. Ancak, bu temel, literatürde ileri sürülen postmodern toplumda şiddet olaylarının artacağı yönündeki ifade ile aynı temele oturmamaktadır. Zira, ilki uluslararası güvenlik temelinde ve dış tehditler bağlamında değerlendirilmekte ve şiddet tekelinin değişimine bağlı olmamaktadır. 11 Eylül 2001 tarihinde yaşanan Dünya Ticaret Merkezine saldırı olayı gibi bu anlamdaki tehditler modern dönem için de geçerlidir. Oysa, literatür, postmodern dönemdeki şiddet artışının sebebinin şiddet tekelinin zayıflaması olacağından hareketle, dış tehdit olarak değil, toplumsal kaos benzeri bir durum olarak algılanmaktadır.

Bu aşamada, bilişim teknolojilerindeki gelişimin, şiddetin azalmasına yol açması bağlamında, iletişim teknolojilerindeki boyutunun da dikkate alınması gerekmektedir. Zira, internetin sağladığı iletişim kolaylığı sayesinde, yerel şiddet olayları sosyal medya platformları üzerinden kısa sürede tüm dünyaya yayılmakta ve küresel çapta şiddet karşıtı kamuoyu oluşmasına neden olmaktadır. Küresel çapta oluşan bu kamuoyu baskısı da şiddetin gerçekleştiği ülke yönetimlerine uluslararası baskı şeklinde etki edebilmektedir. Yakın zamanda bu duruma örnek olarak verilebilecek bir olay İran'da saçını gerekli şekilde örtmediği için göz altında alındıktan sonra şiddet uygulanması nedeniyle Masha Amini isimli kadının hayatını kaybetmesi olarak verilebilir. Bilişim teknolojilerinin iletişim boyutunun bu kadar gelişmemiş olduğu önceki dönemlerde olsa yerel ölçüde kalacak ve küresel boyutta duyulmayacak olan bu olay, internet ve sosyal medya kanalıyla küresel ölçüğe yayılmış ve çeşitli ülkelerde protesto gösterileri düzenlenmesine varacak kadar kamuoyu tepkisi oluşturmuştur.^[65]

[64] Dünya Ekonomik Forumu, "The Global Risks Report 2016 11th Edition," 28. Erişim 5 Ocak 2022. http://www3.weforum.org/docs/GRR/WEF_GRR16.pdf

[65] Euronews, "Sen Olabilirdin," Erişim 4 Ekim 2022, <https://www.euronews.com/2022/09/25/it-could-have-been-you-protests-in-london-over-death-of-masha-amini>

Dolayısıyla, bilişim teknolojilerindeki gelişmeler çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda da ekonominin adem-i merkezileşmesinin, yerleşme şeklinde değil, küresel çapta *dağıtıklık* şeklinde olduğu, blok zinciri temelinde geliştirilen uygulamalar çerçevesinde ekonominin merkeziyetsizleşmesinin, özellikle, merkeziyetsiz finans, merkeziyetsiz otonom kuruluşlar ve akıllı sözleşmeler kavramları üzerinden net şekilde gözlemlenebildiği, ayrıca bilişim teknolojilerinin iletişim boyutunun gelişmelerinin etkisi de dikkate alındığında, esasında, postmodern dönemde, modern öncesi feodal dönem benzeri ekonomik ve siyasi birlik içerisinde bir yerleşmeden ziyade, modern dönemdeki gibi siyasi ve ekonomik alanların ayrıştığı, siyaset yerleşse veya ulusal ölçekte kalsa bile ekonominin küresel çapta genişlediği ve aynı zamanda merkeziyetsizleştiği bir yapının oluştuğu, bu yapı karşısında, her iki alanın da kapsamına giren konularda şiddet tekelinin hem siyasi hem de ekonomik düzeni koruma işlevlerini farklı çaplarda sürdürmeye devam edeceği, bu bağlamda şiddet tekelinin ekonomik düzeni koruma işlevinin de küresel çapta devam edeceği, bu çerçevede, postmodern toplumda şiddet olaylarının artmasından ziyade azalmasının daha olası görüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

SONUÇ

Şiddet tekeli, toplumsal barışı sağlama yükümlülüğü karşısında modern devlete ait bulunmaktadır. Ancak, tarihsel süreç içerisinde toplumsal yapıda barışın nasıl sağlanabileceğine ilişkin değerlendirmelere bağlı olarak bu tekelin soykırım için kullanılması şeklindeki uygulamalara dahi rastlanmıştır. Bu tespitten hareketle, şiddet tekeli ve iktidar ilişkisinin, toplumsal yapıda meydana gelen değişikliklerden etkilenen dinamik bir ilişki olarak nitelendirilerek, içinde bulunulan tarihsel döneme ilişkin toplumsal değişimler çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulması mümkündür. Bu noktada, postmodernizm, içinde bulunduğumuz tarihsel dönemde, toplumsal açıdan önemli değişikliklere gebe bir kavram olarak ortaya çıkmakta ve postmodern dönemde iktidarın ölçek olarak değişimi ve teknolojik gelişmelerin etkileri bağlamında şiddet tekeli ve iktidar ilişkisinin değerlendirilmesi incelemeye değer bir konu olarak gündeme gelmektedir.

İktidarın ölçek olarak değişimi bağlamında, birey ve özgürlük eleştirisi üzerine eğilen bir yaklaşım olan komüniteryanizm ve küyerelleşme öne çıkan kavramlardır. Bu çerçevede, komüniteryan yaklaşıma göre oluşturulmuş postmodern bir toplum varsayımında, kültürel dışlayıcılığın etkisi ile bireyler daha bütünlük bir yapı içerisinde, daha birbirine bağlı, dolayısıyla tepki gösterme açısından da daha iş birliği içinde olacağından, iktidar coğrafi ölçek olarak küçülerek yerelleşse dahi, bireyin, yerel kültürün meşru saymadığı şiddetten korunması daha olası görülmektedir. Ayrıca, bu bağlamda, birey algısının bile değiştiği komüniter bir toplumda, şiddete ilişkin değer yargılarının da değişeceği ve postmodern dönemde tamamen komüniteryan görüşe uygun bir toplum ortaya çıkacak olursa, şiddete ilişkin bugünkü değerlendirmelerimizin, öyle bir toplumun değer yargıları ile uyumlanabileceği de ifade edilebilir.

Diğer taraftan, küyerelleşme teorileri çerçevesinde, postmodern anlamda ortaya çıkacak yerelleşme, küreselleşme ile ilgili olup, merkezileşmeden kopmak ve ulus devlet yapısının merkezileşmesinden ayrılırken, özellikle ekonomik ve kültürel anlamda küresel bir merkeze bağlanmak şeklinde öngörüldüğünden, bir yapılanmanın gerçekleşmesi halinde, siyasi açıdan ulusal bir merkezden kopmakla birlikte özellikle ekonomik ve kültürel anlamda küresel bir merkeze yahut uluslar üstü ya da uluslararası kuruluşlara bağlılık doğacağı dikkate alındığında, şiddetin yerel bir otorite yerine

küresel bir otoritenin tekeline girerek, coğrafi anlamda ölçeğin küçülmesi yerine büyümesi de söz konusu olabilecektir.

Ancak, bilişim teknolojilerindeki gelişmeler, küyerelleşme teorilerinde bahsedilen özellikle ekonomik anlamda küresel yahut uluslar üstü ya da uluslararası kuruluşlara bağlılık yerine, coğrafi anlamda küresel çapta faaliyet gösteren ancak adem-i merkezileşen veya başka bir ifadeyle merkeziyetsizleşen bir ekonomik küreselleşmeyi işaret etmekte olduğundan, konunun bu açıdan değerlendirilmesi de gerekmektedir. Bu kapsamda, bilişim teknolojilerinde gelişmenin şiddet tekeline nasıl etkileyebileceğine ilişkin değerlendirmede, siyasi gücün adem-i merkezileşmesi yerelleşme şeklinde gerçekleşirken ya da ulus devlet ölçeğinde kalırken, blok zinciri temelinde geliştirilen uygulamalardan görüldüğü üzere, ekonominin adem-i merkezileşmesi yerelleşme şeklinde değil, küresel çapta *dağıtıklık* şeklinde olmakta ve bu yapı literatürde merkeziyetsizleşme olarak adlandırılmaktadır. Blok zinciri temelinde geliştirilen uygulamalar çerçevesinde ekonominin merkeziyetsizleşmesi, özellikle, merkeziyetsiz finans (*Decentralized Finance – DeFi*), merkeziyetsiz otonom kuruluşlar (*Decentralized Autonomous Organisations – DAO*) ve akıllı sözleşmeler kavramları üzerinden net şekilde gözlemlenebilir. Bilişim teknolojilerinin etkisi dikkate alındığında, esasında, postmodern dönemde, modern öncesi feodal dönem benzeri ekonomik ve siyasi birlik içerisinde bir yerelleşmeden ziyade, modern dönemdeki gibi siyasi ve ekonomik alanların ayrıştığı, siyasetin yerelleşse veya ulusal ölçekte kalsa bile ekonominin küresel çapta genişlediği ve aynı zamanda merkeziyetsizleştiği bir yapının ortaya çıktığı, şiddet tekelinin ekonomik düzeni koruma işlevinin, ekonomik düzenin küresel çapta merkeziyetsizleşmesi karşısında, geliştirilecek mekanizmalarla küresel çapta devam edeceği, literatürdeki öngörülen aksine yerelleşmeyeceği ifade edilebilecektir. Buna ek olarak, bilişim teknolojilerinin iletişim boyutunda ortaya çıkan gelişmeler de şiddet olaylarının yerelliğini ortadan kaldırmakta, kısa sürede küresel çapta bilinirlik sağlayarak, şiddet karşıtı baskıya dönüşen küresel çapta bir kamuoyu oluşturabilmektedir.

Dolayısıyla, her ne kadar literatürdeki hakim görüş, modernizmin yerini postmodernizme bırakacağı öngörülen önümüzdeki yüzyılda, şiddet tekelinin zayıflayarak yerel ve kültürel özellikler kazanacağı ve şiddetin daha çok artacağı yönünde kanaat ortaya koysa da, bu çalışma kapsamında yapılan incelemede, postmodern bir adem-i merkezileşmede, komüniteryan yaklaşım ve küyerelleşme teorileri çerçevesinde oluşması öngörülen kültürel

ve toplumsal yapıların ve bilişim teknolojilerindeki gelişimin dışsal etkileri dikkate alındığında, ulusal merkezilik azalsa da yerini ekonomik açıdan küresel çapta merkeziyetsizleşmeye bırakması nedeniyle, şiddet tekelinin daha evrensel ve kültürel açıdan dışlayıcı bir nitelik kazanacağını ve literatürdeki genel kanının aksine, şiddetin artmak yerine azalacağını öngörülebileceği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Örsan Ö. “Türkiye’de Kamu Yönetimi İncelemesini Tanımlayıcı Bir Kavram Önerisi: Ölçücülük-İdeametric.” *Amme İdaresi Dergisi* 39, no. 4 (2006): 159-193.
- Aktaş, Sururi. “Komüniteryan Etik.” *Erzincan BYHFD* 6, no. 1-4 (2002): 3-16.
- Ayhan, Ufuk. “Amerika Birleşik Devletlerinde Yerel Yönetimler.” *Sayıştay Dergisi* 70, (2008): 103-121.
- Bauman, Zygmunt. *Modernlik ve Müphemlik*. Çeviren İsmail Türkmen, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2003.
- Bayrak, Emek. “Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar.” *AÜHFD* 68, (2019): 57-82.
- Bell, Daniel. “Communitarianism.” İçinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Editör Edward N. Zalta, (Stanford, 2020). Erişim Tarihi 29 Nisan 2022 <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/communitarianism/> (29.04.2022)
- Berten, Andre, Silveira Pablo Da ve Pourtois, Herve. *Liberaller ve Cemaatçiler*. Ankara: Dost Kitabevi, 2006.
- Butler, Christopher. *Post-Modernism*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Çeçen, Anıl. *Ulus Devlet Türkiye Cumhuriyeti*. Ankara: Kilit Yayınları, 2009.
- De Filipi, Primavera ve Wright Aaron. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- Descartes, René. *Metod Üzerine Konuşma*. Çeviren K. Sahir Sel, İstanbul: Sosyal Yayınları, 1984.
- Dursun, Yücel. “Şiddetin İzini Sürmek: Şiddet Nedir?,” *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi* 12, (2011): 1-18.
- Ergun, Turgay. *Kamu Yönetimi*. Ankara: TODAİE Yayınları, 2004.
- Geddes, Byron C., Cannon, Hugh M. ve Cannon, James N. “Addressing The Crisis in Higher Education: An Experiential Analysis.” *Developments in Business Simulation and Experiential Learning* 45, (2018): 265-279

- Giddens, Anthony. *Modernliğin Sonuçları*. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998.
- Hamacher, Werner. “Afformatif, Grev.” İçinde *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Derleyen Aykut Çelebi, Çeviren Ferit Burak Aydar), İstanbul: Metis Yayınları, 2010, 134 – 165.
- Hassan, Samer ve De Filippi, Primavera. “Decentralized Autonomous Organization.” *Internet Policy Review* 10, no. 2 (2021): 1-10.
- Heywood, Andrew. *Siyasi İdeolojiler*. Çeviren A. Kemal Bayram, Özgür Tüfekçi ve Hüsamettin İnanç, Ankara: Adres Yayınları, 2007.
- Jameson, Frederic. “Foreword.” İçinde *The Post Modern Condition: A Report on Knowledge*. Çeviren Geoff Bennington ve Brian Massumi, Manchester: Manchester University Press, 1984.
- Kaya, Murat. “Seçili Kripto Para Birimleri Arasındaki Eşbütünleşme ve Nedensellik İlişkisinin Analizi.” *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 13, no. 2 (2021): 138-160.
- Khondker, Habibul H. “Glocalization as Globalization: Evolution of a Sociological Concept,” *Bangladesh e-Journal of Sociology* 1, no. 2 (2004): 1-9.
- Kılavuz, U. Murat. “Küreselleşen Dünyada Din.” *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2002): 191-212.
- Küçük, Mehmet. *Modernite Versus Postmodernite*. Ankara: Vadi Yayınları, 1994.
- Lyotard, Jean-François. *The Post Modern Condition: A Report on Knowledge*. Çeviren Geoff Bennington ve Brian Massumi, Manchester: Manchester University Press, 1984.
- Mason, Paul. *Postcapitalism A Guide to Our Future*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2016.
- Özdemir, Yavuz, Şimşek, Ufuk ve Aktaş, Elif. “Postmodernite ve Etnisite.” *Atatürk Üniversitesi SBED* 12, no. 2 (2008): 325-336.
- Peak, Ken. *Introducing Justice Administration: Police, Courts, and Corrections Management*. 6. Baskı, New Jersey: Upper Saddle River, 2020.
- Perçin, Önder. *Ulus Devlet ve Federalizm İlişkisi: ABD Örneği Üzerinden Bir İnceleme*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

- Perçin, Önder (editör). *Sorularla Fintek*. İstanbul: On İki Levha Yayınları 2021.
- Placide, MaCherie M. ve Lafrance, Casey, “The County Sheriff in Films: A Portrait of Law Enforcement As a Symbol of Rural America,” *International Journal of Police Science & Management* 16, no. 1 (2014): 101-112.
- Poggi, Gianfranco. *The Development of the Modern State*. Stanford: Stanford University Press, 1978.
- Rosenberg, Bernard ve White, Davit Manning. *Mass Culture: The Popular Arts in America*. Glencoe: The Free Press of Glencoe, 1957.
- Sassower, Raphael. *Digital Exposure: Postmodern Postcapitalism*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013.
- Saygılı, Abdurrahman. “Modern Devletin Çıplak Sureti.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, no. 1, (2010): 61-79.
- Slakoper, Zvonimir ve Tot, Ivan. *Digital Technologies and the Law of Obligations*. New York: Routledge, 2022.
- Sokal, Alan David. “Transgressing the Boundaries: Toward a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity.” *Social Text* 46/47, (1996): 217-252.
- Şaylan, Gencay. *Postmodernizm*. Ankara: İmge Kitabevi, 2006.
- Tanyılmaz, Kurtar. ““Post-kapitalizm” Teorileri ve Teknolojik Belirlenimcilik.” *Sosyal Araştırmalar Vakfı Katkı* 4, (2017): 45-55.
- Taylor, Charles ve Abbey, Ruth. “Communitarianism, Taylor-Made.” *The Australian Quarterly* 68, no. 1 (1996): 1-10.
- Taylor, Charles. *The Malaise of Modernity*. Toronto: House of Anansi Press, 2003.
- Tilly, Charles. *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*. Çeviren Kudret Emiroğlu, Ankara: İmge Kitabevi, 2001.
- Weber, Max. “Politics as a Vocation.” İçinde *From Max Weber: Essays in Sociology*. Editör H.H. Gerth ve C. Wright Mills, Oxford: Oxford University Press, 1946.

Xu Min, David, Jeanne M. ve Kim, Suk H. “The Fourth Industrial Revolution: Opportunities and Challenges.” *International Journal of Financial Research* 9, no.2 (2018): 90-95.

Yayla, Atilla. *Liberalizm*. Ankara: Liberte Yayınları, 1998.

Zetsche, Dirk A., Arner, Douglas W. ve Buckley, Ross P. “Decentralized Finance.” *Oxford Journal of Financial Regulation* 6, (2020): 172-203.

İnternet Kaynakları:

Euronews, Sen Olabilirdin, Erişim Tarihi 4 Ekim 2022, <https://www.euronews.com/2022/09/25/it-could-have-been-you-protests-in-london-over-death-of-mahsa-amini>

Dünya Ekonomik Forumu, The Global Risks Report 2016 11th Edition. Erişim Tarihi 5 Ocak 2022, http://www3.weforum.org/docs/GRR/WEF_GRR16.pdf

Kamu Görevlisi Alımında Sözlü Sınav ve Mülakat Yöntemleri ile Yargısal Denetim Sorunu

Erdal ŞAHİN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, (sahinerdal@ankara.edu.tr). **ORCID:** 0000-0001-8477-8474.

Makale geliş tarihi: 17 Haziran 2022 **Makale kabul tarihi:** 6 Aralık 2022

Atıf önerisi: Şahin, Erdal. “Kamu Görevlisi Alımında Sözlü Sınav ve Mülakat Yöntemleri ile Yargısal Denetim Sorunu.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 1 (Ocak 2023): 63-113. **DOI:** 10.30915/abd.1132227

KAMU GÖREVLİSİ ALIMINDA SÖZLÜ SINAV VE MÜLAKAT YÖNTEMLERİ İLE YARGISAL DENETİM SORUNU

ÖZ

Kamu görevlilerinin hizmete bağlanması idare açısından kamu hizmetinin işgücünün sağlanmasını, vatandaş açısından ise Anayasa’da korunan bir siyasi hak olan kamu hizmetine girme hakkının kullanımını ifade etmektedir. İdarenin kamu görevlisi alımında kullanacağı yöntemler Anayasa’da açıkça belirlenmemişse de kullanılacak yöntemler ve uygulamanın anayasal ilkelere uygun olması gerekmektedir. Görevin gerektirdiği niteliklerin ölçüldüğü yarışma sınavlarında sözlü sınav ve mülakat yöntemlerinin ağırlığının artması, nitelikleri gereği bu yöntemlerin yargısal denetimin zorlu olması ve Danıştay’ın sözlü sınav ve mülakatların denetiminde 2008 yılında şekillendirdiği tam denetim içtihadının sürdürülmemesi, kamuoyunda bu yöntemlerin doğruluğunun bütünüyle sorgulanmasına yol açmıştır. Bununla birlikte keyfi ve denetimsiz uygulanması, sözlü sınav ve mülakatı kategorik olarak Anayasa’ya aykırı kılmamaktadır. Bu çalışmada ilk olarak kamu görevlisi seçiminde görevin gerektirdiği niteliklerin belirlenmesinde sözlü sınav ve mülakat yöntemlerinin kullanılıp kullanılmayacağı ve kullanılacaksa hangi hallerde kullanılabilirdiği incelenecektir. İkinci ve son olarak ise bu yöntemlerin yargısal denetiminde Danıştay’ın benimsediği içtihat incelenecek ve Anayasa’nın gerektirdiği yargısal denetimin nasıl sağlanabileceği tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler:

sözlü sınav

mülakat

görevin gerektirdiği nitelikler

kamu hizmetine girme hakkı

yargısal denetim

ORAL EXAM AND INTERVIEW METHODS IN RECRUITMENT OF PUBLIC OFFICERS AND THE PROBLEM OF JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT

Employment of public officials signifies the provision of the workforce the administration needs for the public service, and for the citizens, it means the use of the right to enter public service, which is a political right protected in the Constitution. Although the methods to be used by the administration in recruitment are not clearly defined in the Constitution, the methods to be used and the implementation of these must comply with the constitutional principles. The increase in the weight of oral exam and interview methods in the competitive exams where the qualifications for the office concerned are evaluated, the fact that the judicial review of these methods is difficult due to their nature, and the Council of State's failure to maintain the full review case-law regarding the review of oral exams and interviews shaped in 2008 has led to the public questioning the accuracy of these methods. However, its arbitrary and uncontrolled application does not categorically render the oral exam and interview unconstitutional. This study, first of all, will examine whether oral exam and interview methods can be used in determining the qualifications required by the task in the selection of public servants and if they can be used, in which cases they can be used. Second and last, the case-law adopted by the Council of State in the judicial review of these methods will be examined, and how the judicial review required by the Constitution can be achieved will be discussed.

Keywords:

oral exam

interview

qualifications for the office concerned

the right to enter public service

judicial review

GİRİŞ

İdarelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini görebilmeleri, hizmetin zorunlu kıldığı araçların, bütçenin, teşkilatın, kamusal yetkilerin sağlanması yanında hizmete bağlanacak gerçek kişileri gerektirir. İşgücünün kamu hizmetine bağlanmasında temel ayırım, hizmete kamu hukukuyla bağlananlar (memurlar ve diğer kamu görevlileri) ile özel hukukla bağlananlar (kamu işçileri) arasındadır. Anayasa'nın 128. maddesinin I. fıkrası, idarelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği kuralıyla ayırımdaki ölçütü belirlemiştir. Anayasa'nın siyasi haklar ve ödevler bölümünde yer alan 70. maddesinde ise kamu hizmetine girme vatandaşlar için bir siyasi hak, aktif statü hakkı olarak düzenlenmiştir. Kamu hizmetine girmenin bir siyasi hak olarak düzenlenmesi, devlet yönetimine katılmanın yalnızca siyasi kararlara katılımı değil, teknik işleve katılımı da kapsadığını göstermektedir.^[1]

Demokratik sistemin bir gereği olarak, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesi, kamu hizmetine girme hakkı bakımından 70. maddenin II. fıkrasında ayrıca tekrarlanmıştır: "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."^[2] Hükmün karşıt anlamından, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerin aranması gerektiği de çıkmaktadır. Böylece Anayasa m. 70/II ile iki tür yükümlülük öngörülmesi kabul edilebilir: Kamu görevlisi alımında görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir nitelik aramama biçimindeki *negatif yükümlülük* ile görevin gerektirdiği nitelikleri arama biçimindeki *pozitif yükümlülük*.^[3] Kamu hizmetine girmenin bir siyasi hak olarak düzenlenmesi ve hizmete

[1] Sait Güran, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980), 187.

[2] Aslan, kamu hizmetine girmedeki eşitlik ilkesini kapitalist üretim biçiminin zorunlu bir koşulu olarak değerlendirmiş, bütün yurttaşların eşit olarak hizmete alınmasının ekonomik alandaki genel eşitsizliğin üstünü örttüğünü belirtmiştir. Onur Ender Aslan, *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 2006), 68-71.

[3] Kemal Gözler, *İdare Hukuku II*, 3. Baskı, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 700; Mustafa Lütfi Şen, "Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması," *Amme İdaresi Dergisi* 35, no. 1 (1995): 83.

alınmada yalnızca görevin gerektirdiği niteliklerin aranacağı kuralının getirilmesiyle, Anayasa'da hizmete alımda kayırma/yağma sistemi^[4] yerine liyakat sistemi istisnasız olarak kabul edilmiştir.

Görevin gerektirdiği nitelikler, hizmeti gören kamu görevlilerinde bulunmadıkça hizmetin hiç ya da uygun bir şekilde yerine getirilememesine yol açacak niteliklerdir.^[5] Görevin gerektirdiği nitelikler kamu hizmetinin özelliklerine göre farklılaşmakla birlikte, bu niteliklerin ölçümü objektif olmalı ve eşitlik ilkesine uygun bir şekilde yapılmalıdır.^[6] Liyakat ilkesine uygun olarak görevin gerektirdiği niteliklerin objektif biçimde ölçümü, kamu görevlisi alımlarında aranan koşulları sağlayanların haberdar edileceği bir duyuru ile başvuran adaylar arasında yapılacak yarışma sınavı yoluyla alınacak adayların belirlenmesiyle gerçekleşir.^[7]

[4] Kayırma sistemi, başta üst kademe kamu yöneticiliği olmak üzere kamu görevlerine girişte özel bir eğitim ya da yeteneğin gerekmediği, yürütmenin siyasi kanadının aldığı kararları uygulamak için teknik, günlük işlerin de siyasal iktidara yakın kişilerce yürütüldüğü sistemi ifade etmektedir. 1829 ila 1837 arasında ABD Başkanı olarak görev yapan Andrew Jackson döneminde, New York Senatörü William L. Marcy'nin "siyasi savaşta yenilenler görevlerinden çekilmelidir; ganimet, savaşı kazananların hakkıdır!" sözüyle popüler olmuşsa da kullanımı Washington dönemine kadar uzanmaktadır. ABD'de zamanla halkın tepkisini çeken bu sisteme karşı kamu hizmetinde reform çalışmaları başlatılmış, 1880 başkanlık seçimlerini kazanan ve 1881 yılının Mart ayında göreve başlayan James A. Garfield'in kayırma sistemini kullanmayı sürdürmesi üzerine aynı yıl Temmuz ayında, kamu görevine giremeyen bir vatandaş tarafından öldürülmesi sistemin sonunu getirmiştir. 1883 yılında yürürlüğe giren Pendleton Yasası ile ilk olarak kamu görevlerinin %11'i liyakat (merit) sistemi kapsamına alınmış, sonrasında bu oran hızlı bir şekilde artmıştır. Ari Hoogenboom, "The Pendleton Act and the Civil Service," *The American Historical Review* 64, no. 2 (1959): 301-318; Sean M. Theriault, "Patronage, the Pendleton Act, and the Power of the People," *The Journal of Politics* 65, no. 1 (2003): 50-68.

[5] AYM, E. 1979/19, K. 1979/39, 9/10/1979, RG. 16/1/1980-16871.

[6] Güran, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, 188; Mustafa Avcı, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 57; Mehmet Sağlam, "Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi'nin Uygulaması," *Danıştay Dergisi* 35, no. 109 (2005), 11.

[7] Cemal Mihçioğlu, "Türkiye'de Memuriyete Girişte Liyakat Prensibi," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (1958): 109; Cahit Tutum, *Personel Yönetimi*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 1979), 20; Birgül Ayman Güler,

Çalışmada, kamu görevlisi alımında yarışma sınavları arasında özellikle son yıllarda belirleyici hale gelen sözlü sınav ve mülakatın kullanımının kamu görevlilerine ilişkin Anayasa'daki temel hükümlere uygunluğu ve nitelikleri gereği denetimleri farklılaşan bu yöntemlerin yargısal denetiminde benimsenen yaklaşımlar incelenecektir. Çalışma temel olarak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına dayalı olup, ilgili idare hukuku ve personel yönetimi literatüründen de faydalanılacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde sözlü sınav ve mülakatın kamu görevlisi alımında görevin gerektirdiği nitelikleri ölçme aracı olarak kullanımının hukuka uygunluğu incelenecektir. İkinci bölümde ise yargısal denetimde benimsenen yaklaşımlar sistematik olarak dönemlere ayrılacak, incelenen Danıştay kararları sınıflandırılacak ve yaklaşımların yarattığı sonuçlar karşılaştırılacaktır. Kamu hizmetine özel hukuk bağıyla bağlanan kamu işçileri ya da kamu görevlisi alımında yapılan yazılı ve uygulamalı sınav gibi diğer sınav türleri çalışma kapsamı dışındadır. Sözlü sınav ve mülakatlara ilişkin idare hukuku alanındaki çalışmalar büyük oranda Danıştay'ın sözlü sınav ve mülakatların denetimine ilişkin 2013 yılında benimsediği ve halen devam ettirdiği içtihat öncesi, geçiş dönemi olarak ifade edilebilecek bir dönemde yazıldığı için eski içtihatlarla beraber yargının güncel yaklaşımının inceleneceği bu çalışmanın literatüre katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

I. KAMU GÖREVLİSİ SEÇİMİNDE GÖREVİN GEREKTİRDİĞİ NİTELİKLERİ ÖLÇME YÖNTEMİ OLARAK SÖZLÜ SINAV VE MÜLAKAT

Kamu görevlilerinin büyük kısmını oluşturan devlet memurlarının^[8] hizmete alınmalarını da düzenleyen genel kanun niteliğindeki 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda memurluğa girişte, liyakat sisteminin duyuru, açıklık, objektif yarışma ve yeteneğe göre seçim

Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim, 2. Baskı, (Ankara: İmge Kitabevi, 2013), 170-171; Abdullah Uz ve Mustafa Yaşar Demircioğlu, *Sözlü-Mülakat Sınavları ve Yargısal Denetimi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 17.

[8] Memurlar dışındaki diğer kamu görevlilerini sözleşmeli personel ile tek taraflı atama yoluyla hizmete bağlanıp memur sayılmayan hâkimler ve savcılar, öğretim elemanları ve askeri personel oluşturmaktadır. Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2015), 585; Ayman Güler, *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*, 87; Avcı, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, 47; Tayfun Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi*, (İstanbul: Der Yayınları, 1998), 31.

gibi gerekli ilkelerine yer verilmiştir.^[9] Devlet Memurları Kanunu'nun 50. maddesiyle devlet memuru olarak atanabilmek için açılacak sınavları kazanmanın zorunlu olduğu hüküm altına alınarak devlet memurluğuna girişte aynı koşulları taşıyanlar arasında serbest seçim yerine daha objektif olan yarışma yöntemi benimsenmiştir.^[10] Yine aynı Kanun'un sözleşmeli personele ilişkin m. 4/B-3 hükmünde "sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları"nın Cumhurbaşkanınca belirleneceği düzenlenmiş, sözleşmeli personelin de ilke olarak yarışma yöntemi ile hizmete bağlanması öngörülmüştür. Memurlar ve sözleşmeli personel dışındaki kamu görevlilerinin alımında da çeşitli yasalarda ve idari düzenlemelerde yarışma yöntemi benimsenmiştir.^[11] Bir ölçme ve değerlendirme aracı olan yarışma sınavıyla, önceden belirlenmiş olan görevin gerektirdiği niteliklerin ölçülmesi ve adaylar arasından hizmete en uygun olanın belirlenmesi sağlanmaktadır.^[12]

Kamu görevlilerinin seçiminde yapılan sınavlar merkezi bir idari birim ya da doğrudan hizmete ihtiyaç duyan idareler tarafından yapılabilir.^[13] Bunlardan ilkinde "merkezi sistem", ikincisine "kurumsal sistem" adı verilmektedir.^[14] 657 sayılı Kanun'da, öngörülen sınavın yöntemine ilişkin belirleme yapılmamıştır. Kanun'un 50. maddesinin II. fıkrasında, Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak genel bir yönetmelikle sınavların yapılmasına dair usul ve esasların düzenleneceği hükmüyle yetinilmiştir. 657 sayılı Kanun'a

[9] Güran, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, 222.

[10] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları II*, 3. Baskı (İstanbul: Hak Kitabevi Yayınları, 1966), 1155-1157.

[11] Örn. 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu; Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav İle Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG. 9/11/2018-30590).

[12] Tutum, *Personel Yönetimi*, 109; Süha Oğuz Albayrak, *Kariyer Uzmanlık Sistemi*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 2016), 90.

[13] Tutum, *Personel Yönetimi*, 105; Günday, *İdare Hukuku*, 597.

[14] Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi*, 59; Ayman Güler, *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*, 171. Kamu görevlilerinin bir kısmının merkezi sistem bir kısmının kurumsal sistemle göreve alındığı "karma sistem"ler de bulunmaktadır. Süha Oğuz Albayrak, "Türk Kamu Yönetiminde Hizmet Alma Politikaları," (Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), 58.

dayanılarak 18/3/2002 tarihli ve 2002/3975 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen “Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik” halen yürürlükte olup devlet memurluğu ve diğer kamu görevlerine giriş için genel merkezi sınav^[15] olarak Kamu Personel Seçme Sınavını (KPSS) düzenlemektedir. Yönetmelik’te yapılan ayırimda merkezi sınav (KPSS) ile A grubu kadrolar için kurumların kendi yapacakları sınava kabul edilecek adayların belirleneceği, B grubu kadrolar için ise doğrudan atamaya esas puanların sağlanacağı düzenlenmiştir.^[16]

Kamu görevliliğine alımda liyakat sistemi, eşitliğin yanında hizmete uygunluğu da gerektirmektedir.^[17] Yazılı ve objektif bir sınav olsa da KPSS esas alınarak çoğu görevin gerektirdiği nitelikler belirlenemeyeceğinden; birçok görev açısından KPSS haricinde ya da merkezi bir sınav olan KPSS’ye ek olarak kamu görevlisi alacak idarenin farklı türde sınavlar yapması öngörülmüştür.^[18]

[15] Yönetmeliğin “İstisnalar” başlıklı 3. maddesinde sayılan görevler KPSS kapsamı dışında bırakılmıştır.

[16] A grubu kadrolar için KPSS bir ön eleme sınavı niteliğinde olup merkezi sınav sonrasında idarelerin kendi sınavlarını yapmaları öngörülmüştür, merkezi sınava dayalı kurumsal sınav uygulanmaktadır. B grubu kadrolar için ise KPSS doğrudan seçme sınavıdır. A grubu kadrolar için farklı puan türlerinin oluşmasını sağlayan konu dağılımları bulunmaktayken B grubu kadrolarda sadece genel yetenek ve genel kültür soruları atamaya esas puanı oluşturmaya yetmektedir. Ayman Güler, *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*, 173; Albayrak, *Kariyer Uzmanlık Sistemi*, 108-109; Albayrak, “Türk Kamu Yönetiminde Hizmete Alma Politikaları,” 143-144.

[17] Ayman Güler, *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*, 152; Gül den Çamurcuoğlu, “Meritokrasi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 4 (2022), 279.

[18] Avcı, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, 145; Albayrak, “Türk Kamu Yönetiminde Hizmete Alma Politikaları,” 143 vd.

A) SINAV TÜRLERİ

Kamu görevlisi alımında yapılan yarışma sınavları^[19] temel olarak yazılı (çoktan seçmeli test ya da klasik), sözlü, mülakat ve uygulamalı olarak ayrılmaktadır.^[20] Bunlar tek olarak ya da birbirini takip ederek uygulanabilmektedir.^[21] Sınavlarla genel olarak bilgi, zeka, yetenek, kişilik ve fiziksel özellikler ölçülmektedir.^[22] Temel kural, sınavların objektif bir şekilde yapılması ve görevin gerektirdiği niteliklere en uygun aday/adayları ortaya çıkarmasıdır.^[23] Bunun için de sınavın nesnellik, güvenilirlik ve geçerlilik unsurlarını taşıması gerekmektedir.^[24] Nesnellik, ölçme işleminin farklı kişilerce yapılsa da aynı sonuca varılması; güvenilirlik, farklı ölçümler sonucu aynı ya da benzer sonuca varılması; geçerlilik ise ölçülmek istenen niteliğin doğru bir biçimde ölçülebilmesini ifade eder.^[25]

Sınav türleri arasında nesnellik^[26] ve denetime elverişlilik açısından öne çıkan yazılı sınavda görevin gerektirdiği meslek bilgisi ölçülmektedir. Kompozisyon biçiminde yapılan yazılı sınavda meslek bilgisine ek olarak yazılı ifade yeteneği de ölçülebilir. Uygulamalı sınavda ise fiziki yeterlik ya da el becerisi ölçülmektedir.

[19] Kamu görevlisi olarak alınacak kişi sayısından az kişinin girdiği sınavlar *yeterlik sınavı* olarak adlandırılmaktadır. Albayrak, *Kariyer Uzmanlık Sistemi*, 94. Günümüzde kamu görevliliğine girişte kadroya/pozisyona alınacak kişi sayısından az adayın sınava başvurması olanaklı gözükmemektedir.

[20] Nuri Tortop, *Personel Yönetimi*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 1992), 53-57.

[21] Nuri Tortop, "Personel Seçiminde Uyulması Zorunlu Gerekli Kurallar," *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 6, no. 1 (1997): 19; Burhan Aykaç, "Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi," *Amme İdaresi Dergisi* 23, no. 4 (1990): 95.

[22] Tortop, *Personel Yönetimi*, 55; Tutum, *Personel Yönetimi*, 110-111.

[23] Tortop, "Personel Seçiminde Uyulması Zorunlu Gerekli Kurallar," 19.

[24] M. Kemal Öktem, "Personelin Seçimi ve Başarı Güdüsü," *Amme İdaresi Dergisi* 24, no. 4 (1991): 117.

[25] Öktem, "Personelin Seçimi ve Başarı Güdüsü," 117-118.

[26] Albayrak, *Kariyer Uzmanlık Sistemi*, 95.

1- Sözlü Sınav

Sözlü sınav da yazılı sınav gibi meslek bilgisinin ölçülmesi amacıyla yapılmaktadır. Bunun yanında sözlü sınavda adayın sözlü ifade yeteneği de meslek bilgisine ek olarak ölçülür. Sözlü sınavın yazılı sınava göre adaya daha fazla soru sorulabilmesi, adayın bilgisinin daha iyi ölçülebilmesi gibi faydalarının yanında adayların düşünme zamanlarının az olması ve psikolojik yapılarındaki farklılık nedeniyle kimi adaylar için dezavantaj yaratma potansiyeli bulunmaktadır.^[27] Yazılı sınavda olduğu gibi sözlü sınav da kamu görevlisinin bilgi yönünden üstünlüğünü göstermekle birlikte karakterini, idari yeteneğini göstermeyeceğinden her görev için tek yöntem olarak kullanılamaz.^[28] Sözlü sınav gerçekleştirilme biçimi olarak mülakata benzese de ölçülen veri (meslek bilgisi) bakımından yazılı sınava benzemektedir.

2- Mülakat

Mülakat, belirli amaca yönelmiş karşılıklı konuşma olarak tanımlanmaktadır.^[29] Arapçadan geçen mülakat sözcüğü; kavuşma, birleşme veya görüşme anlamlarını taşımakta olup görme, rast gelip kavuşma anlamına gelen “lıka” sözcüğünden türemiştir.^[30] Mülakatta yalnızca nesnel olgular belirlenmeyip kişinin davranışları ve fikirleri gibi soyut olgular da öğrenilebilmektedir.^[31] Mülakatın yapılmasındaki asıl amaç, adayın karakter özelliklerini, kişiliğini ortaya çıkarmaktır.^[32] Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bir kararında mülak

[27] Tortop, *Personel Yönetimi*, 54.

[28] Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları II*, 1155.

[29] Kamber Özgün ve Aysel Ersan, *Personel Yönetiminde Mülakat ve Teknikleri* (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1967), 11.

[30] Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 33. Baskı, (Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2017), 840.

[31] Tortop, “Personel Seçiminde Uyulması Zorunlu Gerekli Kurallar,” 19; Özgün ve Ersan, *Personel Yönetiminde Mülakat ve Teknikleri*, 12; Öktem, “Personelin Seçimi ve Başarı Güdüsü,” 120.

[32] Özgün ve Ersan, *Personel Yönetiminde Mülakat ve Teknikleri*, 16; Abdurrahman Tekin, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında Türkiye’de Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimi,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2021), 148-149.

kat “...bir kişinin davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin muhakeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel ve fiziki görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını puan vermek suretiyle değerlendirme...”^[33] olarak tanımlanmıştır. Mülakat, değerlendirenlerin sübjektif yargılarının ön planda olması nedeniyle ortak kanının ortaya çıkmasının zor olduğu bir yöntemdir.^[34] Sözlü sınavda nesnel bilgi ölçüldüğünden teorik olarak tek başına yapılması belirli koşullarda olanaklı olabileceken mülakatın tek başına yapılması hiçbir şekilde olanaklı değildir, meslek bilgisinin ölçülmesinden sonra tamamlayıcı bir aşama olarak öngörülebilir.^[35]

3- Sözlü Sınav ile Mülakat Ayrımının Silikleşmesi

Uygulamada sözlü sınav ve mülakat eşanlı ya da birbirini içerecek şekilde kullanılabilir.^[36] Örneğin 14/6/1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesinde aday öğretmenlerin öğretmenlik mesleğine geçebilmeleri için yalnızca yazılı ya da yazılı ve sözlü sınavda başarılı olma koşulu aranmış, sözlü sınavda “a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade kabiliyeti ve muhakeme gücü, b) İletişim becerileri, öz güveni ve ikna kabiliyeti, c) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı, d) Topluluk önünde temsil yeteneği ve eğitimcilik nitelikleri”nin aranacağı öngörülmüştür. AYM, “... Yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğünden sözlü sınavda anılan bilgilerin yeniden ölçülmesi yerine dava konusu kuralda belirtilen hususlarda değerlendirmeye tabi tutulması, mülakatın yapılış amacına uygunluk taşımaktadır...” değerlendirmesini yapmış ve mülakat ile sözlü sınavı birbiri yerine kullanmıştır.^[37] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) da bir kararında “...Sözlü sınavın, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakatı ölçmek, adayın kaymakamlık mesleğine uygun yeteneği, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına

[33] AYM, E. 2008/7, K. 2011/80, 18/5/2011, RG. 19/9/2013-28770.

[34] Tutum, *Personel Yönetimi*, 112-113.

[35] Öktem, “Personelin Seçimi ve Başarı Güdüsü,” 120.

[36] Uz ve Demircioğlu, *Sözlü-Mülakat Sınavları ve Yargısal Denetimi*, 26.

[37] AYM, E. 2014/99, K. 2014/181, 4/12/2014, RG. 4/3/2015-29285.

sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açık(tır)...” ifadelerini kullanmış, bilginin yanında kişilik özelliklerinin ölçümünü de sözlü sınav kapsamında görmüştür.^[38]

Mülakat ve sözlü sınavın eşanlı kullanıldığı kararların yanında bazı yargı kararlarında mülakat ve sözlü sınav arasındaki farklılık belirtilmiştir. Örneğin Danıştay sözlü sınavın içeriğinde sadece mülakata yönelik değerlendirmeye yer verilmesini ve “...sözlü sınavının amacı olan bilgi ölçmeye yönelik hususlara...” yer verilmemesini hukuka aykırı bulmuştur.^[39] Danıştay 2021 yılında verdiği bir kararda da yine sözlü sınav ve mülakat ayrımını yapmıştır. Bu kararda ilk olarak, yazılı sınavla bilgisi ölçülen adayın mesleğe uygun tavır ve davranışlara, yeteneğe ve kültürel birikime sahip olup olmadığının belirlenmesi amacıyla mülakat yapıldığı, sözlü sınavda ise yazılı sınav gibi bilgi ölçüldüğü saptanmıştır. Bununla birlikte Danıştay, uygulamada sözlü sınavla adayın bilgisinin yanında mülakatta ölçülen kişilik, karakter özellikleri gibi hususların da ölçüldüğünü, bu nedenle sözlü sınavın mülakatı da kapsadığını belirtmiştir.^[40]

Öğretide de sözlü sınav, mülakatı kapsayacak şekilde tanımlanabilmektedir. Albayrak, sözlü sınavda mesleki bilgi ölçümünün yanında adayın “... kendini ifade etme biçimi, özgüveni, dış görünüşü, mantık kurgusu, akıl yürütmesi...” gibi özelliklerinin değerlendirildiğini belirtmiştir.^[41] Danıştay kararlarında da saptandığı gibi uygulama bu yöndedir. Mevzuatta ve yargı kararlarında kullanıldığı biçimiyle Türk hukukunda sözlü sınav ve mülakat kavramları arasında bir ayrım gözetilmediği, iki sınav türünün de hem meslek bilgisinin hem de adayın kişiliği ve karakter özelliklerinin ölçümünde kullanıldığı görülmektedir.

[38] Danıştay İDDGK, YD İtiraz No. 2008/774, 13/11/2008.

[39] Danıştay 5. Daire, E. 2016/24760, K. 2018/15074, 20/6/2018.

[40] Danıştay 2. Daire, E. 2019/443, K. 2021/427, 4/3/2021.

[41] Albayrak, *Kariyer Uzmanlık Sistemi*, 96.

B) KAMU GÖREVLİSİ SEÇİMİNDE SÖZLÜ SINAV VE MÜLAKATIN KULLANILMASININ (VE KULLANILMAMASININ) ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Yazılı sınav dışındaki sınav türlerinden özellikle sözlü sınavlar ile mülakatlar sübjektif değerlendirmelere yol açtıkları, yargısal denetimlerinin sınırlı olarak yapılabilmesi sonucu idarelere neredeyse sınırsız bir takdir marjı sağladıkları, böylelikle kayırmacılığa yol açtıkları nedeniyle eleştirilmektedir.^[42] Anayasa'da liyakat sisteminin herhangi bir istisna öngörülmeden benimsenmesi, kamu görevlisi alımında görevin gerektiği niteliklerin ölçüldüğü sınavların objektif değerlendirilmelerini gerektirmektedir. Yazılı sınavların, özellikle çoktan seçmeli test türünde yapılanların sözlü ya da mülakat sınavlarına göre değerlendirmelerinin daha objektif olduğu ve yargısal denetimlerinin daha kolay olduğu açıktır. Bu nedenle esas sınav yöntemi olarak yazılı sınavın benimsenmesi gerekir.^[43] Öğretide, esas sınav yöntemi olarak benimsenmesinin ötesinde, Anayasa m. 70'in somut olarak uygulamaya geçirilebilmesi için kamu görevliliğine girişte merkezi yazılı yarışma sınavının tek ölçüt olarak belirlenmesi gerektiği, sözlü sınav ve mülakat sisteminin objektif nitelik taşıması nedeniyle bütünüyle kaldırılması gerektiği görüşü de savunulmaktadır.^[44] Ancak baskın görüş, kamu görevlisi alımında sözlü sınav ya da mülakat uygulamasının bazı görevler için kamu yararına uygun bir yöntem olabileceği, bütünüyle Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündedir.^[45]

[42] Güran, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, 85; Avcı, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, 146; Şen, "Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması," 86; Namık Kemal Öztürk, "Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu," *Türk İdare Dergisi* 74, no. 435 (2002), 133.

[43] Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi*, 62; Öztürk, "Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu," 135.

[44] Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 604. Yazar bu kanısını "memuriyete" giriş için belirtmiş de konu bağlamında ifadenin genel olarak kamu görevlilerini de kapsadığı anlaşılmaktadır.

[45] Mustafa Avcı, "Adli, İdarî ve Askerî Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 3 (2012), 895; Halit Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 93 (2011), 37.

Sözlü sınav ve mülakat, yazılı sınava göre subjektif değerlendirmelere ve kayırmaya daha açıktır.^[46] Bununla birlikte bir ölçme aracı olarak sözlü sınav ya da mülakatın kullanıldığı her durumda Anayasa'ya aykırılık olduğu söylenemez. Neşterin insan öldürmek için kullanılabilir olması, amacına uygun kullanıldığında hayat kurtardığı gerçeğini değiştirmez. Kamu görevlisi alımındaki sınav yönteminin belirlenmesinde tek kriter değerlendirmedeki objektiflik olamaz. Sınavın objektif değerlendirilmesi kadar önemli bir kriter de sınavın görevin gerektirdiği nitelikleri ölçebilmesi, hizmete en uygun adayı ortaya çıkarabilmesidir.

Kamu görevlisi alımında yapılan sınav ile ölçülecek olan görevin gerektirdiği nitelikler daha objektif değerlendirilebilir olan yazılı sınav ile ölçülebiliyorsa yazılı sınav yerine ya da yazılı sınava ek olarak sözlü sınav veya mülakat yapmak Anayasa'ya aykırıdır. Ancak, söz konusu görevin gerektirdiği niteliklerin en azından bir kısmının yazılı sınav ile ölçülmesi olanaklı değilse, bu durumda yalnızca yazılı sınav yapmak Anayasa'ya aykırı olacaktır. Meslek bilgisi dışında bir nitelik aranacaksa, yazılı sınavla yetinilemez.^[47] Her göreve ilişkin ayrı değerlendirme yapılmalı ve görevin gerektirdiği niteliklerin ölçülmesinde ilke olarak kabul edilebilecek yazılı sınava ek

[46] Mehmet Aldan, "Türkiyede Memur Seçiminde Sorunlar," *Amme İdaresi Dergisi* 12, no. 3 (1979), 32.

[47] Örneğin 657 sayılı Kanun Ek Madde 41'de uzman yardımcılığına girişte yapılması öngörülen sözlü sınavda adayın bilgi düzeyinin yanında bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü; liyakati, temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu; özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığı; genel yetenek ve genel kültürü ile bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığının değerlendirileceği düzenlenmiştir. Albayrak, uzmanların kurumun en önemli görevlerini yerine getirecekleri gerekçesiyle bu ölçütlerin belirlendiğini; özgüven, ikna becerisi, inandırıcılık, temsil becerisi ve ifade yeteneği gibi bazı sınav ölçütlerinin de kamu kurumu ile piyasa arasındaki denge işlevi görmesinin ipuçlarını verdiğini belirtmiştir. Albayrak, *Kariyer Uzmanlık Sistemi*, 215. Benzer olarak görevin gerektirdiği niteliklerle sözlü sınav ya da mülakatta aranan ölçütler arasındaki değerlendirme her keresinde yapılmalı, sözlü sınav ve mülakat yapmaya zorunlu kılan nedenlerin olup olmadığı araştırılmalıdır. Yasin Sezer ve Hüseyin Bilgin, "Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 86, (2009), 178.

olarak^[48] öngörülebilecek sözlü sınav ya da mülakat yöntemleri yalnızca zorunlu olduğu hallerde kullanılmalıdır.

AYM ise sözlü sınav ve mülakatın yalnızca yazılı sınavın yetersiz kaldığı durumlarda kullanılabileceği yorumunu benimsemeyip görevin gerektirdiği niteliklerin ölçümünde yasama organının geniş bir takdir yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme mülakatın tek başına yapılamayacağı, yazılı sınavı tamamlayıcı olarak yapılabileceği yönünde kararlar vermekle birlikte mülakatın ya da sözlü sınavın öngörülmesindeki zorunluluğu ilke olarak araştırmamaktadır. AYM'nin hakimlik ve savcılık mesleklerine girişe ilişkin verdiği kararlar, yazılı sınavın görevin gerektirdiği nitelikleri ölçmede tek araç olmasının zorunlu tutulmadığını, mülakatın da öngörülebileceğini fakat tek başına mülakatın öngörülemediğini göstermektedir. 1990 yılında verdiği kararda Mahkeme yalnızca mülakat öngörülmesinin kamu yararına olmadığı sonucuna varıp hukuk devleti ilkesine aykırılıktan iptal ederken temel olarak mülakat sınavının sübjektif değerlendirmelere yol açabilir olması ve yargısal denetiminin sınırlı olarak yapılabileceği gerekçelerine dayanmıştır.^[49] Yine hakimlik ve savcılık adaylığına giriş ile ilgili verdiği bir kararda Mahkeme yazılı yarışma sınavı sonrası mülakat öngörülmesini Anayasa'ya uygun bulmuştur. Meslek için gerekli olan “genel ve fizikî görünüm, intikâl ve kavrama yeteneği gibi özelliklerin karşılıklı görüşme sonucu saptanabileceğinin açık olması” nedeniyle mülakat öngörülmesini takdir alanı içinde görmüş, mülakatın bir koşul olarak aranmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.^[50] Sözleşmeli öğretmen istihdamında KPSS puanına göre belirlenen adayların sözlü sınav yapılarak göreve alınacağını öngören hüküm de AYM tarafından takdir yetkisinin kullanılması olarak değerlendirilmiştir.^[51] AYM'nin görevin gerektirdiği niteliklerin ölçümündeki araçları

[48] Avcı, “Adli, İdarî ve Askerî Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler,” 896.

[49] AYM, E. 1990/13, K. 1990/30, 20/11/1990, RG. 3/1/1992-21100; Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,” 38.

[50] AYM, E. 2005/47, K. 2007/14, 7/2/2007, RG. 29/11/2007-26715. Benzer kararlar: AYM, E. 2016/144, K. 2020/75, 10/12/2020, par. 288, RG. 1/10/2021-31615; AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, 24/7/2019, par. 196, RG. 29/11/2019-30963; AYM, E. 2014/99, K. 2014/181, 4/12/2014, RG. 4/3/2015-29285.

[51] AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, 24/12/2020, par. 238, RG. 8/4/2021-31448.

belirlemeyi yasama organının takdir alanında görmesi ve bu belirlemenin nedenini araştırmaması, sözlü sınav ve mülakat yönteminin kamu görevlisi alımında belirleyici yöntem olarak kullanılmasının ve yazılı sınavların etkisiz kılınmasının önünü açmaktadır. Bu tehlikenin önüne geçilmesi ise, yazılı sınavla ölçülemeyecek, sözlü sınavın ya da mülakatın yapılmasını haklı kılan nedenlerin olup olmadığının araştırılmasıyla olanaklı olabilir.

AYM'nin istisnai olarak aksi yönde, sözlü sınav ya da mülakatın öngörülme nedenini araştırdığı kararları da bulunmaktadır. Örneğin AYM, orman muhafaza memuru ve orman mühendisi istihdamında merkezi sınav puanına göre kadro sayısının dört katına kadar adayın sözlü ve uygulamalı sınava tabi tutulmasına ilişkin hükmün gerekçesini incelemiş, bu görevlere girecek kişilerin çok zor arazi şartlarında çalışmaları nedeniyle mesleki şartlara uyum sağlayıp sağlayamayacaklarının saptanabilmesi amacıyla sözlü ve uygulamalı sınavların öngörüldüğünü, bu nedenle görevin gerektirdiği niteliklerin belirlenmesinde elverişli ve gerekli bir yöntem olduğu sonucuna varmıştır.^[52] Ancak sözlü sınavın öngörülme nedeninin araştırıldığı bu karar ayrıksı bir karar olarak kalmıştır, genel içtihat sınavın yöntemi konusunda geniş bir takdir alanı tanımak yönündedir.

Danıştay'ın ise AYM'nin geniş takdir yetkisi tanıyan yaklaşımını benimsemiş olduğu görülmektedir. Özellikle 2008-2013 arasındaki dönemde sıkı bir denetim yapılmıştır. 2007 yılında, aşağıda incelenecek olan ve 2008-2013 yılları arasında benimsenen içtihat değişikliğinin henüz tam olarak gerçekleşmediği bir dönemde verdiği kararda Danıştay, kamu görevlisi alımındaki gibi liyakat ilkesinin benimsendiği görevde yükselmeye ilişkin yazılı sınavın yanında sözlü sınavın da öngörülmesini "...nesnel bir seçim yöntemi olan yazılı sınav dışında, yargı denetimine kapalı, içeriği, kapsamı, değerlendirme esasları belirsiz olan 'sözlü sınav' öngörülmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı..." gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur.^[53] Benzer bir kararda Danıştay, İçişleri Bakanlığı mülkiye müfettişlerinin göreve alınmasında görevin önem ve özelliğinin dikkate alındığında meslek bilgisinin ölçüldüğü yazılı sınava ek olarak meslek bilgisiyle birlikte mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere sahip olunup olunmadığının ölçülmesi için sözlü sınav yapılmasını hukuka

[52] AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, 16/7/2020, par. 219, RG. 27/11/2020-31317.

[53] Danıştay 5. Daire, E. 2006/3315, 26/3/2007, (YD); Danıştay 5. Daire, E. 2006/3949, 4/5/2007, (YD).

uygun bulmuştur. Bu kararda dikkati çeken, sözlü sınavın öngörülmesinin nedeninin araştırılmasıdır.^[54] Danıştay İDDK de mesleğe girişte salt yazılı sınav yapılabileceği gibi tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav da yapılabileceğine karar vermiştir.^[55] Danıştay 2008 yılında verdiği bir kararında yazılı sınavı tamamlayacak şekilde yapılan mülakatın bilginin de ölçülmesini sağlayacak, objektif değerlendirmeyi olanaklı kılacak sözlü sınav biçiminde yapılması gerektiği gerekçesiyle bu koşulları sağlamayan, salt sübjektif gereklilikleri ölçen mülakatı iptal etmiştir.^[56] Yine 2009 yılında verilen bir kararda KPSS sonrası kurumun yalnızca sözlü sınav yapması hukuka aykırı bulunmuştur.^[57] Merkezi ortak yazılı sınav olan KPSS sonrası sözlü sınav yapılmasının ya da yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav yerine mesleki bilginin ölçülmediği mülakat öngörülmesinin hukuka aykırı bulunması, Danıştay'ın 2008-2013 arasındaki denetiminin en uç örneğini göstermektedir.

2013 sonrası ise sözlü sınavların genellikle yasalarla düzenlenmesi nedeniyle Danıştay'ın etkisi azalmıştır. Bu dönemde daha çok, yönetmelikle düzenlenen ve doğrudan merkezi sınav (KPSS) puanıyla atama yapılmasının öngörüldüğü B grubu kadrolarına atama için ayrıca bir sözlü sınav öngörülmesi Danıştay'ın önüne gelmiştir. Danıştay B grubu kadrolarına ilişkin verdiği kararlarda, Yönetmelik'te yalnızca KPSS puanının atamaya esas alındığını saptamış ve bazı B grubu kadroları için KPSS sonrası kurum tarafından yazılı ve/veya sözlü sınav yapılmasının öngörülmesini eşitlik ilkesine

[54] “İçişleri Bakanlığı mülkiye müfettişlerinin yürüttükleri görevin önem ve özelliği, gerçekleştirdikleri teftiş, denetleme, inceleme, araştırma ve soruşturmaların nitelikleri dikkate alındığında, bu göreve atanacakların ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme sonucunda seçilmeleri kamu yararı ve hizmetin gereğidir. Bu itibarla, müfettişliğe atanacak olanlar için, müfettişlik mesleğinin gerektirdiği bilginin ölçülmesi amacıyla yapılacak yazılı sınav yanında, meslek bilgisi ile birlikte mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olup olmadıklarının tespiti açısından tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. / Bu çerçevede, Yönetmeliğin sözlü sınava ilişkin dava konusu kurallarında hukuka aykırılık görülmemiştir.” Danıştay 5. Daire, E. 2007/1771, K. 2008/3008, 21/5/2008. Aynı yönde: Danıştay 12. Daire, E. 2008/535, K. 2008/3422, 9/6/2008.

[55] Danıştay İDDGK, YD İtiraz No. 2008/774, 13/11/2008.

[56] Danıştay 12. Daire, E. 2006/6124 K. 2008/7315, 29/12/2008.

[57] Danıştay 12. Daire, E. 2008/4245, 24/7/2009, (YD).

aykırı bulmuştur.^[58] Sözlü sınavın ya da mülakatın yazılı sınavı tamamlayıcı olarak öngörülebileceği, tek başına görevin gerektirdiği nitelikleri ölçmede esas alınamayacağı içtihadı da 2013 sonrası korunmuştur.^[59] Bununla birlikte 3201 sayılı Kanun Ek Madde 1’de öngörülen eğitim sonunda polis memuru ve komiser yardımcısı olarak atanacak kişilerin Polis Akademisi Başkanlığınca “yapılacak sınavda başarılı olmaları” koşulunun Yönetmelik’te yalnızca sözlü sınav öngörülmesiyle ihlal edilmediği kararı verilmiş, sözlü sınavın tamamlayıcı niteliği bu kararda dikkate alınmamıştır.^[60]

Sözlü sınav veya mülakatın görevin gerektirdiği nitelikleri ölçme bakımından zorunlu olduğu ve bu nedenle Anayasa’ya uygun olarak öngörüldüğü durumlarda kayırmayı önlemek için objektif kriterler aranmalı, yargısal denetime uygun bir yöntem benimsenmelidir.^[61] Ancak ne kadar objektif ve yargısal denetime uygun olarak öngörülürse öngörülün, sözlü sınav veya mülakat yazılı sınava ek olarak uygulanmalıdır.^[62]

Öncelikli olarak yapılan ve meslek bilgisinin objektif bir şekilde ölçüldüğü yazılı sınavın en önemli eşik olması, görünürde olmaması ve etkisiz kılınmaması gerekmektedir. Yazılı sınavı etkisiz kılarak örneğin barajı düşük tutarak çok fazla adayın sözlü sınava veya mülakata çağırılması Anayasa’ya aykırıdır.^[63] Danıştay İDDK, yazılı sınavı kazananlar arasından hiçbir sınır belirlenmeden herkesin sözlü sınava çağırılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.^[64] Sözlü sınava ilişkin düzenlemelerde genellikle belirlenen

[58] Danıştay İDDK, YD İtiraz No. 2015/949, 10/9/2015; Danıştay 12. Daire, E. 2016/9090 K. 2018/528, 8/2/2018.

[59] Danıştay 2. Daire, E. 2016/16107, K. 2019/6553, 26/11/2019; Danıştay 2. Daire, E. 2019/443, K. 2021/427, 4/3/2021.

[60] Danıştay İDDGK, E. 2020/1362, K. 2020/2320, 5/11/2020.

[61] Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,” 38.

[62] Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,” 39.

[63] Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 604.

[64] Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 430-431; Danıştay İDDK, YD İtiraz No. 2011/897, 5/7/2012.

kadro sayısının üç ya da dört katının yazılı sınav puanına göre sözlü sınava çağrılacağı kuralı yer almaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDGK) 2008 yılında kaymakam alımlarıyla ilgili verdiği bir kararda kadro sayısının dört katı kadar adayın yazılı sınavı kazanmış sayılacağı hükmünü yazılı sınavın nesnel sonuçlarını ortadan kaldıracı nitelikte görmüş ve hukuka aykırı bulmuştur.^[65]

AYM, göreve alınacak aday sayısının üç ya da dört katının yazılı sınav puanına göre sözlü sınava veya mülakata çağrılmasını Anayasa'ya uygun bulmaktadır. Danıştay İDDGK'nin hukuka aykırı bulduğu kaymakamlık sınavıyla ilgili kuralın yasalaştırılması üzerine, yazılı sınavda 70 barajını geçenler arasında kadro sayısının dört katı adayın mülakata çağrılması kuralını inceleyen AYM, yazılı sınava ek olarak mülakatın öngörülmediği durumlarda mülakata çağrılacak aday sayısının belirlenmesinin yasama organının takdir alanında olduğunu ve bunun sınırlarının mülakatı açıkça anlamsız kılmama ve yazılı sınavın nesnel sonuçlarını ortadan kaldırmama olduğunu belirtmiş, dört katı kadar adayın çağrılmasının yazılı sınavın sonuçlarını ortadan kaldırıcı nitelikte olmadığına karar vermiştir.^[66] Benzer olarak verdiği kararlarda AYM sözleşmeli öğretmen istihdamında KPSS puanına göre göreve alınacak personelin üç katının, orman muhafaza memurları ve orman mühendislerinin hizmete alınmasında dört katının sözlü sınava çağrılmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.^[67]

C) KAMU GÖREVLİSİ ALIMINDA SÖZLÜ SINAV VE MÜLAKATIN DÜZENLENMESİNDE YASALLIK İLKESİ

Güçler ayrılığı ile demokratik devlet ilkesinin bir sonucu olan ve Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin yasallığı ilkesi, idarenin kuruluşunda ve tüm etkinliğinde ilke olarak bir yasaya dayanmasını gerektirir.^[68] Başkanlık sistemine geçişle yürütme organına Cumhurbaş-

[65] Danıştay İDDGK, YD İtiraz No. 2008/774, 13/11/2008.

[66] AYM, E. 2009/63, K. 2011/66, 14/4/2011, RG. 23/7/2011-28003.

[67] AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, 24/12/2020, par. 236, RG. 8/4/2021-31448; AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, 16/7/2020, par. 219, RG. 27/11/2020-31317.

[68] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 55; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*,

kanlığı kararnamesiyle yasaya dayanmaksızın ilk elden kural koyma yetkisi verilmişse de bu yetki sınırlı bir yetki olup genel bir kural koyma yetkisi değildir.^[69] Anayasa'nın Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin sınırlarının belirlendiği 104. maddesinin XVII. fıkrasında, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kararname ile düzenlenemeyeceği ve Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı öngörülmüştür. Hem kamu hizmetine girme hakkının siyasi haklar arasında düzenlenmiş olması hem de Anayasa'nın 128. maddesinin II. fıkrasında memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğinin öngörülmesi, kamu görevlisi alımında yapılacak sınavların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi konusu olamayacağını, yasa konusu olması gerektiğini göstermektedir.^[70]

Kamu görevlisi alımında yapılan sınavların Anayasa'da yasallık alanında olması, bu alandaki tüm kuralların yasama organı tarafından konulmasını gerektirmemekte, yürütmenin yasaya dayanan türev nitelikli düzenleyici işlemlerine izin vermektedir.^[71] Yasa ile yürütmenin türev nitelikli düzenleyici işlemleri arasındaki paylaşımda ise AYM'nin 2013 yılından itibaren sürdürdüğü içtihadına göre münhasır yasallık alanındaki konuların genel esaslarının ve temel ilkelerinin yasayla belirlenmesi gerektiği, idare tekniğine

120; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 113-115.

[69] Gözler, *İdare Hukuku I*, 1311; Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 78-79.

[70] Yasin Söyler, "Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenebilir mi?," *Yasama Dergisi* 39 (Ocak-Haziran 2019), 75; Mehmet Rauf Karlı, "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 1 (2020), 194-195; Erdal Şahin, *Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 138-141.

[71] Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 466; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 298; Karlı, "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme," 201.

ve ayrıntıya ilişkin hususlarda ise yürütme organına düzenleme yetkisi verilebileceği kabul edilmektedir.^[72]

AYM, münhasır yasallık alanında genel esasların ve temel ilkelerin yasayla belirlenmesi gerektiği içtihadını 2013 yılından itibaren sürdürse de bu gerekliliği her denetimde aynı tutarlılıkta aramamıştır. Mevzuat incelemesi, kamu görevlisi alımında yapılan sınavların birçoğunun yasallık ilkesine aykırı olarak düzenlendiğini göstermektedir. Örneğin sözleşmeli öğretmen istihdamına ilişkin, AYM kararına farklı açıdan konu olan^[73] 652 sayılı KHK'nin Ek 4. maddesinde, Milli Eğitim Bakanlığının boş öğretmen norm kadrosu bulunan eğitim kurumlarında 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edebileceği, sözleşmeli öğretmenlerin her bir pozisyon için üç katına kadar aday arasından yapılacak sözlü sınav başarı sırasına göre atanacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin 7. fıkrasında "... sözlü sınava alınacakların belirlenmesi, sözlü sınav konuları, sözlü sınavın usul ve esasları..."nın Milli Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükümde hiçbir genel esas ya da temel ilke yer almamasına karşın AYM söz konusu değişikliği yasallık ilkesi ya da yasama yetkisinin devredilmezliği bağlamında incelememiştir.

31/10/1985 tarihli ve 3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğüne İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Ek Madde 1'de orman muhafaza memuru ve orman mühendisi olarak atanacakların merkezi sınav puanına göre kadro sayısının dört katına kadar çağrılacak adaylar arasından sınav komisyonları tarafından yapılacak sözlü ve uygulamalı sınava göre belirleneceği ve bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esasların Orman Genel Müdürlüğü tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiş, konunun genel çerçevesi çizilmeden idareye yetki devri yapılmıştır.

9/7/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 1. maddesinde icra müdür ve icra müdür yardımcılarının Adalet Bakanlığı tarafından

[72] AYM, E. 2013/72, K. 2013/126, 31/10/2013, RG. 24/1/2014-28892; Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi," *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 49; Turan Yıldırım, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı," *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 307-308.

[73] AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, 24/12/2020, par. 229 vd., RG. 8/4/2021-31448.

yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav sonucuna göre atanacakları, yazılı ve sözlü sınav esaslarının yönetmelikte düzenleneceği hükmünü inceleyen AYM, bu sınavların esaslarının aynı maddenin 3. ve 4. fıkralarında belirlendiği gerekçesiyle yasallık ilkesinin gereklerinin karşılandığı sonucuna varmıştır.^[74] Ancak Mahkemenin atıf yaptığı fıkralarda^[75] sınavların esaslarına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamakta, yalnızca sınavın “Adalet Bakanlığı veya Bakanlığın bu konuda yetki vereceği adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından” yapılacağı belirtilmektedir.

4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu’na 661 sayılı KHK ile getirilen Ek Madde 29 ile Emniyet Hizmetleri Sınıfı dışında kalan kadrolu ve sözleşmeli personelin seçimi ve atanmalarının merkezi sınava ek olarak sözlü ve/veya uygulamalı sınav puanı ile diğer niteliklere göre yapılması; personelin alımı ve ilk atamaya ilişkin sınav, sınav komisyonları ve aranacak niteliklerin yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. AYM bu hükümle sınavların usul ve esaslarına ilişkin temel hükümlere yer verildiği, uzmanlık gerektiren ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı, böylelikle yasallık ilkesinin karşılandığı sonucuna varmıştır.^[76] Yasada hiçbir temel kural yer almamaktadır.

AYM 2019 yılında verdiği Sağlık Bakanlığının sözleşmeli personel istihdamına ilişkin kararda sözlü sınavlarda yasallık ilkesini incelemiştir. 663

[74] AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, 4/7/2013, RG. 2/8/2013-28726.

[75] 24/11/2021 tarihli ve 7343 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle bu maddeye ek üçüncü fıkra getirildikten sonra kararda atıf yapılan 3. ve 4. fıkralar, 4. ve 5. fıkralar olarak değişmiştir: “3. İcra müdür ve icra müdür yardımcıları, Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. İcra katipleri arasından Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav sonucuna göre de icra müdür veya icra müdür yardımcılığı kadrolarına atama yapılabilir. / 4. İcra katipliğine ilk defa atanacaklar, kamu görevlerine ilk defa atanacaklar için yapılacak merkezî sınavda başarılı olanlar arasından Adalet Bakanlığı veya Bakanlığın bu konuda yetki vereceği adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından yapılacak uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre; unvan değişikliği suretiyle atanacaklar ise uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. Unvan değişikliği suretiyle icra katipliğine atanacaklar tahsis edilen kadronun yüzde ellisini geçemez.”

[76] AYM, E. 2011/143, K. 2013/18, 17/1/2013, RG. 12/7/2013-28705.

sayılı KHK'ye eklenen 45/A maddesiyle Bakanlığa merkezi yerleştirmenin yanında merkezi yerleştirme puanı esas alınarak sözlü sınavla sözleşmeli personel istihdam etme yetkisi tanınmış, sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği düzenlenmiştir. AYM sözlü sınav yoluyla sözleşmeli personel alımını Anayasa'ya uygun bulmuşsa da sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği cümlesini Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin 7. maddesi ile kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin 128. maddesine aykırı bulup iptal etmiştir.^[77] Mahkeme bu kararda, sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceğinin düzenlenmediği ve sınavın temel ilkelerinin belirlenmediği gerekçesine dayanmıştır. AYM içtihadında ayrık bir karar olarak kalan bu karardaki incelemenin sözlü sınav ve mülakatın öngörüldüğü her yasa maddesi için yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

II. SÖZLÜ SINAV VE MÜLAKATIN YARGISAL DENETİMİ

Kamu görevlisi alımında yapılan sözlü sınav^[78] sonucunda not verilmesi ya da başarısız sayılması işlemi adayın statüsünde değişiklik yarattığından icrai bir idari işlem niteliğine sahiptir. Hukuk devletinin bir gereği olan idarenin yargısal denetiminin güvence altına alındığı Anayasa'nın 125. maddesinin I. fıkrası gereğince bir idari işlem olması nedeniyle sözlü sınavda not verme ya da başarısız sayma işlemine karşı yargı yoluna gidilebilir. Uygulamada not verilmesi ya da başarısız sayma işlemi yerine kadroya atamanın yapılmaması işlemine karşı açılan davalar da kabul edilmektedir. Sonuçları bakımından iki iptal davası arasında bir fark bulunmamaktadır.

Yazılı sınava göre sübjektif değerlendirmelere daha açık olan sözlü sınavın yargı tarafından denetlenmesi kayırmacılığın önlenmesi bakımından gereklidir.^[79] Yargısal denetim, yazılı sınava göre özellikler ve zorluklar taşımaktadır. Sözlü sınavın yargısal denetiminde yazılı sınavlarda yaşanmayan en önemli

[77] AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, 24/7/2019, par. 199 vd., RG. 29/11/2019-30963.

[78] I. Bölümde sözlü sınav ve mülakat arasındaki fark belirtildikten ve uygulamada sözlü sınavın mülakat ile eş anlamlı ya da mülakatı kapsayacak biçimde kullanıldığı saptandıktan sonra anlatım kolaylığı bakımından bu bölümde "sözlü sınav" ifadesi ayırım belirtilmedikçe mülakatı da içerecek biçimde kullanılacaktır.

[79] Avcı, "Adli, İdari ve Askeri Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler," 895.

sorun, soruların ve yanıtların denetime olanak tanıyacak biçimde kayıt altına alınmasıdır. Yazılı sınavlarda yanıt anahtarı ve davacı adayın sınav kağıdı mahkeme ve gerektiğinde bilirkişi tarafından incelenebilirken sözlü sınavlarda bunun için ayrı bir düzenek kurulması gerekmektedir. Ancak sözlü sınava ilişkin yargısal denetimi zorlaştıran unsurlar yargısal denetimi etkisiz kılma gerekçesi olamaz. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, yalnızca görünüşte yargı yoluna başvurulabilmesini değil, aynı zamanda etkili bir denetim mekanizmasını gerektirir.^[80] İdareye işlem yapma yetkisi tanınan yasada işlemin yargısal denetimini olanaklı kılacak yöntemler de öngörülmelidir, aksi halde tüm unsurları bakımından yargısal denetime konu olamayan işlem yapma yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırı olur.^[81] İdarenin de arada yasa olmasa dahi doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan, işlemlerini tüm unsurlarıyla yargısal denetime konu olabilecek biçimde yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

A) DENETİM ÖLÇÜTLERİ

Kamu görevlisi alımında yapılan sözlü sınavlarda not verme ya da başarılı/başarısız sayma işlemlerinin tüm idari işlemler gibi yetki, şekil, neden, konu ve amaç unsurları bakımından hukuka uygun olması gerekmektedir. Yalnızca yetki ve şekil unsurlarındaki sakatlıkların araştırıldığı eksik denetim, hukuk devletinin bir gereği olan ve Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen idarenin tüm işlemlerinin yargısal denetime açık olduğu kuralıyla bağdaşmaz. Sözlü sınavlara ilişkin açılan davalarda yetki ve şekil denetimi daha kolay yapılabilmesine karşın neden, konu ve amaç unsurlarının denetimi bu işlem türlerinde kolay değildir.^[82] Sözlü sınavların tümüyle yazıya dökülmesindeki zorluk, bu sınavlara özgü araçların geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

[80] Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 40.

[81] Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 40.

[82] Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 45.

Sözlü sınavların yargısal denetiminde Danıştay içtihatları üç dönemde^[83] incelenebilir:

1. Eksik Denetim Dönemi (2008'e kadar): Danıştay 2008 yılına kadar uzun süre sürdürdüğü içtihadıyla ilk olarak sözlü sınavlar ile mülakatlarda sorulan soru ve verilen yanıtların belli olmadığı gerekçesiyle yargısal denetiminin yapılması olanaklı olmadığından açılan iptal davalarının reddi yolunda kararlar vermiştir.^[84] Ancak bu dönemde dahi yetki ve şekil denetimini gerçekleştirmiş, bu unsurlardan, sınav komisyonunun oluşumunda sakatlık, mevzuatın öngördüğü yöntemle aykırılık ve maddi hata bulunduğu durumlarda hukuka aykırılık sonucuna varmıştır.

2. Tam Denetim Dönemi (2008-2013): Danıştay 2008 yılında geliştirdiği içtihat ile sözlü sınavların esas denetimlerinin de yapılabilmesini sağlamak için soru ve yanıtların kayıt altına (tutanakla ya da sesli ve görüntülü olarak) alınmasını bir şekil şartı olarak benimsemiştir.

3. İkinci Eksik Denetim Dönemi (2013 sonrası): Tam denetim içtihadına karşı hamle olarak yanıtların kayıt altına alınmasını engelleyecek yasa hükümlerinin konulması ve AYM ile Danıştay'ın bu hamleye karşı tam denetimi koruyacak bir içtihat geliştirememeleri, görünürde tam, gerçekte eksik denetim dönemini yaratmıştır. Sözlü sınavların tüm unsurlar bakımından tam olarak denetlenebilecekleri kuralı tekrarlanırken özünde yalnızca yetki ve şekil unsurunun denetlendiği 2008 öncesi döneme yakın bir denetim yapılmaktadır.

Dönemlerin ayrılmasındaki ölçüt, esas denetiminin yapılmasının sağlanıp sağlanmadığıdır. Bu nedenle *yetki* ve şekil unsurlarını içeren “usul denetimi”

[83] İçtihat değişiklikleri bir anda olmadığından dönemlerin belirlenmesinde Danıştay İDDK kararları esas alınmıştır. 2007 hatta 2004 yılında dahi ilk içtihattan ayrılan kararlar çıkmaya başlamıştır.

[84] Turgut Tan, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 51, no. 1-4 (1996), 411; Danıştay 5. Daire, E. 1978/2228, K. 1982/11415, 6/12/1982; Danıştay 8. Daire, E. 1984/74, K. 1984/1345, 5/11/1984. Benzer yönde AYİM kararı: AYİM 2. Daire, E. 1992/355, K. 1993/39, 20/1/1993.

ile *neden, konu ve amaç* unsurlarını içeren “esas denetimi” ayrı başlıklar altında incelenecektir.^[85]

1- Usul (Yetki ve Şekil Unsurları) Denetimi

Kamu görevlisi alımındaki sözlü sınavlar, yasalar ya da idari düzenlemelerle kurulan yetkili sınav komisyonları tarafından gerçekleştirilmektedir. Adaya verilen puan ya da başarılı/başarısız olduğu sonucu komisyon üyelerince imzalı tutanak ile tespit edildiğinden komisyonun uygun şekilde oluşturulup oluşturulmadığının denetimi sözlü sınavlara özel bir zorluk yaratmamaktadır.

Sözlü sınavların denetimini diğer idari işlemlerin denetimine göre zorlaştıran, sorulara verilen yanıtların ve komisyon üyelerinin verdikleri puanların gerekçelerinin mahkemece denetlenmesindeki güçlük olduğu için şekil unsuru denetimi özel bir önem taşımaktadır. İdari yargının, sözlü sınavlarda esas denetimine zemin sağlayacak bir yöntemle sınavların kayıt altına alınmasını asli şekil kuralı sayıp saymaması, yapılan denetimin kapsamını belirleyen en önemli gösterge olmuştur.

a) Sınav Komisyonunun Oluşumu

Sözlü sınavlarda not verme ya da başarısız sayma işleminde yetki denetimi, sınav komisyonunun oluşumu bakımından yapılmaktadır. Sınav komisyonunun mevzuatta öngörüldüğü biçimde oluşturulmaması, işlemi yetki unsuru bakımından sakatlamaktadır.^[86]

[85] Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 387; Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 803. Usul – esas denetimi ayrımı Fransız idare hukukundaki “hukuka dıştan aykırılık” (*l'illégalité externe*) ile “hukuka içten aykırılık” (*l'illégalité interne*) ayrımına karşılık gelmektedir.

[86] Danıştay birçok kararında kurulların ve komisyonların oluşumundaki sakatlıkları yetki unsuru yerine şekil unsuru içinde değerlendirmiştir. Danıştay 13. Daire, E. 2007/5204, K. 2010/2224, 15/3/2010; Danıştay 8. Daire, E. 2009/7779, K. 2010/1593, 31/3/2010; Danıştay 2. Daire, E. 2020/2481, K. 2021/1704, 24/5/2021. Öğretide bu tür sakatlıklar şekil unsuru içinde [Turan Yıldırım, “İdari İşlemler” İçinde İdare Hukuku 8. Baskı, ed. Turan Yıldırım, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 495; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 395; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 262] ya da yetki unsuru içinde [Karahanoğulları,

Sınav komisyonunun oluşumundaki hukuka aykırılıklar Danıştay'ın eksik denetim yaptığı ilk dönemde dahi sözlü sınavların iptal nedenini oluşturmuştur. 1984 yılında vermiş olduğu bir kararda Danıştay, komisyon üyelerinin yönetmeliğe göre Genel Müdürlük ve Bakanlık yetkilileri arasından seçilmesi gerekirken tümünün Genel Müdürlük içinden seçilmesini sözlü sınavın iptali nedeni olarak görmüştür.^[87] Danıştay İDDGK de 1992 yılında verdiği bir kararında "...ancak usulüne uygun bir biçimde oluşturulan jüri tarafından verilen kararların, içerik itibarıyla ve esas yönünden yargısal denetimleri yapılabileceğinden..." bilirkişi incelemesi yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur.^[88]

Danıştay, kaymakamlık eğitimi sonunda göreve başlamadan önce yapılan sözlü sınavla ilgili bir uyuşmazlıkta sözlü sınavı yapan Bakanlık Encümeninin eksik üye ile toplanmasını iptal nedeni olarak görmüştür.^[89] Mevzuatta aksine bir hüküm olmadığı durumda sınav komisyonunun tüm üyelerin katılımıyla toplanması gerekmektedir. Benzer olarak yakın tarihli bir kararda sözlü sınavın tek bir komisyon tarafından yapılarak değerlendirilmesi gerekirken 11 ayrı sınav komisyonu oluşturulması hukuka aykırı bulunmuştur.^[90]

Sınav komisyonunun oluşumundaki denetim diğer idari işlemlere göre özellik göstermemekte, ayrı bir düzenek gerektirmemektedir. Puanların kayıt altına alındığı tutanakta imzaları bulunan üyelerin mevzuatın öngördüğü biçimde belirlenip belirlenmediği idari yargı tarafından denetlenmektedir.

İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 368; Gözler, *İdare Hukuku I*, 904 vd.; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 362] değerlendirilebilmektedir.

[87] Danıştay 5. Daire, E. 1982/3050, K. 1984/882, 24/2/1984.

[88] Danıştay İDDGK, E. 1991/208, K. 1992/69, 20/3/1992; Tan, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi," 415.

[89] Danıştay 5. Daire, E. 1986/564, K. 1986/1372, 9/12/1986.

[90] Danıştay 2. Daire, E. 2018/4041, K. 2019/2042, 15/4/2019.

b) Kayıt Altına Alma (Tutanak ve Sesli/Görüntülü Kayıt)

Danıştay'ın sözlü sınavların denetimini usuli yönlerle sınırladığı ve esas denetimi yapılamayacağına hükmettiği 2008 öncesi eksik denetim dönemi içtihadında şekil denetimi yapsa da bunu mevzuatta öngörülen kurallarla ve temel yöntem kurallarıyla sınırlanmış, sözlü sınavların yargısal denetime izin verecek biçimde yapılmasını bir şekil kuralı olarak öngörmemiştir. Örneğin, Danıştay 2007 yılında verdiği bir kararda sınav kurulunca objektif olarak hazırlanan sözlü sınav sorularının kapalı zarflar içinde kutulara konulup adaylarca seçilerek yanıtlandırıldığını, üyelerin adayların yanıtlarını ayrı ayrı değerlendirip puanladıkları ve puanların ortalamasının tutanağa geçirildiğini saptamış ve işlemi hukuka uygun bulmuştur.^[91] 2001 yılında verilen bir kararda ise tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlenmiş olması asli şekil sakatlığı olduğundan iptal nedeni sayılmıştır.^[92]

Sözlü sınavlarda sorulan soruların ve aday yanıtlarının kayıt altına alınması, şekil unsurunun içinde olsa da esas denetimi yapılmasının önkoşuludur.^[93] Sorulan sorular, verilen yanıtlar ve komisyon üyelerinin puanlarının kayıt altına alınmaması, işlemin esas denetimini olanaksız kılmaktadır. Danıştay 2000'li yılların sonlarına doğru içtihadını bu yönde değiştirerek sözlü sınavların yargısal denetiminde işlemin neden unsuru verilerinin sunulmasını sağlayacak biçimde gerçekleştirilmemesini başlı başına hukuka aykırılık nedeni saymaya başlamıştır.

Danıştay'ın 2008 içtihat değişikliğinin temel dayanağı hukuk devleti ilkesi olmuştur. Hukuk devleti ilkesi, idari işlemlerin yargısal denetimini olanaksızlaştıracak ya da zorlaştıracak düzenlemelere ve uygulamalara izin vermemektedir.^[94] Danıştay, yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurlarla sınırlı bir yargısal denetimin hukuk devletinin gerektirdiği güvenceyi sağlayamayacağı, sözlü sınavların tüm unsurlarıyla yargısal denetimine olanak sağlayacak şekilde yapılmasının hukuka bağlı idarenin görevi olduğu, bu

[91] Danıştay 2. Daire, E. 2005/2471, K. 2007/1575, 9/4/2007.

[92] Danıştay 5. Daire, E. 1998/850, K. 2001/2530, 7/6/2001.

[93] Uz ve Demircioğlu, *Sözlü-Mülakat Sınavları ve Yargısal Denetimi*, 44.

[94] Avcı, "Adli, İdarî ve Askerî Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler," 897, 898.

altyapısının idarece oluşturulması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.^[95] Sözlü sınavların niteliği gereği tutanak tutulması ve adaylara ilişkin değerlendirilmelerin açıkça ortaya konulması zorunlu kılınmıştır.^[96]

2008 yılında oluşturulan tam denetim içtihadıyla sözlü sınavların yapılmasında neden unsuru verilerinin kayıt altına alınmaması asli şekil eksikliği olarak değerlendirilmiştir, esasa değil şekil unsuruna ilişkin bir içtihat değişikliği söz konusudur.^[97] 12. Daire, mevzuatta hüküm bulunmasa dahi sorulara verilen yanıtların ve adaylara komisyon üyelerince verilen puanların ayrı ayrı belirtilmesi gerektiğini,^[98] 5. Daire ise ayrıca sınavda verilen yanıtların teknolojik imkanlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmasının da yargısal denetimi, dolayısıyla hukuk devleti ilkesini sağlayacak önemli ve yerinde bir uygulama olacağını kararlarında belirtmiştir.^[99] Bu değişikliğin kamu görevlisi alımlarında yaşanan kayırmacılığa karşı bir tepki olarak ortaya çıktığı ileri sürülmüştür.^[100]

Danıştay İDDGK'nin 2008 yılında verdiği karar içtihat değişikliğini yansıtmakta, 5. ve 12. Dairelerin gerekçelerini ortak kriterlere bağlamaktadır. İDDGK, oyçokluğu ile verdiği kararda, "...davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi, ayrıca komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmadığı..." gerekçesini kullanarak sözlü sınavın asli şekil koşullarını

[95] Danıştay 5. Daire, E. 2007/1771, K. 2008/3008, 21/5/2008; Danıştay 12. Daire, E. 2008/535, K. 2008/3422, 9/6/2008.

[96] Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 48.

[97] Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 49.

[98] Danıştay 12. Daire, E. 2008/535, K. 2008/3422, 9/6/2008.

[99] Danıştay 5. Daire, E. 2007/1771, K. 2008/3008, 21/5/2008.

[100] Sezer ve Bilgin, "Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi", 179.

ortaya koymuştur.^[101] Buna göre, 2008'den 2013'e kadar benimsenecek tam denetim içtihadının şekil unsuruna ilişkin kriterleri üçe ayrılmaktadır:

1. Sözlü sınav öncesinde soruların ve yanıt anahtarının hazırlanması,
2. Sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt altına alınması,
3. Komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçelerinin ortaya konulması.

Danıştay İDDGK kararında önemli bir nokta, incelenen 12. Daire kararında hem sesli-görüntülü kayıt almanın hem de sorulan soru ve adayların yanıtlarının tutanağa bağlanmasının gerektiği belirtilmesine rağmen sesli-görüntülü kayıt, soru ve yanıtları belirlemede yeterli olacağından ayrıca tutanakta soruların ve yanıtların tek tek yazılmasına gerek olmadığı belirlenmesidir. Soru ve yanıtlar sesli-görüntülü kayıt altına alındığından ayrıca tutanağa yazılmasına gerek olmamasına karşın komisyon üyelerinin takdir ettikleri notların gerekçeleriyle ortaya konması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu karardan da çıkan sonuç, sözlü sınavların denetiminde esas denetimi yapılması için önemli olanın soruların ve yanıtların sonradan incelenmeye olanak tanıyacak biçimde sesli-görüntülü kayda alınmasıdır, sesli-görüntülü kayıt zorunlu tutulduğundan, ayrıca yazılı kayda gerek yoktur.

Danıştay İDDGK kararı sonrası içtihat şekillenmiştir. 12. Daire benzer olarak kriterleri sınav sorularını ve yanıt anahtarını önceden hazırlama, komisyon üyelerinin hangi notu verdiğini gerekçeli olarak yazması ve teknolojik olanaklardan faydalanarak görüntülü ve/veya sesli kayıt altına alınması olarak saymıştır.^[102] 5. Daire^[103] ve 12. Daire^[104] gibi 2. Daire de aynı kriterleri

[101] Danıştay İDDGK, YD İtiraz No. 2008/774, 13/11/2008.

[102] Danıştay 12. Daire, E. 2009/436, 15/7/2009, (YD); Danıştay 12. Daire, E. 2009/1701, 5/8/2009, (YD).

[103] Danıştay 5. Daire, E. 2008/6852, K. 2010/1546, 19/3/2010.

[104] Danıştay 12. Daire, E. 2008/7485, K. 2010/4338, 21/9/2010.

benimsemiştir.^[105] Öğretide de tam denetim içtihadının benimsenmesine yol açan yeni şekil unsuru kriterleri isabetli olarak görülmüştür.^[106]

Sözlü sınavların teknolojik olanaklardan faydalanılarak kayıt altına alınmamasının şekil sakatlığı yaratacağı yönündeki tam denetim içtihadı yasa değişiklikleriyle etkisiz kılınmaya, sözlü sınavların kayıt altına alınması engellenmeye çalışılmıştır.^[107] Çeşitli yasalarda düzenlenen mülakat ve sözlü sınavlar için komisyon üyelerince adaylara verilen puanların ayrı ayrı tutanağa geçirileceği belirtilmiş ve “bunun dışında mülakat/sözlü sınav ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz” kuralı konulmuştur.^[108]

Danıştay’ın tam denetim içtihadına karşı çıkarılan kanunlar yargısal özkısıtlama ile kabul görmüştür. İlk olarak AYM yargısal denetimin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan kayıt almanın yasaklanmasını çeşitli kararlarda Anayasa’ya uygun bulmuştur.^[109] Danıştay da benzer bir dönüşüm geçirmiş ve mevzuatta kayıt yasağının öngörülmediği durumlarda dahi kayıt almayı şekil koşulu olarak kabul etmemeye başlamıştır. AYM ve Danıştay’ın bu özkısıtlamasında 2010 Anayasa değişikliğinin etkisi gözden kaçırılmamalıdır.

[105] Danıştay 2. Daire, E. 2009/430, 17/9/2009, (YD); Danıştay 2. Daire, E. 2009/183, K. 2009/3413, 7/10/2009.

[106] Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,” 50-51; Avcı, “Adli, İdarî ve Askerî Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler,” 897-898; Uz ve Demircioğlu, *Sözlü-Mülakat Sınavları ve Yargısal Denetimi*, 51.

[107] Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,” 50.

[108] Örn. 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu m. 2/A; 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m. 17; 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 27; 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu Ek Madde 39; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ek madde 41.

[109] Yılmaz tam denetim içtihadının oluşturulduğu ve karşı hamlenin geldiği geçiş dönemi olan 2011 yılında, Danıştay’ın Anayasa’ya uygun olarak geliştirdiği içtihadın yerleşik anlayışa dönüşmesinin ancak AYM’nin bu ilerici anlayışı benimsemesiyle olabileceğini belirtmiştir. 2011-2022 arası dönem incelendiğinde bunun tam tersinin gerçekleştiği açıkça gözükmektedir. (Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,” 51.)

AYM sözlü sınavlar ve mülakatlar için öngörülen “bunun dışında mülakat/ sözlü sınav ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz” kuralını dört kararında incelemiş, her birini benzer gerekçelerle Anayasa’ya uygun bulmuştur. İlk olarak 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu’nda kaymakam adaylığı mülakatı için öngörülen kayıt yasağını 2011 yılında inceleyen AYM, kamu görevlisi alımında yapılacak sınavların türü, biçimi ve yönteminin yasama organının takdir alanında bulunduğunu, takdir yetkisinin kamu yararına uygun olarak kullanılacağını, kayıt yasağı ile herkes için geçerli, soyut ve genel hükümler konulduğunu, bu nedenle kamu yararı amacıyla getirilmediğinin söylenemeyeceğini belirtmiş ve idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki 125. maddeye aykırı bulmamıştır:

İptali istenen kural, mülakat sırasında herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacağını hükme bağlamaktadır. Kimi yargı kararlarında yer alan mülakat veya sözlü sınavların kamerayla kayıt altına alınması ve böylece yargısal denetimin daha kolay bir şekilde yapılabilmesine olanak tanınması yönündeki değerlendirmelerin, anayasal denetimde bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Kuralda, idari yargı yolunu kapatan veya zorlaştıran bir hükme yer verilmediğinden Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bir durumun varlığından söz edilemez.^[110]

AYM, idari yargı davalarına da konu olan bir hususun yasa hükmü haline getirildiği, sınava girecek herkes için geçerli, genel ve soyut bir hüküm olması nedeniyle yargı kararlarına uyulmaması, değiştirilmesi veya yerine getirilmemesinin söz konusu olmadığı sonucuna vararak mahkeme kararlarının değiştirilmesini yasaklayan Anayasa'nın 138. maddesine de aykırılık bulmamıştır. Kayıt yasağına ilişkin verdiği diğer kararlarda^[111] da benzer gerekçelere dayanan Mahkeme, ilk kararındaki gerekçesine ek olarak takdir yetkisinin kullanılarak sözlü sınav için hangi kayıtların tutulacağını belirlediği^[112] gerekçesini kullanmıştır.

AYM'nin bu kararlarına katılmak olanaklı değildir. Hukuk devletinin bir gereği olan idari işlemlerin yargısal denetimi, idari işlemin yalnızca usulen değil esas yönünden denetimini de kapsamaktadır. Yargısal denetim, yasama

[110] AYM, E. 2009/63, K. 2011/66, 14/4/2011, RG. 23/7/2011-28003.

[111] AYM, E. 2011/21, K. 2013/36, 28/2/2013, RG. 6/3/2014-28933; AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, 1/3/2012, RG. 2/4/2013-28606 Mükerrer.

[112] AYM, E. 2010/93, K. 2012/20, 9/2/2012, RG. 26/7/2013-28719.

organının ya da idarenin takdir alanında değildir, tüm unsurlar bakımından tam denetimin sağlanması Anayasa'ya göre bir zorunluluktur.^[113] AYM yasalarla getirilen kayıt yasaklarında idari yargı yolunu kapatan veya zorlaştıran bir kural görmemiştir. Bununla birlikte, kayıt almanın yasak olduğu, yalnızca jüri üyelerinin hangi soruya kaç puan verdiğinin tutanağa geçirildiği bir sözlü sınava karşı açılan davada yargı yerlerinin, komisyon üyelerince verilen puanların hangi nedenlere dayanılarak verildiğini saptaması ve denetlemesi olanaklı değildir.^[114]

Danıştay da 2013 itibarıyla içtihadını değiştirmiş ve tam denetim görünürde devam etse de esas denetimi çok sınırlı bir hale gelmiştir. Danıştay İDDK'nin 18/11/2013 tarihli ve E. 2010/2194, K. 2013/4094 sayılı kararıyla ortaya konulan yeni içtihadta sözlü sınavların da diğer idari işlemler gibi tüm unsurlar bakımından denetlenmeleri gerektiği ve aksi denetimin Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine ve idarenin tüm işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunun öngörüldüğü 125. maddesine aykırı olacağı belirtilmişse de getirilen yeni kriterlerin bu sonucu sağlamaları olanaksızdır. Yeni kriterlere göre;

1. Sınav komisyonunca sınavda sorulacak soruların önceden hazırlanması ve tutanağa bağlanması,
2. Her adaya sorulan soruların kayda geçirilmesi ve
3. Sorulan sorulara adayların verdiği yanıtlara hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin tutanakta ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir.

Böylece sözlü sınavların şekil unsuru bakımından gereklilikleri oldukça yumuşatılmıştır. 2013 içtihadına göre adayların sorulara verdikleri yanıtlar ne sesli-görüntülü olarak ne de tutanakla kayıt altına alınmalıdır. Danıştay İDDK'nin 2015 yılında verdiği bir kararındaki, "...sözü edilen sınavın tek aşamalı olarak sözlü şeklinde yapılması halinde de sınavın yargısal

[113] Yargısal denetim zorunluluğu 2. maddede devletin temel nitelikleri arasında yer verilen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olmasının yanında özel olarak 125. maddede "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla açıkça düzenlenmiştir.

[114] Avcı, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, 148.

denetiminin yetki ve şekil unsurları ile sınırlandırılmış olacağı...”^[115] biçimindeki gerekçesi, tam denetimin devam etmediğinin kabulü niteliğindedir.

İçtihat değişikliğiyle birlikte 2013 sonrası sınırlı bir şekil denetimi yapılmıştır. Örneğin; adaylara sorulacak soruların önceden tutanağa bağlanmaması,^[116] adaya sınavda hangi soruların sorulduğunun tutanağa bağlanmaması,^[117] ayrı ayrı puanlandırılması gereken özelliklerin bütün olarak değerlendirilip tek puan verilmesi,^[118] yanıtlara hangi komisyon üyesince hangi notun takdir edildiğinin ayrı ayrı gösterilmemesi^[119] iptal nedeni sayılmıştır. Bazı kararlarda mevzuatta öngörülmediği için soruların önceden hazırlanıp tutanağa bağlanmaması dahi hukuka aykırılık nedeni olarak görülmemiştir.^[120]

Sesli ve görüntülü kaydın yasalarla tümüyle yasaklandığı, AYM'nin bu yasa hükümlerini Anayasa'ya uygun bulması nedeniyle Danıştay'ın içtihat değişikliğinin zorunlu olduğu sanısı da doğru değildir. Danıştay da AYM gibi kendi kendini kısıtlamıştır. 2015 yılında, büro görevlisi olarak sözleşmeli personel istihdamına ilişkin yapılan mülakatta başarısız sayılma işleminin ilk derece mahkemesi tarafından teknolojik olanaklardan faydalanarak kayıt altına alınmaması nedeniyle iptal edilmesi sonucunda yapılan temyiz incelemesinde Danıştay herhangi bir yasa ya da idari düzenlemenin

[115] Danıştay İDDK, YD İtiraz No. 2015/949, 10/09/2015. Aynı yönde: Danıştay 12. Daire, E. 2016/9090, K. 2018/528, 8/2/2018.

[116] Danıştay 12. Daire, E. 2012/7434, K. 2015/2510, 21/4/2015; Danıştay 12. Daire, E. 2015/1766, K. 2018/4378, 18/10/2018; Danıştay 12. Daire, E. 2019/803, K. 2019/2528, 8/4/2019; Danıştay 12. Daire, E. 2015/2334, K. 2019/2550, 9/4/2019; Danıştay İDDGK, E. 2019/2513, K. 2019/7066, 27/12/2019.

[117] Danıştay 12. Daire, E. 2013/11187, K. 2015/7260, 29/12/2015; Danıştay 12. Daire, E. 2015/1766, K. 2018/4378, 18/10/2018; Danıştay 12. Daire, E. 2019/803, K. 2019/2528, 8/4/2019; Danıştay 12. Daire, E. 2015/2334, K. 2019/2550, 9/4/2019; Danıştay İDDGK, E. 2019/2513, K. 2019/7066, 27/12/2019.

[118] Danıştay 5. Daire, E. 2016/280, 25/1/2016, (YD).

[119] Danıştay 12. Daire, E. 2015/1713, K. 2019/353, 22/1/2019; Danıştay 12. Daire, E. 2015/2334, K. 2019/2550, 9/4/2019.

[120] Danıştay 5. Daire, E. 2015/4217, 3/11/2015, (YD); Danıştay 5. Daire, E. 2016/1274, K. 2016/1035, 1/3/2016.

sesli-görüntülü kaydı yasaklamamış olmasına karşın kaymakamlık, uzman yardımcılığı, Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığına girişteki kayıt yasağını kıyasen kullanmış ve kayıt altına almamanın hukuka aykırılık oluşturmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.^[121]

Belirtildiği gibi, 2008-2013 arasında sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayda alınmasının asli şekil unsuru olarak kabul edilmesi, esas denetiminin sağlanması amacına dayanmaktadır. Şekil unsuru kriterlerinin yumuşamasıyla 2013 sonrasında da 2008 öncesinde olduğu gibi eksik denetim yapılmış, esas denetimi istisnai olarak kalmıştır.

2- Esas Denetimi

Sözlü sınavlarda not verme ya da başarısız sayma işlemlerinin yetki ve şekil denetimleri dışında neden, konu ve amaç unsurları bakımından da denetlenmeleri gerekmektedir. Danıştay'ın şekil unsuruna ilişkin 2008-2013 arasında benimsediği kayıt altına alma zorunluluğu, esas denetiminin yapılabilmesi; sonrasında kayıt almanın yasaklaması ise esas denetiminin engellenmesi amacıyla getirilmiştir. Öğretide, sınavlarda not verme işlemlerinde cevapların doğruluğunun (işlemin esasının) denetlenemeyeceği, bunun yerindelik denetimi kapsamına gireceği, öğretim üyesi (ya da sınav komisyonu) gibi hakim in atadığı bilirkişinin de yanılabilceği gerekçeleri ileri sürülse de^[122] baskın görüş ve yargısal içtihatlar (en azından görünürde) sözlü sınavlarda verilen notların yargısal denetiminin de tüm unsurlar bakımından yapılabileceği yönündedir.^[123]

Öğretide sınav sonuçlarına karşı açılan davalarda esas incelemesinde *açık değerlendirme hatası* aranması gerektiği yönünde bir görüş de

[121] Danıştay 12. Daire, E. 2015/2164, K. 2015/5684, 4/11/2015. Aynı yönde: Danıştay 2. Daire, E. 2016/15844, K. 2019/55, 3/1/2019; Danıştay 12. Daire, E. 2016/8961, K. 2017/719, 14/3/2017.

[122] Gözler, *İdare Hukuku I*, 1073-1074.

[123] Avcı, "Adli, İdarî ve Askerî Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler," 897-898; Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 49; Sezer ve Bilgin, "Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi," 175-176; Tekin, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında Türkiye'de Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimi," 160-161.

bulunmaktadır.^[124] Buna göre değerlendirme nüansları (%5 ya da %10 olarak belirlenebilir) işlemin hukuka aykırılığına yol açmamalı, yalnızca açık değerlendirme hataları işlemi hukuka aykırı kılmalıdır, bilirkişilerden de yeni puan vermesi değil not takdirinde açık değerlendirme hatası olup olmadığının saptanması istenmelidir.^[125] Mahkeme tarafından tek bilirkişi yerine bilirkişi heyeti görevlendirildiğinde heyet üyeleri arasındaki değerlendirme farklılıkları da belirli yüzdedeki farkların olağan kabul edilebileceğini göstermektedir.^[126]

a) Neden ve Konu Unsuru: Takdir Yetkisinin Denetimi

Sözlü sınavlarda not verilmesi ya da başarısız sayma işlemlerinin neden unsurunun verilerini sorulan sorulara verilen yanıtlar, konu unsurunu ise adayın sınavdan belirli bir puan alması ya da başarısız sayılması oluşturmaktadır.^[127] Sözlü sınavlarda not verme ya da başarısız sayma konusunda idarelere belli ölçüde takdir yetkisi verildiğinden, neden unsurunun ve neden-konu unsurları arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi, takdir yetkisinin denetimi kapsamındadır. Tanınan takdir yetkisinin ölçüsü sorudan soruya değişmekle birlikte sınırsız değildir. Takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemin esas denetimi, Danıştay'ın takdir yetkisinin denetimine ilişkin geliştirdiği ölçüt-lere göre yapılmalıdır.^[128]

[124] Tan, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi,” 422; Sezer ve Bilgin, “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi,” 181.

[125] Turgut Tan, “Sınav Notları ve Yargısal Denetimi,” *Danıştay Dergisi* 18-19 (1975), 190.

[126] Tan, “Sınav Notları ve Yargısal Denetimi,” 190.

[127] Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar,” 45.

[128] Karahanoğulları Danıştay'ın takdir yetkisinin (takdiri yetkinin) denetlenmesinde geliştirdiği ilkeleri şöyle özetlemiştir: “Takdir yetkisi mutlak bir serbestlik vermez, sınırsız değildir, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlıdır, keyfi kullanılamaz, amacı dışında kullanılarak yetki saptırılamaz; takdir yetkisiyle yapılan işlemlerde de geçerli nedenler bulunmalıdır, gösterilen nedenler sonuç için yeterli olmalıdır, nedenler olayda mevcut olmalıdır ve bu işlemler de tüm koşullar yönünden yargı denetimine tabidir.” Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 563.

Danıştay 2008 öncesi benimsediği eksik denetim içtihadında ilke olarak sözlü sınavların esas yönünden yargısal denetiminin mümkün olmadığı gerekçesiyle iptal davalarının reddedilmesi gerektiğine ilişkin kararlar vermiştir. Bu işlemlerin esas denetimini sağlayabilecek biçimde yapılmasını bir şekil unsuru gerekliliği olarak benimsemeden önce Danıştay, sözlü olarak yapılan sınavlara ait yazılı delil bulunamadığı için delil tespiti yapılamayacağından bu sınavların denetlenemeyeceği sonucuna varmıştır.^[129] AYM de Danıştay'ın eksik denetim içtihadını 1990 yılında verdiği bir kararda özetlemiştir: "... Sözlü sınava karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır..."^[130]

Danıştay'ın 2008 öncesi eksik denetim içtihadı Anayasa'ya ve idare hukukunun temel ilkelerinde olan sebebe (nedene) bağlılık ilkesine aykırı olarak geliştirilmiştir.^[131] Örneğin Danıştay 1985 tarihli bir kararında davacının "...mülâkatta başarılı olduğuna dair iddiasını herhangi bir şekilde ispatlayamamakta..." olduğu gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.^[132] Benzer olarak 2004 yılında verdiği bir kararda "... ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerlendirilmesinin yapılamayacağı, bilirkişi incelemesine de konu edilemeyeceği açıktır..."^[133] değerlendirmesini

[129] Sezer ve Bilgin, "Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi", 174; Danıştay 11. Daire, E. 1978/3810, K. 1979/2892, 25/6/1979; Danıştay 8. Daire, E. 1994/7743, K. 1996/3110, 13/11/1996; Danıştay 8. Daire, E. 1989/302, K. 1989/671, 13/9/1989.

[130] AYM, E. 1990/13, K. 1990/30, 20/11/1990, RG. 3/1/1992-21100.

[131] Danıştay'ın genel olarak kabul edildiği anlamıyla sebebe bağlılık ilkesinden farklı konularda da sapma oluşturan kararları bulunmaktadır. K. Burak Öztürk, "İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi," içinde *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı II*, ed. Burak Öztürk et al. (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020), 1034 vd.

[132] Danıştay 5. Daire, E. 1982/1421, K. 1985/1858, 11/6/1985.

[133] Danıştay 8. Daire, E. 2004/341, K. 2004/3332, 20/9/2004.

yapmış ve ayrıntılı kayıt altına almamayı hukuka aykırılık değil davanın reddi nedeni olarak görmüştür.^[134]

İptal davalarında davacının işlemin esasının hukuka aykırı olduğunu kanıtlaması değil, idarenin işlemin esasının hukuka uygun olduğunu kanıtlaması gerekmektedir.^[135] Verilen yetkinin idareyi işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili nedenler olmadan ya da yanlış değerlendirmeyle kullanılması hukuka aykırıdır.^[136] İdare neden unsuru verilerini oluşturan soru ve yanıtları sunmalıdır. Verilerin işlem metninde gösterilme zorunluluğu olmamakla birlikte mahkeme tarafından istendiğinde idare tarafından sunulması gerekmektedir.^[137] İdarenin neden unsuru verilerini sunmaması davanın reddi değil, işlemin iptali sonucunu doğurur. Sunulan neden unsuru verilerinin somut olması, olayın doğru nitelendirilmiş olması ve nedenin işlemin yapılmasına yeterli bir neden olması gerekmektedir.^[138] Bu yönde Danıştay tarafından 2004 yılında verilen bir kararda sözlü sınavda yalnızca adayın başarısız olduğuna dair bir tutanak tutulması, hangi yönlerden başarısız sayıldığına ilişkin somut verilerin olmaması iptal nedeni sayılmıştır.^[139]

Danıştay'ın sözlü sınavlarda not verme işlemlerinde asli bir şekil koşulu olarak tutanakla veya sesli ve görüntülü olarak kayıt altına almayı aramasıyla tam denetim içtihadını benimsemesi, bu işlemlerin esas denetiminin yapılmaya başlamasını sağlamıştır. Neden unsurunun işlemin sonucuna (konu unsuru) yol açmasında, takdir yetkisinin kullanımında hukuka aykırılık olup olmadığı, sözlü olarak sınavın yazılı ya da görüntülü olarak tekrar

[134] Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 46.

[135] Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 463; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 411; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 380.

[136] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 411-412; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 381-384; Gözler, *İdare Hukuku I*, 1018-1038.

[137] Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi," *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 3-4 (2003): 184.

[138] Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi," 184.

[139] Danıştay 8. Daire, E. 2004/1367, K. 2004/3878, 19/10/2004.

gözden geçirilmesi ile olanaklı olabilir.^[140] Tam denetim içtihadıyla soru ve yanıtların kayda alınması şekil koşulu olarak öngörüldüğü için bu dönemde takdir yetkisinin denetimi Danıştay'ın tüm idari işlemler için benimsediği ölçütlere göre yapılabilmektedir.

2008 yılında verilen bir kararda Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) müfettiş yardımcılığı sınavında kendi alanında birinci, tüm branşlarda beşinci olan adayın sözlü sınavdan başarısız sayılması işleminde hangi objektif kritere uyulmadığının idare tarafından açıklanmaması, takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımı olarak görülmüştür.^[141] Yazılı sınav ile sözlü sınav ya da komisyon/jüri üyeleri arasındaki aşırı puanlandırma farkları da Danıştay kararlarına konu olmuştur. 2007 yılında verilen bir kararda açık puan farklılıklarını haklı gösterecek verilerin bulunmaması hukuka aykırılık nedeni sayılmıştır.^[142] Tam denetim dönemine özelliğini veren, neden unsuru verilerinin (soru ve yanıtların) ortaya konulmamasının ya da bu verilerin sonuca (puana ya da başarısız sayılma sonucuna) yol açacak nitelikte olmamasının iptal nedeni olarak kabul edilmesidir.^[143]

[140] Yılmaz, "Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar," 46.

[141] Danıştay 2. Daire, E. 2006/1330, K. 2008/1109, 10/3/2008.

[142] Danıştay 2. Daire, E. 2006/2843, K. 2007/2948, 29/6/2007. Farklı olarak, yazılı sınavda tüm jüri üyelerinin 80 puan vermesine karşın sözlü sınavda 40, 40, 75, 55, 75 puanlarının verildiği bir uyuşmazlıkta Danıştay yazılı ve sözlü sınav arasındaki değerlendirme farklılığının tek başına hukuka aykırılık sonucu doğurmayacağı sonucuna varmıştır. Danıştay 8. Daire, E. 2004/341, K. 2004/3332, 20/9/2004.

[143] Tam denetim döneminde yapılan ve sesli ve görüntülü kayıt altına alınan sözlü sınavların denetiminde soruların, yanıt anahtarının ve yanıtların değerlendirilmesinde bilirkişi incelemesi yapılmadan karar verilmesi Danıştay tarafından bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. (Danıştay 2. Daire, E. 2011/12141, K. 2012/3254, 4/6/2012; Danıştay 2. Daire, E. 2014/7928, K. 2016/685, 11/2/2016; Danıştay 2. Daire, E. 2016/781, K. 2016/810, 18/2/2016; Danıştay 2. Daire, E. 2018/4393, K. 2019/3328, 27/5/2019.) Bilirkişi incelemesi yapılmamasının eksik inceleme sayılması, işlemin esasının denetlendiğini göstermektedir. Eksik denetim dönemlerinde bilirkişiye başvurmayı gerektirecek yanıtlar mahkemeye sunulmamaktadır.

2013'te temelde şekil unsuruna ilişkin yaşanan içtihat değişikliği sonrasında esasın denetlenmesi zorlaşmıştır.^[144] Tam denetim yerine benimsenen eksik denetim kriterlerinde yalnızca sınav komisyonunca sınavda sorulacak soruların önceden hazırlanması ve tutanağa bağlanması, her adaya sorulan soruların kayda geçirilmesi ve sorulan sorulara adayların verdiği yanıtlara hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin tutanakta ayrı ayrı gösterilmesi arandığı için adayların verdiği yanıtların incelenme olanağı kalmamıştır. Birçok kararda 2013 yılında geliştirilen yumuşak şekil koşullarının sağlandığı tespiti yapıldıktan sonra ayrıca bir esas denetimi yapılmamış ve işlemler hukuka uygun bulunmuştur.^[145] ^[146] 2013 yılında, içtihadın değişim döneminde 12. Daire tarafından 2'ye karşı 3 oy çokluğuyla verilen bir kararda kaymakam adaylığına girişte yapılan sözlü sınavda başkan ve üyelerin ayrı ayrı verdikleri puanların ve ortalamalarının tutanak ile tespit edildiği, sınav kurulunun "...sübjektif değerlendirme yaptığı yolunda herhangi bir kanıtın da bulunmaması karşısında..." işlemin hukuka uygun olduğu

[144] Genel olarak da 2010 Anayasa değişikliği sonrası yeniden yapılanan Danıştay kamu görevlilerinin atanmaları konularında takdir yetkisinin minimum denetimi yoluna gitmiştir. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 415.

[145] Danıştay 2. Daire, E. 2016/2046, K. 2018/2475, 10/4/2018; Danıştay 12. Daire, E. 2018/1174, K. 2019/4959, 17/6/2019; Danıştay 12. Daire, E. 2019/1339, K. 2019/4995, 18/6/2019; Danıştay İDDGK, E. 2018/4712, K. 2020/380, 19/2/2020; Danıştay İDDGK, E. 2019/3499, K. 2020/710, 12/3/2020; Danıştay İDDGK, E. 2019/658, K. 2020/708, 12/3/2020; Danıştay 12. Daire, E. 2021/2364, K. 2021/1586, 24/3/2021; Danıştay 12. Daire, E. 2020/1725, K. 2021/1589, 24/3/2021.

[146] Bölge İdare Mahkemeleri kararları da benzer yönde olmaktadır: "...Yönetmelik hükümlerine uygun olarak oluşturulduğu, sınav sonucunda davacıya komisyon üyeleri tarafından ayrı ayrı not takdir edilmek ve bu notların aritmetik ortalaması alınmak suretiyle sınav değerlendirmesinin objektif kriterlere göre yapıldığı ve bu sınavda davacının 55 puan alarak başarısız olduğu, davacı tarafından sözlü sınav sonucuna yapılan itiraz üzerine yeniden yapılan incelemede herhangi bir değerlendirme hatasının bulunmadığının tespit edildiği bu haliyle sınavı kusurlandıracak haklı ve hukuken geçerli bir sebebin bulunmadığı sonucuna varıldığından, davacının sözlü sınav sonucuna yaptığı itirazın reddine dair işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır." Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, E. 2019/1503, K. 2020/457, 20/3/2020; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, E. 2019/1502, K. 2020/458, 20/3/2020.

sonucuna varılmıştır.^[147] Bu yaklaşım, idarenin neden unsuru verilerini sunmak zorunda olmadığı eksik denetim dönemine dönüşün göstergesidir.

2013 sonrası eksik denetim döneminde, Danıştay 12. Dairesinin, tüm komisyon üyeleri tarafından her soru için aynı puanın takdir edilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve takdir yetkisinin objektif kullanılmadığı sonucuna varıp sözlü sınavda başarısız sayılma işlemini hukuka aykırı bulduğu yakın dönem kararları istisna olarak kalmıştır.^[148] Bu kararlarda esas incelemesi yapılsa da yanıtlar incelenmemiş, yalnızca verilen puanlardan yola çıkılmıştır. 2013 yılında geliştirilen içtihadın komisyon üyelerince verilen puanların nedeninin araştırıldığı bir esas denetimini içermediği Danıştay'ın 2015 yılında verdiği bir kararda da kabul edilmiştir. Danıştay bu kararda "...mevzuatta, sözlü sınavlarda adaylara sorulan sorulara ve alınan cevaplara ilişkin herhangi bir tutanak tutulmasını, jüri üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmasını zorunlu kılan bir hüküm mevcut olmaması nedeniyle söz konusu hususların idarece yerine getirilmemiş olması, işlemi sakatlar nitelikte görülmediği..." gerekçesiyle dava konusu işlemi hukuka uygun bulmuştur.^[149] İdari işlemlerin metninde gerekçenin yer alması zorunlu olmasa da yargısal denetim sürecinde neden ögesi verilerinin sunulması zorunluluğu idare hukukunun temel ilkelerindedir.^[150]

[147] Danıştay 12. Daire, E. 2010/341, K. 2013/1657, 13/3/2013.

[148] Danıştay 12. Daire, E. 2020/1530, K. 2020/2791, 14/9/2020; Danıştay 12. Daire, E. 2020/1903, K. 2021/119, 25/1/2021; Danıştay 12. Daire, E. 2020/5064, K. 2021/1817, 31/3/2021; Danıştay 12. Daire, E. 2020/3627, K. 2021/633, 11/2/2021.

[149] Danıştay 5. Daire, E. 2015/3559, K. 2015/7522, 6/10/2015. İzmir Bölge İdare Mahkemesi daha ileri giderek bir kararında "mevzuatta öngörülmeyen 'adayın sorulan sorulara verdiği yanıtların tutanağa bağlanması ve takdir edilen puanların gerekçelendirilmesi gibi' bir usulün yargı kararı ile ihdas edilemeyeceği" sonucuna varmıştır. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2017/1097, K. 2017/1338, 19/12/2017.

[150] 2013 sonrası dönemde 2. Dairenin "görevde yükselme sınavlarının" denetiminde mülakatta başarısız sayılma işleminde başarısız değerlendirmeye etki eden hususların ortaya konulmaması iptal nedeni sayılmıştır. Danıştay bu kararlarında takdir yetkisini denetlemiş ve neden unsuru verilerinin ortaya konulmamasının hukuka aykırılığını saptamıştır. (Danıştay 2. Daire, E. 2014/8821, K. 2015/1537, 19/2/2015; Danıştay 2. Daire, E. 2016/144, K. 2016/709, 16/2/2016; Danıştay 2. Daire, E. 2017/105, K. 2017/3381, 25/4/2017; Danıştay 2. Daire, E. 2019/3383, K. 2020/2103, 7/7/2020)

Ayrıksı kararlar çıksa da 2013 sonrasında Danıştay tarafından sözlü sınavlara ilişkin yapılan denetim yanıtların kayıt altına alınmaması nedeniyle 2008 öncesi benimsenmiş olan eksik denetimin ötesine geçememiştir. Neden unsuru verilerinin (özellikle yanıtların) kayıt altına alınmaması nedeniyle esas denetiminin yapılamaması, sözlü sınavların amaç dışında kullanılmalarını kolaylaştırmaktadır.

b) Amaç Unsuru: Eksik Denetimin Yol Açtığı Yöntem (Usul) Saptırması

Danıştay tarafından 2008 yılından itibaren geliştirilen tam denetim içtihadının temeli olan sözlü sınavların sesli ve görüntülü kayıt altına alınmasının yasalar ve idari düzenlemelerle engellenmesi, AYM ve Danıştay'ın yasama ve yürütme organıyla uyumlu eksik içtihada dönmesi, yöntem (usul) saptırması yoluyla sözlü sınavların denetlenemez bir güvenlik soruşturması aracına dönüşmesine neden olmuştur.

İdari işlemin amaç unsurundaki bir sakatlığı ifade eden yöntem saptırması, idarenin belirli bir amaç için öngörülen yöntemi farklı bir amaca ulaşmak için kullanması durumunda ortaya çıkmaktadır.^[151] AYM'nin güvenlik soruşturmasına ilişkin vermiş olduğu iptal kararları^[152] sonrasında çıkarılan 7/4/2021 tarihli ve 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu ile birlikte eski düzenlemelerden farklı olarak kamu görevine ilk defa atanacak herkes için güvenlik soruşturması uygulaması kabul edilmemiş, yalnızca arşiv araştırması yapılacağı düzenlenmiştir. Güvenlik soruşturmasının m. 3/2'de sayılan kamu görevlileri ile sınırlı tutulmasının idare için yarattığı düşünülen "eksiklik", giriş için sözlü sınav öngörülen kamu görevlisi kadroları için sözlü sınav ile uygulamada kapatılmaktadır. Güvenlik soruşturması yapılacağı öngörülen kamu görevlisi kadroları için de güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasını gerektirmeyecek, istihbari bilgiye dayanan, bu nedenle iptal davası ile adayın sonuç alıp göreve girme

Bu kararlar görevde yükselme sınavlarıyla sınırlı kalmış, kamu görevlisi alımında yapılan sözlü sınav ve mülakatların denetimine etki etmemiştir.

[151] Gözler, *İdare Hukuku I*, 1106; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 399; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 433.

[152] AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, 24/7/2019, RG. 29/11/2019-30963; AYM, E. 2020/24, K. 2021/39, 3/6/2021, RG. 27/7/2021-31550.

“riskinin” bulunduğu durumlarda eksik denetlenen sözlü sınavlar yargısal denetimden kaçış olanağı yaratmaktadır.

Amaç unsuru sakatlıklarının kanıtlanmasında zorluk, sözlü sınav denetiminde de görülmektedir. Yöntem saptırması, sözlü sınavların denetiminde yargı kararlarına şimdye kadar yansımamıştır. Ancak yalnızca soruların önceden hazırlanıp tutanağa bağlanmasının; sorulan soruların kayda geçirilmesinin; adayların yanıtlarına hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin tutanakta ayrı ayrı gösterilmesinin arandığı, yanıtların kaydedilmeyip esas denetiminin yapılmadığı bir sözlü sınavın denetimsiz bir güvenlik soruşturulması türü için kullanımının engellenmesi olanaklı değildir. Yöntem saptırmasını engellemenin tek yolu, tam denetim içtihadının yeniden benimsenip sözlü sınavların esas denetiminin yapılmasını sağlamaktan geçmektedir.

B) SÖZLÜ SINAVLARA İLİŞKİN VERİLEN İPTAL VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARININ SONUÇLARI

İdarenin yargısal denetiminin bu yola başvuranlar için etkili sayılabilmesi, yargı kararlarının idare tarafından uygulanmasıyla mümkündür. İdari yargı tarafından verilen kararların idare tarafından değiştirilmeden ve gecikmeksizin uygulanması gerektiği Anayasa m. 138/IV ve İYUK m. 28’de açıkça düzenlenmiştir.

Sözlü sınava ilişkin yaptığı işlemin hukuka aykırılığı yargı kararıyla sabit olan idare, kesinleşmesini beklemeden kararın gereklerini yerine getirmelidir. Kararın gerekleri ise iptal ya da yürütmenin durdurulmasının hangi gerekçeyle verildiğine göre değişmektedir.

1- İdarenin Yeni Bir Sözlü Sınav Yapma ya da Adayı Doğrudan Başarılı Sayma Yükümlülüğü

Sözlü sınav sonucundaki not verme veya başarısız sayma işlemlerine karşı açılan iptal davalarında verilen yürütmenin durdurulması ya da iptal kararlarının, idareye bilirkşi heyetince takdir edilen notu verme ya da başarılı sayarak davacıyı kadroya atama yükümlülüğü yüklemeyeceği kabul edilmektedir.^[153] Buna göre, idarenin yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı

[153] Sezer ve Bilgin, “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi,” 185.

sonrası ortaya çıkan yükümlülüğü, kararda saptanan hukuka aykırılıkları düzelterek usulüne uygun olarak yeni bir sözlü sınav yapmaktır.

Danıştay, Anayasa'ya uygunluğu tartışılabilir olsa da iptale yönelik hüküm kurduğu kimi kararlarının nasıl uygulanacağını hüküm fıkrasından önce belirtmiştir: "...Öte yandan, bu kararın davacının söz konusu göreve doğrudan atanması sonucunu doğuran bir karar niteliğinde olmadığı, yalnızca, yukarıda belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yeniden alınacağı sözlü sınav sonucunda ortaya çıkacak olan değerlendirme ve puana göre, işlem tesis edilmeye yönelik olduğu tabiidir..."^[154] Yapılacak yeni sözlü sınav sonucunda puan verme veya başarısız sayma işlemine karşı da iptal edilen işlemden farklı bir idari işlem olduğundan iptal davası açılabilir.

Sözlü sınavlara ilişkin verilen iptal kararlarının uygulanmasında ilke olarak idarenin yeni bir sözlü sınav yapacağı kabul edilebilirse de kimi esastan iptal kararlarının uygulanmasında yeni bir sınav yapmaksızın adaya hükmün gerekçesinde yer alan puanın verilmesi ya da başarılı sayılması gerektiği kabul edilebilir. Örneğin sözlü sınavın, asli şekil unsuru olarak kabul ettiğimiz sesli ve görüntülü kayıt alınmadan gerçekleştirilmesi durumunda verilecek iptal kararı sonrasında şekil kurallarına uygun yeni bir sözlü sınav yapılması gerekir. Ancak, yetkili sınav komisyonunca usule uygun, sesli ve görüntülü kayıt altına alınarak gerçekleştirilen bir sözlü sınavın denetiminde yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda örneğin 80 puan verilmesi gerekirken 50 puan verildiği saptanarak işlem iptal edilmişse bu iptal kararının yerine getirilmesi için yeni bir sınav yapılması gerekmez. Adayın sınavda başarılı olduğu dosyaya giren veriler ve bilirkişi incelemesi sonucunda net olarak ortaya konulabiliyorsa idarenin yargı kararı doğrultusunda adayın yeni puanını vermesi ve/veya başarılı sayarak işlem tesis etmesi gerekmektedir.

2- İdarenin Tazmin Yükümlülüğü

Sözlü sınavların hukuka aykırı olarak yapılması nedeniyle verilen iptal kararları sonucunda yapılan yeni sözlü sınavda başarılı olup kamu görevine giren adayların atanmış olmaları, hukuka aykırı yapılan sözlü sınavın yarattığı zararı tek başına karşılayamaz. İptal sonrası yeni sözlü sınav ile kadroya

[154] Danıştay 5. Daire, E. 2007/1771, K. 2008/3008, 21/5/2008; Danıştay 12. Daire, E. 2013/11187, K. 2015/7260, 29/12/2015; Danıştay 12. Daire, E. 2015/2334, K. 2019/2550, 9/4/2019.

atanmaya hak kazanan adayın hukuka aykırı yapılan ilk sözlü sınavda başarılı olmuş olsaydı göreve başlayacağı tarih ile iptal sonrası yeni sözlü sınav sonucunda göreve başladığı tarih arasındaki özlük hakları (sigorta primleri ve çalışmaya başlasaydı alacağı aylıklar da dahil olmak üzere) geçmişe dönük olarak tanınmalı ve hukuka aykırı sözlü sınavın yarattığı zararlar mümkün olduğu ölçüde karşılanmalıdır. Zararın giderilmemesi, yargı kararının eksik uygulanması niteliğindedir.^[155]

Danıştay, sözlü sınavdan doğan tazminat yükümlülüğüyle ilgili vermiş olduğu bir kararda "...davacının başarısız sayıldığı ilk sözlü sınavının usule aykırı olduğu mahkeme kararıyla saptandığı ve usule uygun olmayan bir sınav nedeniyle davacının ilgili kadroya geç atanmasında idarenin hizmet kusurunun olduğu, bu nedenle maddi ve manevi tazminat ödenmesi gerektiğine..." hükmetmiştir.^[156] Kişinin göreve geç başlamasına neden olan ilk sözlü sınavdaki hukuka aykırılık hizmet kusuru oluşturduğundan, geçmişe dönük olarak karşılanmayan zararlar tam yargı davası ile tazmin edilebilir.

[155] Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 799.

[156] Danıştay 5. Daire, E. 1999/2771, K. 2002/2723, 10/6/2002. Tan, "Sınav Notları ve Yargısal Denetimi," 191; Sezer ve Bilgin, "Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi," 186.

SONUÇ

Kamu hizmetinin işgücü, Anayasa'da siyasi bir hak olarak kamu hizmetine girme hakkı tanınmış vatandaşlar arasından eşitlik ilkesine göre, görevin gerektirdiği nitelikler aranarak sağlanmaktadır. Hizmetin düzgün olarak işlenmesi için kamu görevlilerinde olması gereken niteliklerin ölçüm araçlarından olan sözlü sınav ve mülakatların, siyasal iktidarların kayırma aracı olarak kullanılmaları bu yöntemlerin Anayasa'ya uygunluklarının tartışılmasına yol açmıştır. Özellikle etkili bir yargısal denetimin yokluğu, sözlü sınavların amaçları dışında kullanılıp kamu görevlisi alımında yarışma yönteminin yerini fiili bir yarı-serbest seçim yönteminin almasını kolaylaştırmıştır.

Kamu görevlisi seçiminde yapılan sözlü sınav ve mülakatın yazılı sınava göre subjektif değerlendirmeye daha uygun olmaları ve kayırma amacıyla kullanılmaları, bu yöntemlerin kullanımının her koşulda Anayasa'ya aykırı olduğu anlamına gelmez. Sınavın objektif değerlendirilir olması gibi sınavın görevin gerektirdiği nitelikleri ölçebilmesi de Anayasa ile korunmaktadır. Kötüye kullanılan sözlü sınav yönteminin zararlarından kaçınmak için bu yöntemi bütünüyle kaldırmak, çeşitli riskleri de beraberinde getirecektir. Özellikle çoktan seçmeli test biçiminde yapılan yazılı sınavların yönetime özgü yetersizlikleri, her görev için tek araç olarak kullanılmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, kamu görevlisi alımında yapılan sınavların objektif değerlendirilmeleri ile görevin gerektirdiği nitelikleri ölçebilmeleri iki ayrı değer olarak bağdaştırılmalıdır. Objektif değerlendirmeye daha uygun olan yazılı sınav esas yöntem olarak benimsenmeli ve sözlü sınav ya da mülakat yalnızca yazılı sınavda ölçülemeyecek niteliklerin bulunması halinde, tamamlayıcı olarak kullanılmalıdır. AYM'nin sınav yöntemini takdir alanında görüp denetlememesi, neredeyse her kamu görevine giriş için sözlü sınavı belirleyici hale getirmiş, yazılı sınavı anlamsızlaştırmıştır. Ancak belirtildiği üzere sözlü sınav ve mülakatın kötüye kullanımını önlemenin yolu tamamen kaldırmaktan değil, yalnızca zorunlu durumlarda uygulanmasını ve şeffaf, denetlenebilir olmasını sağlamaktan geçmektedir.

Yazılı sınavdan farklılaşan sözlü sınavların yargı tarafından etkili olarak denetlenmesi, idarenin yargısal denetiminin sağlanması ve kamu hizmetine girme hakkının korunması için kritik önemdedir. Danıştay'ın 2008 yılı itibarıyla geliştirip esas denetiminin yapılmasını sağlamak için benimsediği, teknolojik olanaklardan faydalanarak sözlü sınavların kayıt altına alınmasını asli şekil şartı olarak zorunlu kılan içtihadının yeniden benimsenmesi

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin, 70. maddesinin bir gereği olan kamu görevlisi alımında liyakat ilkesinin ve 125. maddesinde güvence altına alınan idarenin yargısal denetiminin bir gereğidir. Türkiye için birçok konuda dönüm noktalarından biri sayılan 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında yeniden yapılanan AYM ve Danıştay'ın yasama ve yürütme organlarıyla uyumlu bir içtihadı benimsemeleriyle oluşan ve idareye kamu görevlisi alımında sınırsız yakın takdir yetkisi tanıyan yaklaşımın terk edilmesi, kamu personel hukuku alanında hukuk devleti açısından yaşanan aşınmanın giderilmesi için atılması gereken en önemli adım olarak önümüzde durmaktadır.

KAYNAKLAR

- Akgüner, Tayfun. *Kamu Personel Yönetimi*. İstanbul: Der Yayınları, 1998.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. 12. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Albayrak, Süha Oğuz. “Türk Kamu Yönetiminde Hizmete Alma Politikaları.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Albayrak, Süha Oğuz. *Kariyer Uzmanlık Sistemi*. Ankara: TODAİE Yayınları, 2016.
- Aldan, Mehmet. “Türkiyede Memur Seçiminde Sorunlar.” *Amme İdaresi Dergisi* 12, no. 3 (1979): 23-38.
- Aslan, Onur Ender. *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri*. Ankara: TODAİE Yayınları, 2006.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Avcı, Mustafa. *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Avcı, Mustafa. “Adli, İdarî ve Askerî Hâkimliğe ve Savcılığa Alınmaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 3 (2012): 887-923.
- Aykaç, Burhan. “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi.” *Amme İdaresi Dergisi* 23, no. 4 (1990): 91-109.
- Ayman Güler, Birgül. *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*. 2. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 2013.
- Çağlayan, Ramazan. “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 3-4 (2003): 171-208.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. 9. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çamurcuoğlu, Gülден. “Meritokrasi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 4 (2022): 269-312.

- Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*. 33. Baskı. Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2017.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Eren, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 1-72.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku I-II*. 3. Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- Güran, Sait. *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980.
- Hoogenboom, Ari. “The Pendleton Act and the Civil Service.” *The American Historical Review* 64, no. 2 (1959): 301-318.
- Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*. 4. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Karslı, Mehmet Rauf. “Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 1 (2020): 187-208.
- Mihçioğlu, Cemal. “Türkiye’de Memuriyete Girişte Liyakat Prensibi.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (1958): 109-116.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları II*. 3. Baskı. İstanbul: Hak Kitabevi Yayınları, 1966.
- Öktem, M. Kemal. “Personelin Seçimi ve Başarı Güdüsü.” *Amme İdaresi Dergisi* 24, no. 4 (1991): 107-129.
- Özgün, Kamber ve Aysel Ersan. *Personel Yönetiminde Mülakat ve Teknikleri*. Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1967.

- Öztürk, K. Burak. “İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi.”
İçinde *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı II*. Editör K. Burak
Öztürk et al. Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020,
1033-1051.
- Öztürk, Namık Kemal. “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu:
Liyakat İlkesi Koruma Kurulu.” *Türk İdare Dergisi* 74, no. 435
(2002): 129-143.
- Sağlam, Mehmet. “Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa
Mahkemesi’nin Uygulaması.” *Danıştay Dergisi* 35, no. 109 (2005),
1-27.
- Sezer, Yasin ve Hüseyin Bilgin. “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi.” *Türkiye
Barolar Birliği Dergisi* 86 (2009): 168-187.
- Söyler, Yasin. *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*.
Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Söyler, Yasin. “Kariyer Uzmanlık Statüsü Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleriyle
Düzenlenebilir mi?.” *Yasama Dergisi* 39 (Ocak-Haziran 2019):
51-104.
- Şahin, Erdal. *Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*.
Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Şen, Mustafa Lütfi. “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması.”
Amme İdaresi Dergisi 35, no. 1 (1995): 77-92.
- Tan, Turgut. “Sınav Notları ve Yargısal Denetimi.” *Danıştay Dergisi* 18-19
(1975): 188-192.
- Tan, Turgut. “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi.” *Ankara
Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 51, no. 1-4 (1996):
409-423.
- Tekin, Abdurrahman. “Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında
Türkiye’de Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimi.” *İstanbul Medipol
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2021): 131-166.
- Theriault, Sean M. “Patronage, the Pendleton Act, and the Power of the
People.” *The Journal of Politics* 65, no. 1 (2003): 50-68.
- Tortop, Nuri. *Personel Yönetimi*. Ankara: TODAİE Yayınları, 1992.

- Tortop, Nuri. “Personel Seçiminde Uyulması Zorunlu Gerekli Kurallar.” *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 6, no. 1 (1997): 16-20.
- Tutum, Cahit. *Personel Yönetimi*. Ankara: TODAİE Yayınları, 1979.
- Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Yıldırım, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Anayasal Sınırı.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 293-314.
- Yıldırım, Turan. “İdari İşlemler” İçinde *İdare Hukuku*. 8. Baskı. Ed. Turan Yıldırım. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, 405-526.
- Yılmaz, Halit. “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 93 (2011): 35-52.

Kişisel Verilere İlişkin Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru

Orhan Gazi YAŞAR*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Bodrum Hakimi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi. (orhangaziyaşar@gmail.com),
ORCID: 0000-0002-0849-4805.

Makale geliş tarihi: 26 Haziran 2022 **Makale kabul tarihi:** 26 Kasım 2022

Atıf önerisi: Yaşar, Orhan Gazi. “Kişisel Verilere İlişkin Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 1 (Ocak 2023): 115-147.

DOI: 10.30915/abd.1135733

KİŞİSEL VERİLERE İLİŞKİN SUÇLARDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

ÖZ

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kitle iletişim araçlarının ve bilişim sistemlerinin etkinlik alanları genişlemiştir. Bu durum kişisel verilerin hem çeşitliliğini hem de dolaşımını önemli ölçüde artırmıştır. Hayatımızın hemen her alanına ilişkin olan kişisel verilerin hukuk düzeni tarafından korunmasının önemi de aynı ölçüde artmıştır. Ceza normları hak ve özgürlüklerinin korunmasının etkili yollarından biri olma özelliğini sürdürmektedir. Türk hukuku da kişisel verilerin ceza normlarıyla korunmasına yönelik düzenlemeler barındırmaktadır. Ülkemizde kişisel verilerin içeriğine ve korunmasına ilişkin farkındalığın yeterli düzeyde olduğu söylenemez. Bu nedenle kişiler tarafından hukuka aykırılık oluşturmadığı düşüncesiyle gerçekleştirilen bazı fiillerin ceza yargılamasına konu edildiği bilinmektedir. Konusu kişisel veri olan suçlar dolayısıyla yapılan yargılamalarda hukuka aykırılık unsurunun ihmal edilmesi ceza adaletine aykırı sonuçlara neden olmaktadır. Bu çalışmada kişisel veri ve hukuka aykırılık kavramlarının hukuki mahiyeti ele alınacak kavramların birbirleri ile olan ilişkileri kişisel verilere ilişkin suçlar özelinde incelenecektir.

Anahtar kelimeler:

kişisel veri

suç

tipiklik

hukuka aykırılık

haksızlık

ELEMENT OF UNLAWFULNESS IN CRIMES REGARDING PERSONAL DATA

ABSTRACT

The domain of mass media tools and information systems has enlarged as of the second half of the 20th century. This situation has crucially increased the significance of both diversity and circulation of personal data. The significance of the protection of personal data of related to almost every area of our lives by the legal order has increased to the same degree. Punishment norms preserve the feature to be one of the effective ways of protecting the rights and freedoms. Turkish law also embodies regulations related to protect the personal data with the punishment norms. It cannot be said that the awareness for the content and the protection of the personal data is sufficient in our country. Hereby, it is known that some acts which performed by individuals with the thought that they are not against the law are subject to criminal procedure. Neglecting the element of unlawfulness in the proceedings for crimes whose subject is personal data, brings along the contradictory results to criminal justice. In this study, the legal nature of the concepts of personal data and illegality will be discussed, and the relations of the concepts with each other will be examined by means of crimes related to personal data.

Keywords:

personal data

crime

typicality

unlawfulness

injustice

GİRİŞ

Kişisel veriler insanlık tarihinin hemen her döneminde önemli bir yer tutmuştur. Bu durum, modern öncesi dönemde, insanoğlunun içgüdüsel bir özelliği olan merak duygusu temelinde başkaları hakkındaki bilgileri bilme isteğinden kaynaklanmıştır. Modernite ile birlikte ise kişisel veriler, devlet aygıtının organizasyonunu gereği gibi gerçekleştirilmesi, yönetilenler üzerindeki gözetimin sağlanması, ticari faaliyet yürüten şirketler açısından ise kar maksimizasyonu amacına hizmet etmesi gibi nedenlerle büyük önem arz etmektedir.^[1]

Kişisel verilerin korunması düşüncesinin ortaya çıkmasındaki ana etkenin bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten de teknolojik imkanların ve dolayısıyla iletişimin kısıtlı olduğu dönemlerde, kişisel verilerin kayıt altına alınması veya saklanması insan hafızası veya fiziki evraklarla sınırlı olduğu bilinmektedir. Aynı dönemlerde, kişisel verilerin aktarılmasının veya paylaşılmasının ise dar bir insan grubu içerisinde gerçekleştiğini ifade etmek gerekir. Bilişim teknolojilerinin ve internet kullanımının artması; kişisel verilerin elde edilmesini, depolanmasını, çok kolay bir şekilde ve oldukça fazla sayıda insanla paylaşılabilmesini ve uzun süreler boyunca saklanmasını sağlamıştır. Kişisel verilerin korunması düşüncesi ise tam bu noktada, artan imkanlar nedeniyle meydana gelen kötüye kullanımların ve tehlikelerin önlenmesi adına ortaya çıkmıştır.^[2]

Kişisel verilerin korunmasına dair tartışmalar ilk olarak teknolojik gelişmelerin de kaynağı olarak kabul edilen ABD ve Avrupa’da ortaya çıkmıştır.^[3]

[1] Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 19-25.

[2] Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Baskı (İstanbul: Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2020), 76; İbrahim Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 66; Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, 1. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), 189; Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 23; Aydın Akgül, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no.92 (2014): 72; Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 32.

[3] Kadir Can Özel, “Ana Hatlarıyla Kişisel Verilerin Korunmasının Tarihsel Süreci ile Amacı ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkı,” *İstanbul Barosu Dergisi* 94, no. 2

Bu alandaki tartışmalar ilk etapta devletlerin kurmayı amaçladıkları veri bankalarına yönelik bir tepki niteliğinde 1960'lı yıllarda başlamıştır.^[4] Kişisel verilerin korunması kavramının hukuki düzenlemelerde yer bulması ise 1970'li yıllara tekabül etmektedir.^[5] Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ABD'de yapılan ilk hukuki düzenleme 1970 yılında çıkartılan “Dürüst Kredi Raporlama Kanunu” iken; Avrupa'da yapılan ilk hukuki düzenleme ise Almanya'nın Hessen Eyaletinde yapılan Verilerin Korunması Kanunu'dur.^[6]

Kişisel verilerin korunması fikri Türk hukukunda uzun süre rağbet görmemiştir. Şöyle ki; “Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bireylerin Korunması Hakkındaki 1981 Tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi” 1981 yılında imzalanmasına rağmen uzun yıllar boyunca yürürlüğe girmemiştir.^[7] Anılan sözleşme, onaylanmasının uygun bulunmasına dair 6669 sayılı Kanun'un 17 Mart 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla oldukça yakın bir tarihte yürürlüğe girmiştir.^[8]

Türk hukukunda kişisel verilerin korunması alanında çağın yakalanması yolunda atılmış en büyük adım olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) gösterilmektedir.^[9] KVKK, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir kanun niteliğinde olup 24 Mart 2016 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 7 Nisan 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir.^[10] KVKK öncesinde kişisel verilerin tam anlamıyla korumasız olduğunu söylemenin de mümkün olmadığı ifade edilmektedir.^[11] Bu doğrultuda, kişisel verilerin korunması hakkının 2709 sayılı Türkiye

(2020): 242.

[4] Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (İstanbul: Beta Basımevi, 2008), 7-9.

[5] Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 79.

[6] Şimşek, *Anayasa Hukuku*, 10; Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 118-119.

[7] Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, 99.

[8] RG. 17.3.2016, S. 29656.

[9] Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 304; Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 316-317.

[10] RG. 7.4.2016, S. 29677.

[11] Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 317.

Cumhuriyeti Anayasasının^[12] “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.maddesine 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile eklenen 3.fıkra ile, KVKK öncesinde, anayasal zemine kavuştuğu belirtilmektedir.

Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına yönelik (ultima ratio) son çare olarak ceza hukukuna başvurulduğunu da belirtmek gerekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu^[13] (TCK) 135, 136 ve 138. maddeleri ile ihdas edilen suçlar kişisel verilerin ceza hukuku kapsamında korunmasının bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır.^[14] 5237 sayılı TCK'nın 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi nazara alındığında; kişisel verilerin korunmasına verilen önemin Türk kanun koyucusu açısından yeni olmadığı görülmektedir.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE UNSURLARI

Kişisel veri, öğretide kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi hakkındaki her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Kavram, uluslararası veya ulusal hukuki metinlerde de benzer şekilde tarif edilmektedir.^[15] Şöyle ki; Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bireylerin Korunması Hakkındaki 1981 Tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 2.maddesinde kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgiler*” şeklinde,^[16] yürürlük tarihi itibarıyla AB düzeyinde en yakın tarihli hukuki metin olan 2016/679 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 4. maddesinde kişisel veri, “*tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır.^[17] Kişisel

[12] RG. 9.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

[13] RG. 12.10.2004, S. 25611.

[14] Zeynel T. Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, 1.Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 53.

[15] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 66; Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 28; Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 10.

[16] Murat Volkan Dülger, *Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 507.

[17] Dülger, *İnternet İletişimi Mevzuatı*, 559.

veri, 6698 sayılı KVKK m.3/1-d’de ise; “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak ifade edilmiştir.

Bilginin kişiyi doğrudan belirlemesi ya da dolaylı olarak belirlenebilir kılmasının o bilginin kişisel veri sayılması bakımından önemi yoktur. Bu itibarla kişilerin isimleri, resimleri, parmak izleri gibi bilgilerinin yanı sıra kişilerin meslekleri, sesleri, görüntüleri veya yaşları gibi bilgiler de kişileri belirlenebilir kılmaları şartıyla kişisel veri sayılmaktadır.^[18] Kişisel verinin tanımı hakkında esaslı farklı bir görüş bulunmamaktadır. Bu alandaki tartışmalar, genel itibarıyla kişisel veri kavramının kapsamı hakkında yapılmaktadır.^[19] Kişisel veri tanımlarının oldukça geniş ve soyut bir alana işaret etmesi nedeniyle bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilip edilmeyeceği somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.^[20] Bu belirlemenin sağlıklı yapılması için de kavramı unsurlarına ayırarak incelemekte fayda bulunmaktadır. Kişisel veri; bilgi, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişi ve bilginin bu gerçek kişiyle ilişkili olması olarak üç temel unsurdan oluşmaktadır.

A) BİLGİ

Bilgi, Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük’te; “*insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, malumat, öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek*” olarak tanımlanmaktadır.^[21] Kişisel verilerin korunması bahsinde veri ve bilgi kavramları aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da aralarında farklar bulunmaktadır. Bilişim sistemlerinin yapı taşı olarak ifade edilen veri, bilgiden daha üst bir kavram olarak bilişim sisteminde saklanan yazı, resim, program vb. her şeyi ifade etmektedir.^[22]

[18] Hayrünnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 124.

[19] Hale Akdağ, *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 7.

[20] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 152.

[21] Büyük Güncel Türkçe Sözlük, [http:// www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

[22] Alaattin Bük, *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 41.

Bilgi ise verinin bir düşünce faaliyetinin sonucunda anlamlandırılmış biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.^[23]

Kişisel veri tanımından hareketle gerçek bir kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Buna göre bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi için gizli olması gerekmemektedir. Örneğin; kişinin cinsel hayatına dair mahrem alanına giren bilgiler gibi kişisel veri olmanın diğer şartlarını da bulundurması halinde, kamuya açık ve kolayca erişilebilir bilgileri de kişisel veri kabul edilmektedir.^[24]

Gerçek kişi ile ilişkili bilginin nesnel ya da öznel veyahut doğruluğu kanıtlanmış ya da kanıtlanmamış olmasının kişisel veri olması yönünden önemi bulunmamaktadır. Buna göre, kişinin çalışkan ya da tembel olduğuna dair öznel değerlendirmeler, kişinin eşine karşı sadakatsiz hareketler sergilediğine dair yanlış bilgiler ve nesnel nitelikteki kişinin yaşı, mesleği gibi bilgiler kişisel veri olarak değerlendirilmektedir.^[25] Bilginin sayı, görüntü veya ses şeklinde ortaya çıkması veyahut sanal ya da fiziki ortamda bulunması da kişisel veri sayılmasına etki etmemektedir.^[26]

B) KİMLİĞİ BELİRLİ VEYA BELİRLENEBİLİR GERÇEK KİŞİ

Kişisel verinin ikinci temel unsuru, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişidir. Bu unsurun gerçek kişi ve gerçek kişinin belirli veya belirlenebilir olması olarak iki başlık altında incelenmesi daha isabetli olacaktır.

[23] Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 12.

[24] Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010), 14; Şeyma Sert, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, 1.Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 26; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 54; Sinem Göçmen Uyarer, *Kişisel Verilerin Korunması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 31; Kangal, *Ceza ve Kabahatler*, 23.

[25] Kangal, *Ceza ve Kabahatler*, 22; Aksoy, *Medeni Hukuk*, 14-15; Sert, *Kişisel Veriler*, 27.

[26] Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, *Kişisel Verileri Koruma Hukuku*, (Ankara, Yetkin Yayınları, 2020), 37.

1- Gerçek Kişi

Hukuki anlamda kişi, “*hak ehliyetine sahip varlık*” olarak tanımlanmaktadır.^[27] Başka bir tanıma göre ise kişi, “*haklara ve borçlara sahip olabilen varlık*” olarak tarif edilmektedir.^[28] Hukukta kişi kavramına yönelik gerçek ve tüzel kişiler şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Gerçek kişiler insanlardır. Tüzel kişiler ise hukuk düzeni tarafından hak sahibi olma özelliği verilen insan ve mal topluluklarıdır.^[29]

Kişisel verilerin korunması bahsinde kişi kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Kişisel verilerin sadece gerçek kişilere özgü olduğunu savunanların yanı sıra tüzel kişilere ait bilgilerin de kişisel veri olabileceğini ifade edenler bulunmaktadır.^[30] Kişisel verilerin münhasıran gerçek kişilere ilişkin bilgilerle sınırlı olduğunu ifade edenlerin çıkış noktası, kişisel verilerin korunması hakkını bir insan hakkı olarak değerlendirmeleridir. Bu görüşe göre tüzel kişilere ait bilgiler gerçek kişiler ile irtibatlı oldukları ölçüde kişisel veri olarak mütalaa edilebilirler.^[31]

Bu hususta önemli bir diğer konu, embriyoya ve ölmüş kişilere ait bilgilerin durumudur. Medeni hukukta kişilik sağ ve tam doğum ile kazanıldığından anne karnında bulunup anneye bağlı olan embriyoya ait bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmemektedir.^[32] Ölüm ile kişilik son bulmaktadır. Bu nedenle ölmüş kişilere ait bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmezler ancak ölmüş kişilere ait bilgilerin yaşayan kişilerle ilişkili olması halinde durum farklıdır. Bu türdeki bilgilerin ilişkili oldukları sağ kişiler yönünden kişisel verilere sağlanan korumadan yararlanması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin;

[27] Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku II, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 22.Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 5.

[28] Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 16. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 231.

[29] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 18.Bası (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019), 2; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku II*, 5.

[30] Aksoy, *Medeni Hukuk*, 18.

[31] Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 39-40.

[32] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 172.

ölen kişinin genetik bir hastalığı olduğu bilgisi, ölenin genetik mirasçıları olan sağ kişiler yönünden kişisel veri olarak kabul edilmektedir.^[33]

Kişisel veriler, Türk hukukunda münhasıran gerçek kişiler hakkındaki bilgiler olarak kabul edilip koruma altına alınmıştır. Kişisel verinin 6698 sayılı KVKK m.3/1-d’de “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanması ve 5237 sayılı TCK m.135’in gerekçesindeki; “*kişisel verinin gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri kabul edilmelidir.*” ifadesi bu kabulün bir göstergesidir.

2- Gerçek Kişinin Belirli veya Belirlenebilir Olması

Bilginin ait olduğu kişiyi diğer kişilerden basit bir şekilde ve doğrudan ayırt etmesi halinde gerçek kişinin belirli olduğu kabul edilmektedir.^[34] Örneğin; bir kişinin resmi kayıtlara geçtiği şekilde kimlik bilgileri veya vatandaşlık numarası kişiyi belirli kılmaktadır. Kişiyi doğrudan belirli kılan bilgileri saymak suretiyle tek tek belirleme imkanı bulunmadığı gibi bu şekilde bir veri kategorisi de oluşturmak mümkün görülmemektedir. Şöyle ki; isim ve soy isim bilgisi kişiyi genellikle belirli kılan bilgiler olsa da yaygın kullanılan bir isim veya soy isim bilgisi geniş bir topluluk içerisinde ilgili kişiyi belirli kılmayabilecektir.^[35]

Bir bilginin gerçek kişiyi doğrudan ve kolayca belirli kıldığı durumlarda, o bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesinde tereddüt bulunmamaktadır. Bu kapsam dışında kalan bilgilerin kişisel veri olup olmadığı konusundaki değerlendirme, her somut olayın kendi özellikleri içerisinde yapılmalıdır.^[36] Bu değerlendirme sürecinde göz önüne alınması gerekli kıstas ise o bilginin kişiyi “*belirlenebilir*” kılıp kılmayacağıdır.

Belirlenebilir olmak, “*kişinin bulunduğu topluluk içerisinde henüz ayırt edilmediği ancak ayırt edilmesinin mümkün olması*” olarak ifade

[33] Sert, *Kişisel Veriler*, 29; Aksoy, *Medeni Hukuk*, 21.

[34] Sert, *Kişisel Veriler*, 31.

[35] Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 10.

[36] Bahri Öztürk, Elif Altınok Çalışkan ve Serkan Seyhan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 18; Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 56.

edilmektedir.^[37] Bu durumda bilgi, ilgili kişiyi doğrudan belirleyememektedir ancak yardımcı bir kısım ek bilgiler ile birlikte değerlendirildiğinde kişiyi belirlenebilir kılmaktadır.^[38] Örneğin; kişinin yaşı, aile üyeleri, mesleği, parmak izi, ses veya görüntüsü kişiyi belirlenebilir kılan bilgilerdir.^[39] Birbirlerini tamamlayan bilgilere derhal ulaşılması gerektiği gibi bu bilgilerin belirleme işlemi yapacak şahsın uhdesinde olması da gerekmemektedir. Bilgilerin “*olağan şartlar içerisinde ulaşılabilir veya elde edilebilir olması*” kişisel veri olarak kabul edilmeleri bakımından yeterli kabul edilmektedir.^[40]

Bir bilginin hangi durumlarda ilgili olduğu kişiyi belirlenebilir kılmak suretiyle kişisel veri sayılacağı konusunda esasında iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre; bilgi, herhangi bir kişi tarafından irtibat kurulmak suretiyle ilgili kişiye ulaşma imkanı sunuyorsa o bilgi kişiyi belirlenebilir kılmakta ve herkes açısından kişisel veri sayılmaktadır. Diğer görüşe göre ise; bilgiye ulaşabilen kişinin olanaklarına göre her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Bilgiyi elinde bulunduran kişinin ilişkili diğer yardımcı materyallere ulaşmak suretiyle veri sahibini belirleme imkanı varsa; o bilgi, elinde bulunduran kişi açısından kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Aksi halde bilgi, elindeki bilgiyi tamamlayacak ek bilgileri elde etme olanağı bulunmayan kişiler yönünden kişisel veri sayılmamaktadır.^[41]

Kişisel veri tanımındaki “*belirlenebilir*” ifadesinin kavramı oldukça soyut, geniş ve yoruma açık bir alana taşıdığı kabul etmek gerekir. Bu itibarla “*belirlenebilirlik*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine dair bazı kıstaslar belirlemek gerekmektedir. Bu hususta 2016/679 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün kaynaklık ettiği “*makul biçimde olası*” kriteri ileri sürülmektedir. Buna göre, eldeki bilginin diğer bilgilerle bir araya getirilerek ilgili kişinin tespit edilmesi “*makul biçimde olası*” ise o bilgi ancak o zaman kişisel veri olarak kabul edilmektedir.^[42] Bir bilginin kişiyi belirlenebilir

[37] Aksoy, *Medeni Hukuk*, 21.

[38] Sert, *Kişisel Veriler*, 32.

[39] Özdemir, *Elektronik Haberleşme*, 124.

[40] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 159.

[41] Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 45-46; Aksoy, *Medeni Hukuk*, 27.

[42] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 163.

kılıp kılmayacağı hususunda değerlendirme yapılırken kişiyi tespit etmeye çalışan kişinin elindeki “makul tüm imkan ve araçları” kullanacağını ve bu kişinin ilgili kişiyi tespit etmekte kararlı olup bu yönde azami ölçüde çaba harcayacağını da kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.^[43]

C) BİLGİNİN GERÇEK KİŞİ İLE İLİŞKİLİ OLMASI

Bilginin gerçek kişi ile ilişkili olması kişisel veri kavramının üçüncü temel unsurudur. Gerçek kişiyle ilişkili olan bilginin özelliği ilgili kişi ile bağlantı kurmasıdır. Bu bağlantı ise esas itibarıyla “içerik, amaç veya sonuç” itibarıyla kurulmaktadır.^[44] Bilginin içerik itibarıyla ilişkili olması o bilginin ilgili kişi “hakkında” olması demektir. Örneğin; kişinin adı soyadı, yaşı vs. gibi bilgiler ilgili kişi hakkında olması nedeniyle doğrudan kişisel veri olarak kabul edilmektedir.^[45] Bilginin kişilere karşı sergilenen tavır ve davranışların belirlenmesi veya kişi hakkında değerlendirmede bulunmak için kullanılması durumunda ise bağlantı amaç yönünden kurulmaktadır. Örneğin; çalışanlarının mesai saatleri içerisindeki iş ve işlemlerini denetlemek amacıyla kullanılan “log kayıtları”^[46] amaç yönünden kişiyle ilişkilidir ve bu nedenle kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Bilginin kullanıldığında ilgili kişiyi etkileyecek sonuçlar doğurması hallerinde ise bağlantının sonuç itibarıyla kurulduğu belirtilmektedir. Bilginin kişisel veri sayılması için kişi ile “içerik, amaç veya sonuç” unsurlarının tümü yönünden aynı anda bağlantı kurması aranmamaktadır. Bilginin bu üç şekilden biri yönüyle ilgili kişiyle bağlantılı olması, o bilgiyi kişisel veri olarak kabul etmek için yeterli görülmektedir.^[47]

Bilgi ile kişi arasında kurulacak bağlantı yönteminin o bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesine etki ettiği ifade edilmektedir. Buna göre,

[43] Sert, *Kişisel Veriler*, 34; Aksoy, *Medeni Hukuk*, 24.

[44] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 170; Aksoy, *Medeni Hukuk*, 28; Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 46-47.

[45] Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 47; Aksoy, *Medeni Hukuk*, 28.

[46] “Log kayıtları, bilgisayarda yapılan işlemlerin ve işlemlere ilişkin tüm hareketlerin birer birer kayıt altına alınmış olduğu dosyalardır.”bkz. Ahmet Gül, *Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 45-46:

[47] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 170.

bağlantının “olağandışı” veya “beklenmedik yöntemlerle” kurulması halinde bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmemektedir.^[48] Bağlantının hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak kurulması bahsinde ise iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre; bağlantının hukuka aykırı bir şekilde kurulması halinde, o bilginin kişisel veri olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Diğer görüş ise bu yaklaşımın kişisel verilerin korunması alanını gereğinden fazla daraltacağını ifade edip bağlantının “olağan” ve “beklendik” bir yöntemlerle kurulması halinde, bağlantının hukuka aykırı veya uygun şekilde kurulup kurulmadığına bakılmaksızın o bilginin kişisel veri sayılması gerektiğini ifade etmektedir.^[49]

Kişi ile ilişkili olan bilginin her zaman şahsın kişilik özellikleri ile ilgili olması şart değildir. Bilgi, kişinin nesnelere ile olan irtibatı nedeniyle bağlantı kurduğunda da kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Kişinin bir taşınmazın veya aracın sahibi olması nedeniyle tanınmasında durum böyledir.^[50] Bilginin münhasıran tek bir kişi yerine bir grup ile irtibatlı olduğu durumlarda ise grubun geniş veya dar olması ile bilginin kullanılmasının grup üyelerinin etkilenmesine neden olup olmayacağı dikkate alınmaktadır. Buna göre kime ait olduğu kesin bir şekilde tespit edilemeyen bir bilgi sayıca az bir grupla ilişkili ise kişisel veri sayılmaktadır.^[51]

II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERE İLİŞKİN SUÇLAR

A) GENEL OLARAK

Ceza hukuku bireylerin hukuksal değerlerini korumak suretiyle güvenli ve özgür bir toplum yapısının oluşmasını amaçlamaktadır. Bu hukuk dalının bir hukuksal değer ihlali sonrasında “yaptırım” olarak ortaya çıkan bastırıcı bir yönü olduğu gibi ihlallerin önlenmesini sağlaması nedeniyle toplumu ilerletici bir yönü de bulunmaktadır. Bir yaptırım türü olan ceza

[48] Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 20.

[49] Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 47; Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 20.

[50] Melike Köse Aysun, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 31; Özdemir, *Elektronik Haberleşme*, 125.

[51] Kangal, *Ceza ve Kabahatler*, 31; Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 26-27.

ise belirtilen meşru amaçlara yönelik dahi olsa bir hukuksal değeri korumak için başvurulması gereken “son çare” olarak kabul edilmektedir.^[52]

5237 sayılı TCK’da kişisel verilerin korunmasına yönelik çeşitli suç tipleri düzenlemiştir. 2016 yılında yürürlüğe giren KVKK’nın 17.maddesi ise kişisel verilerin korunmasına yönelik suçlar açısından TCK m.135-140 maddelerine atıf yapmıştır. Türk hukuku böylece kişisel verilerin ceza yaptırımını ile daha etkili bir şekilde korunmaya değer bir hukuki mahiyete sahip olduğunu teyit etmiş; mahremiyet^[53] ve unutulma hakkı^[54] gibi bireylerin maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirmesine hizmet eden hukuki değerleri korumayı hedeflemiştir.^[55]

B) TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ KİŞİSEL VERİLERE İLİŞKİN SUÇLAR

TCK’da kişisel verilerin doğrudan veya dolaylı olarak korunmasına yönelik suçlar “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı bölüm altında düzenlenmiştir. TCK m.132’de düzenlenen “haberleşmenin gizliliğini ihlal”, TCK m.133’de düzenlenen “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” ve TCK m.134’de düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçları doğrudan kişisel verilerin korunmasına yönelik olmasa da belirtilen suçların konusu olan haberleşmenin, kişiler arasındaki konuşmaların ve özel hayata dair bilgilerin aynı zamanda kişisel veri olarak ortaya çıktığı durumlarda dolaylı bir korumadan bahsedilmektedir.^[56] Kişisel verilerin doğrudan korunmasına yönelik suçlar ise; “kişisel verilerin

[52] Erdal Yerdelen, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 59-60.

[53] Mahremiyet kavramına dair açıklamalar için bkz. Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 15-16.

[54] “Unutulma hakkı; bireyin, dijital hafızada yer alan fotoğrafı, kimlik bilgisi, adresi ve diğer kişisel içeriklerinin kendi talebi üzerine bir daha geri getirilemeyecek biçimde ortadan kaldırılması şeklinde tanımlanmaktadır.” :Aydın Akgül, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanı’nın Google Kararı” *TBB Dergisi*, no.116 (2016): 16.

[55] Mehmet Maden, *Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 19.

[56] Bük, *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 79.

kaydedilmesi (TCK m.135)”, “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m.136)” ve “verileri yok etmeme (TCK m.138)” suçlarıdır.^[57]

TCK m.135-138 arasında belirtilen suçlar esasında kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak ihdas edilmiş ise de TCK m.138’de düzenlenen verileri yok etmeme suçu, kişisel verilere ilişkin diğer suçlardan değişik yönlerden ayrılmaktadır. Şöyle ki TCK m.135 ve TCK m.136’da düzenlenen suçların koruduğu hukuki değer “*özel hayatın gizliliği*” olduğu ifade edilirken, TCK m.138’de düzenlenen suç ile korunan hukuki değer “*kişisel verilerin güvenliği ve kamu idaresinin güvenilirliği*” olduğu belirtilmektedir.^[58] TCK m.135 ve 136’da düzenlenen suçların faili yönünden herhangi bir özellik aranmamaktadır ancak TCK m.138’de “özgü suç” olarak düzenlenen verileri yok etmeme suçunun faili sistem içindeki verileri yok etmekle görevli kişi

[57] Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu madde 135- “(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkraya uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu madde 136- “(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Ek:17/10/2019-7188/17 md.) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.”

Verileri yok etmeme suçu madde 138- “(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) (Ek: 21/2/2014-6526/5 md.) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

[58] Murat Volkan Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no.2, (2016): 120-123.

olmalıdır.^[59] TCK m.135 ve 136’da düzenlenen suçların esas itibariyle^[60] icrai davranışlarla işlenebileceği kabul edilmesine rağmen TCK m.138’deki suç ancak ihmalî bir davranışın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.^[61]

TCK m.138’de düzenlenen verileri yok etmeme suçunun faili yönünden özgü suç olarak düzenlenmesi, suçun konusunun ise veri kayıt sisteminde kayıtlı ve silinmesi için kanunla belirli bir süre öngörülen kişisel verilerle sınırlandırılması anılan suçun uygulama alanını daraltmaktadır. Bu itibarla TCK m.138’de düzenlenen suçun uygulamasının TCK m.135 ve m.136’da düzenlenen suçlara nazaran oldukça kısıtlı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

TCK m.135 ve m.136’daki suçlar, fail bakımından özel bir durum arz etmediğinden “herkes tarafından işlenebilen suçlar” kategorisinde yer almaktadırlar. TCK m.135’deki suç kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi ile oluşmaktadır.^[62] TCK m.136’daki suçun fiil unsuru olarak ise “verme”, “yayma” ve “ele geçirme” şeklinde üç farklı hareket öngörülmüş olup anılan suç “*seçimlik hareketli bir suç*” olarak düzenlenmiştir.^[63] TCK m.135 ve TCK m.136’daki suçların konusu olan kişisel verilerin özellikleri yönünden herhangi bir sınırlama getirilmemiş olup bahsi geçen suçlar arasında suçun konusu itibariyle de ayırım yapılmamıştır.^[64] Öğretimde herkes tarafından bilinen veya basit bir araştırma ile öğrenilme imkanı bulunan kişisel verilerin TCK m.135 ve TCK m.136 kapsamında değerlendirilmesinin anılan suçların kapsamını suçun düzenleniş amacını açacak şekilde

[59] Ozan Selek, *Kişisel Verilerin Korunması ve Verileri Yok Etmeme Suçu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 106-107; Kangal, *Ceza ve Kabahatler*, 157.

[60] Maden, *Kişisel Verilerin Korunması*, 52; TCK m.136’daki suçun esas olarak icrai suç olarak değerlendirildiğine ancak suçun bazı durumlarda ihmalî hareketle de işlenebileceğine dair görüşler için bkz. Maden, *Kişisel Verilerin Korunması* 95-96; Erdoğan, 613-614.

[61] Ketizmen, *Bilişim Suçları*, 204.

[62] Sert, *Kişisel Veriler*, 101.

[63] Eşref Barış Börekçi, *Kişisel Verileri Verme, Yayma Veya Ele Geçirme Suçu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 77-78; Kangal, *Ceza ve Kabahatler*, 106.

[64] Maden, *Kişisel Verilerin Korunması*, 40-41.

genişleteceği ifade edilmektedir.^[65] Yargıtay'ın da benimsediği bir diğer görüş ise suçun konusu olan kişisel veriler arasında bu şekilde bir ayırım yapılarak kişisel veri kavramının sınırlandırılmasının yasal dayanağının bulunmadığını belirtmektedir.^[66] Buna göre anılan suçlara konu olan kişisel verilerin özel hayata ilişkin olması gerekmediği gibi sır niteliği taşıması da gerekmemektedir.^[67]

TCK m.135 ve m.136'da düzenlenen suçların herkes tarafından işlenebilir özelliği ile suçların konusu olan kişisel veri kavramının işaret ettiği geniş alan, bireyler açısından ceza hukuku alanında kaygan bir zemin yaratmaktadır. Örneğin; gündelik hayatta hemen herkes tarafından gerçekleştirilen başkasına ait telefon numarasının üçüncü kişiler ile paylaşılması gibi fiillerin dava konusu yapıldığı bilinmektedir.^[68] Bu nedenle TCK m.135 ve m.136'daki suçlar nedeniyle yapılan yargılamalarda hukuka aykırılık unsurunun “ayrıca ve özel olarak” araştırılması gerekmektedir. Anılan suçların kanuni tanımla-

[65] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 692.

[66] Yargıtay CGK, E.2012/12-1510, K.2014-331, 17.6.2014: “TCK'nun 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiillerinin kanununun 136. maddesindeki suçu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda somut olayda, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sanık tarafından internetteki özel bir arkadaşlık sitesine kimlik, adres ve telefon bilgileri verilmeksizin ve erkek arkadaşı aradığı açıklamasıyla konulması eylemi, TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturmaktadır.” Aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, E.2017/12-829, K.2017-363, 4.7.2017

[67] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 692-693.

[68] “...sanığın ayrıldığı kız arkadaşı olan şikayetçinin, kendisinde kayıtlı olan kişisel veri niteliğindeki telefon numarasını, şikayetçinin rızası dışında diğer sanığa verdiği olayda; şikayetçinin telefon numarasını hukuka aykırı olarak yayan sanık ile telefon numarasını hukuka aykırı olarak ele geçiren diğer sanığın eyleminin, TCK'nun 136/1. maddesine uyan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden...” Yargıtay 12.CD, E.2014/607, K.2014/16665, 7.7.2014.

rında yer alan “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin hukuki mahiyeti ve genel suç teorisindeki yeri özenle tayin edilmelidir.^[69]

III. HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

A) GENEL OLARAK

Hukuka aykırılık, genel itibariyle “*hukuk düzeni ile çatışma, hukuka karşı gelme*” olarak tanımlanmaktadır. Kavram, gerçekleştirilen fiile hukuk düzeni tarafından izin verilmediğini ifade etmektedir. Bir görüşe göre fiilin medeni hukuk veya ceza hukuku gibi farklı hukuk disiplinlerinin birisi için hukuka uygun diğeri için hukuka aykırı olmasından bahsedilemez. Bu nedenle bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde; “*hukuk düzeninin tekliğil bütünlüğü ilkesi*” gereği hukuk sisteminin tümü göz önünde bulundurulmalıdır.^[70] Bir diğerk görüşe göre ise genel bir hukuka aykırılıktan bahsetmek doğru değildir. Fiil hangi hukuk dalına ilişkin normu ihlal ediyorsa o hukuk dalı özelinde hukuka aykırılık olduğu kabul edilmelidir. Buna göre ceza hukukunda hukuka aykırılıktan ancak ceza ile yaptırım altına alınmış bir normun ihlali halinde bahsedilmelidir.^[71]

TCK’da hukuka aykırılık kavramına ilişkin düzenleme bulunmamakla birlikte suçun kanuni tanımının hukuka aykırı bir davranışı tanımlaması nedeniyle bu şekilde bir düzenlemeye gerek olmadığı da ifade edilmektedir.^[72] Türk öğretisindeki baskın görüş hukuka aykırılığı suçun “bağımsız

[69] Kayıhan İçel, “Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin Korunmasında ‘Kişisel Veri’ ve ‘Hukuka Aykırılık’ Kavramları,” *İstanbul Barosu Dergisi* 94, no.2, (2020): 19.

[70] Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, 14.Bası (İstanbul: Der Yayınları, 2019), 232; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12 Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 262-264; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15.Bası (Ankara: Seçkin yayıncılık, 2019), 313; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 476.

[71] Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 1.Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 32.

[72] Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 525; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 479; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 129.

bir unsuru” olarak kabul etmektedir.^[73] Hukuka aykırılığın suçun unsuru olarak suç sistematığındaki yerinin ise tipe uygunluktan sonra geldiği ifade edilmektedir. Şöyle ki; kanuni tanıma uyan her fiil suç olarak değerlendirilmemektedir ancak fiilin kanundaki tipe uyması hukuka aykırı olduğuna “karine” teşkil etmektedir. Buna göre öncelikle fiilin kanuni tanıma uyup uymadığı tespit edildikten sonra kanuni tanıma uygun fiili hukuka uygun hale getiren bir neden olup olmadığı araştırılmalıdır.^[74]

B) SUÇ TANIMINDA YER ALAN HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

Hukuka aykırılık bazı suç tiplerinde kanuni tanım içerisinde yer almaktadır. Çalışmamızın odak noktasını oluşturan kişisel verilere ilişkin TCK m.135 ve TCK m.136'deki suçların kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak” ifadesine ayrıca yer verilmiştir. Hukuka aykırılığın suçun kanuni tanımında bu şekilde ayrıca yer alması, kimi yazarlarca “hukuka özel aykırılık” olarak ifade edilmiştir.^[75] Bu şekilde tanımlanan suçlarda, tipe uygun fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğunun varsayılmayacağı bu nedenle failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket edip etmediğinin hakim tarafından ayrıca araştırılması gerektiği belirtilmektedir.^[76]

Kimi yazarlar, hukuka aykırılık kavramına suç tanımında ayrıca ve özel olarak yer verilen durumlarda özel veya genel hukuka aykırılık şeklinde bir

[73] Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 8.Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 373; Hukuka aykırılığın suçun unsuru olmasının ötesinde “suçun özü ve hatta kendisi” olduğuna dair farklı görüş için bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 118.

[74] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 278; Akbulut, *Genel Hükümler*, 526; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 263; Özgenç, *Genel Hükümler*, 319; Zafer, *Genel Hükümler*, 375; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 477. Tipe uygunluk ile hukuka aykırılık arasındaki ilişkiye dair diğer görüşler için bkz. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 263.

[75] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, 250; Zafer, *Genel Hükümler*, 386; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 280; Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 106; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 266.

[76] Özgenç, *Genel Hükümler*, 321; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 280; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 266; Zafer, *Genel Hükümler*, 386.

ayırım yapmaksızın meselenin suçun manevi unsuru içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre failin gerçekleştirdiği tipe uygun fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğunu da bilip istemesi, özel bir kasıt veya belirli bir amaçla hareket etmesi gerekmektedir.^[77]

Suç tanımı içerisinde yer alan hukuka aykırılık kavramı bazı suç tiplerinde suçun maddi unsurlarından birini nitelemekle birlikte bazılarında maddi vakıa ile ilgisi olmaksızın haksızlığın tümünü değerlendirmektedir. Kimi yazarlar da meseleyi bahsi geçen bu ayrıma göre “kast” ve “haksızlık bilinci” şeklinde iki farklı kapsamda değerlendirmektedirler.^[78]

1- Hukuka Aykırılık İfadesinin Tipiklik Unsuru İçerisinde Yer Alması

Suçun kanuni tanımında yer alan hukuka aykırılık ifadesinin özellikle suçun maddi unsurlarından birini “nitelemesi” durumunda; hukuka aykırılık ifadesi, suçun tipikliğine ilişkin bir unsur özelliği kazanmaktadır. Burada hukuka aykırılık ifadesi suçun maddi unsurlarından birinin taşıması “gereken” bir özelliği^[79] ifade ettiğine göre; failin kanuni tanımdaki maddi

[77] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, 250-251; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 266; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 480; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 129-130.

[78] Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.1 (2016): 426-427; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 266; Zafer, *Genel Hükümler*, 386-387.

[79] Bu duruma TCK m.91/5’deki suç tipi örnek gösterilmektedir. “*Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki TCK m.91/5’de yer alan “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan*” ifadesi suçun maddi unsurları içinde yer alan organ ve dokunun bir özelliğini ortaya koymaktadır. Bu durumda, failin suçun konusu olan “*organ veya dokunun*” hukuka aykırı yollarla elde edildiğini de bilmesi gerekmektedir. Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon,” 427; Bu konuya ilişkin bir diğer örnek ise TCK m.184’deki suç tipidir. “*Yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki TCK m.184/1’de bulunan “*ruhsata aykırı olarak*” ifadesi suçun maddi konusu olan binanın özelliğini belirtmektedir. Bu durumda, failin binanın ruhsata aykırı olduğu bilgisine de sahip olması gerektiği ifade edilmektedir. Zafer, *Genel Hükümler*, 387.

unsurun hukuka aykırılık özelliği yönünden de kastının bulunması gerekmektedir.^[80] Bu şekilde düzenlenen suçlarda hukuka aykırılığın fail tarafından bilinmemesi, failin suça ilişkin kastını kaldıracağından fail hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu^[81] (CMK) m.223/2-c madde ve fıkrası uyarınca beraat hükmü verilmesi gerekmektedir.

2- Hukuka Aykırılık İfadesinin Haksızlık Bilinci Kapsamında Yer Alması

Bazı suç türlerinde hukuka aykırılık ifadesinin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan herhangi birini nitelendirmediği ve hukuka aykırılık ifadesine sadece suçun haksızlığına ilişkin genel bir değerlendirme yapmak adına yer verildiği belirtilmektedir. Bu duruma 5237 sayılı TCK m.124/1'de düzenlenen “haberleşmenin engellenmesi”, TCK m.133/3'de düzenlenen “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” ve TCK m.134/2'de düzenlenen “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçları örnek gösterilmektedir.^[82]

Hukuka aykırılığın suç tanımında bu şekilde haksızlığın tümünü değerlendirmek için yer almasının “*kusurluluk kapsamında bulunan haksızlık bilinci*^[83] ile bağlama noktası oluşturduğu ve failin bu husustaki durumunun TCK m.30/4 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği” savunulmaktadır.^[84]

[80] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 266; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon,” 427; Zafer, *Genel Hükümler*, 387.

[81] RG. 17.12.2004, S. 25673.

[82] Zafer, *Genel Hükümler*, 387.

[83] Kural olarak ayırt etme gücüne sahip herkesin haksızlık bilincine sahip olduğu kabul edilmektedir ancak hukuk kurallarının zaman içerisinde karmaşık bir hal alması nedeniyle bireyler, bir takım fiilleri haksızlık oluşturmadığı düşüncesiyle gerçekleştirebilmektedirler. Haksızlık bilinci, gerçekleştirilen fiillerin haksızlık oluşturduğunun bilinmediği durumlarda bireylerin kusurlarının bulunmadığını ifade eden bir kavramdır. İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda düşünülen ve “yasak hatası” olarak da ifade edilen bu hukuki müessese, hukukumuzda TCK m.30/4'de düzenlenmiştir. Haksızlık bilinci ve yasak hatası kavramlarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Akbulut, *Genel Hükümler*, 693-703.

[84] Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon,” 428. TCK m.30/4: “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda

Haksızlık bilinci; failin, gerçekleştirdiği fiilin içinde yaşadığı toplumda geçerli hukuk kurallarına ve davranış normlarına aykırı olduğunun farkında olması anlamına gelmektedir.^[85] Haksızlık bilincinin kast mı yoksa kusurluluk kapsamında mı kaldığı hususunda tartışma bulunmakla beraber bu hususta genel kabul gören görüş kusur teorisidir. Buna göre haksızlık bilinci, suçun manevi unsurları olan kast veya taksirin değil kusurun bir şartı olarak kabul edilmektedir. Kusur teorisinde fiilin haksızlığı hususundaki kaçınılmaz hata, kastı ortadan kaldırmamakta ancak fiilin kınanabilirliğini ortadan kaldırmaktadır.^[86] Bu durumda gerçekleştirdiği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail hakkında 5271 sayılı CMK 223/3-d madde ve fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.^[87]

IV. KİŞİSEL VERİLERE İLİŞKİN SUÇLARDA HUKUKA AYKIRILIK

A) GENEL OLARAK

Çalışmamızın temelini oluşturan 5237 sayılı TCK m.135 ve TCK m.136'da düzenlenen suçların tanımında yer alan “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin mahiyetine ilişkin görüşler, hukuka aykırılık başlığında açıklanan hususlara dayalı olarak farklılaşmaktadır. Bu husustaki ilk görüş, hukuka aykırılık ifadesinin belirtilen suçların tipikliğine dahil olduğu yönündedir.^[88] Buna göre kişisel verileri kaydeden, ele geçiren, başkasına veren veya yayan failin gerçekleştirdiği eylemin hukuka aykırı olduğunu bilip istemesi gerekmektedir. TCK m.135 ve TCK m.136'daki suçlar dolayısıyla yapılan yargılamalarda, failin hukuka aykırı şekilde hareket ettiğinin bilincinde olup olmadığının açıkça tespit edilerek ortaya konması gerekmektedir. Bu

kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

[85] Özgenç, *Genel Hükümler*, 404.

[86] Akbulut, *Genel Hükümler*, 694. Aksi yöndeki kast teorisine göre ise fiilin haksızlığı hususundaki hatanın failin kastını kaldırdığına ve kanuni tipe uygun fiilin suç oluşturmasını engellediğine dair bkz. Akbulut, *Genel Hükümler*, 695.

[87] Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M.Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 625; Zafer, *Genel Hükümler*, 388.

[88] Maden, *Kişisel Verilerin Korunması*, 94.

şekilde bir tespitin yapılamadığı durumlarda ise suçun yasal unsurlarının gerçekleşmeyeceği ve failin gerçekleştirdiği tipe uygun fiilin suç oluşturmayacağı belirtilmektedir.^[89] Bu görüş failin hukuka aykırı hareket ettiğini bilip bilmediği hususunun araştırılıp ispatlanmasının zorluğundan bahisle eleştirilmektedir. Bu yaklaşımın kişisel verilere ilişkin suçların cezazsız kalmasına neden olacağı ifade edilmektedir.^[90]

Bu husustaki diğer görüş, TCK m.135 ve TCK m.136'daki suçlarda ayrıca ve özel olarak belirtilen hukuk aykırılık ifadesinin haksızlığın tümünü değerlendirdiğini ifade etmektedir.^[91] Bu nedenle anılan suçlarda hukuka aykırılık ifadesinin suçun maddi unsurları ile sınırlı olan “kast” kapsamında değil “kusurluluk” ile ilişkili olarak “haksızlık bilinci” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.^[92]

Kişisel verilere ilişkin suçlar 5237 sayılı TCK ile yaşıt ise de kişisel verilerin korunması hukuku ülkemiz için oldukça yeni bir alandır. Bu nedenle KVKK hükümlerinin uygulanması konusunda hukuk nosyonu bulunan kamu ve özel sektör çalışanlarına yönelik eğitim faaliyetleri yürütüldüğü bilinmektedir. Bu durum kişisel verilerin korunması alanındaki bilgi ve bilinç düzeyinin lisans düzeyinde eğitim görmüş profesyonel meslek mensubu kişilerde dahi yeterli seviyede olmadığını bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla toplumun genelinde kişisel verilerin önemine ve bu alana ilişkin mevzuata dair bilincin yeterli seviyede olduğunu söylemek mümkün değildir. Haksızlık bilinci kavramının TCK m.135 ve TCK m.136'daki suçlar yönünden önemi bu noktada ortaya çıkmakta olup belirtilen suçlara ilişkin yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda haksızlık bilinci kavramı çok sık gündeme gelmektedir. Kişisel verileri kaydetmek, ele geçirmek, başkasına vermek veya yaymak suretiyle TCK m.135 ve TCK m.136'da belirtilen tipe

[89] Yavuz Erdoğan, “Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no.2 (2013): 594; Sert, *Kişisel Veriler*, 114; Korkmaz, *Kişisel Veriler*, 408; Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 706; Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 107-108.

[90] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 706-707.

[91] Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon,” 428.

[92] Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon,” 429-430.

uygun fiileri bilerek ve isteyerek gerçekleştiren failin gerçekleştirdiği fiilinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi durumunda kusurunun bulunmayacağı belirtilerek kendisine ceza verilmeyeceği ifade edilmektedir.

Failin kaydettiği, ele geçirdiği, başkasına verdiği veya yaydığı verinin “kişisel veri” olduğunu bilmediği durumlarda; “hata” suçun hukuka aykırılık unsuru üzerinde değil maddi unsur üzerinde gerçekleşmektedir. Bu şekildeki bir hata, yasak hatası ve kusurluluk kapsamında bulunmayan TCK m.30/1 kapsamında olup failin kastını kaldıran bir niteliğe sahiptir.^[93] TCK m.30/4’de düzenlenen yasak hatası ise “haksızlık yanılığısı” olarak da ifade edilmekte olup bu hata türü suçun maddi unsurları üzerindeki hatadan farklı olup kusurluluk ile ilişkilidir.^[94] Yasak hatasında fail kaydettiği, ele geçirdiği, başkasına verdiği veya yaydığı verinin “kişisel veri” olduğunu bilmektedir ancak başkasına ait kişisel veriyi kaydetmenin, ele geçirmenin, başkasına vermenin veya yaymanın haksızlık oluşturduğu düşüncesini taşımamakta, bu hususta kaçınılmaz bir hataya düşmektedir.

Yasak hatasının ortaya çıkış şekillerinden ilki, failin gerçekleştirdiği fiilini yasaklayan bir kural olmadığını düşünmesidir. Failin gözden kaçırdığı kuralın ceza gerektiren bir kural olması da zorunlu değildir. Bu durumda fail gerçekleştirdiği fiile hukuk düzeninin izin verdiğini ve kendisinin bu fiili gerçekleştirerek kimseye herhangi bir şekilde haksızlık yapmadığını tasavvur etmektedir.^[95] Komşusuna gönderilen ve içerisinde kişisel veri mahiyetinde bilgileri de barındıran bir mektubu açan ancak fiilinin haksızlık oluşturmadığını yani bu fiili yasaklayan bir kural olmadığını düşünen kişinin durumunun bu şekilde değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.^[96]

[93] TCK m.30/1: “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”

[94] Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılığısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 72; Özgenç, *Genel Hükümler*, 487-488.

[95] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 367; Akbulut, *Genel Hükümler*, 697; Özgenç, *Genel Hükümler*, 485.

[96] Akbulut, *Genel Hükümler*, 696-697.

Yasak hatasının bir diğer görünümü ise failin gerçekleştirdiği fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu zannederek hareket etmesidir. Bu durumda fail, gerçekleştirdiği fiilin haksızlık içerdiğinin bilincindedir ancak somut olayda fiilin haksızlık oluşturmadığını düşünmekte; hukuka uygunluk nedeninin “hukuki varlığında” hataya düşmektedir.^[97] Yasak hatası somut olayda ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın düşünülen hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmazlığının tayin edilmesinde ise failin yaşı, mesleği, sosyal çevresi ile fiilin gerçekleştirildiği yer ve zaman gibi hususların nazara alınması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin; Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YGCK) TCK m.136’da düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu kapsamında verdiği bir kararında; uzun süredir memur olarak görev yapan ve eşi sağlık çalışanı olup iki çocuğu bulunan sanığın, başkasına ait bilgiler içeren doğum belgesini ilgilinin rızası olmaksızın aldığı olayda; sanığın gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olduğunu kabul etmiş sanığın savunmasına ileri sürdüğü “hatanın” kaçınılmaz olmadığını ifade etmiştir.^[98]

TCK m.135 ve TCK m.136’daki suçlarda hukuka aykırılıktan özel olarak söz edilmesinin esasında özel bir anlamı olmadığı, bu durumun kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklandığı ve hatta “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin anılan suçlar yönünden anlamsız olduğu da savunulmaktadır.^[99] Bir diğer görüş ise bu ifadenin TCK m.135 ve TCK m.136’daki suç tiplerinde yer alan fiillerin hukuka uygun da olabileceğini belirtmek amacıyla kullanıldığı yönündedir.^[100] Gerçekten de TCK m.135 ve TCK m.136’da düzenlenen suçların konusu olan “kişisel veriler” insana dair oldukça geniş bir alanı ifade etmektedirler. Bu nedenledir ki kişisel verilerin kaydedilmesine veya ele geçirilip başkaları ile paylaşılmasına izin veren birçok hukuk

[97] Hale Akdağ, *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 229; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 367.

[98] Zafer, *Genel Hükümler*, 492; bkz. Yargıtay CGK, E.2012/12-1514, K.2014/312, 10.6.2014.

[99] Börekçi, *Kişisel Verileri Verme*, 95; Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 110; Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 707.

[100] Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 592.

normu bulunmaktadır.^[101] Örneğin; KVKK m.5 ile kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesi kural olarak yasaklanmış ise de KVKK m.28'de anılan kanun hükümlerinin uygulanmayacağı geniş bir istisna alan yer almaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında TCK m.135 ve TCK m.136'daki suçları oluşturan tipe uygun fiilleri hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunma ihtimalinin diğer suç tiplerine nazaran oldukça fazla olduğu kabul edilmektedir. TCK m.135 ve TCK m.136'daki suçların tanımında bulunan "hukuka aykırı olarak" ifadesine de bu duruma işaret etmek amacıyla yer verildiği ifade edilmektedir. Anılan ifade ile; kişisel verilerin kaydedilmesine, başkasına verilmesine, ele geçirilmesine veya yayılmasına izin veren bir hukuk normunun olup olmadığı hususunda hakimi daha titiz bir değerlendirme yapmaya sevk etmenin amaçlandığı belirtilmektedir.^[102]

B) YARGITAY UYGULAMASI

Yargıtay'ın kişisel verilere ilişkin suçlara yönelik yapılan temyiz başvurularını inceleyen 12. Ceza Dairesi, kişisel veri kavramının bireylerin özel hayatı veya sır alanı ile sınırlı olmadığını kabul etmekle beraber bu suçların uygulama alanının belirsiz bir şekilde genişletilmesinin yaratacağı olumsuz sonuçlara dikkat çekmektedir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, TCK m.135 ve TCK m.136'de düzenlenen suçlara yönelik verdiği kararlarda; hukuka aykırılık unsurunu özellikle irdelemekte ve her somut olayın kendine özgü koşullarını dikkate alarak değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu suçlara ilişkin yargılamalarda tipe uygun fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuk kuralının bulunup bulunmadığının, failin hukuka aykırı hareket ettiğini bilip bilmediğinin veya bilebilecek durumda olup olmadığının araştırılıp tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.^[103] Örneğin; Yargıtay bir

[101] Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 110.

[102] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, 706-707; Akdağ, *Türk Ceza Kanunu*, 111.

[103] "...Herkes tarafından bilinen velveya kolaylıkla ulaşılabilecek ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de, yasal anlamda kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Ancak, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçların doğmaması için, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması, olayda herhangi bir hukuk dalı tarafından kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni veya bu kapsamda nazara alınabilecek bir hususun bulunup bulunmadığının saptanması ve sanığın eylemiyle

kararında, devlet hastanesinde tıbbi teknolog olarak çalışan sanığın hastane otomasyon sistemine giriş yaparak katılanın psikiyatri ve genel muayene polikliniklerinde “depresif” teşhisi ile tedavi gördüğüne dair 7 adet epikriz bilgi formunu ele geçirip bu belge örneklerini katılan tarafından açılan tazminat davasına delil olarak sunduğu olayda; eylemlerin tazminat davasında ileri sürülen iddiaları ispatlama amacı taşıması nedeniyle sanığın hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığını ifade etmiş ve sanık hakkında verilen beraat hükmünü uygun bulmuştur.^[104] Yargıtay aynı yöndeki bir diğer kararında ise; sanığın katılanın açmış olduğu itirazın iptali davasında katılanın kullanması için şirket tarafından verilen bilgisayarın incelenmesi sonucu bulunan yazışmaları, iş mahkemesindeki dava dosyasına sunduğu olayda; eylemin iş davasında ileri sürülen iddiaları ispatlama amacı taşıması nedeniyle sanığın hukuka aykırı olarak hareket etme bilincinde olmadığını kabul ederek sanığın atılı verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan CMK m. 223/2-a uyarınca beraatine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.^[105]

Yargıtay 12. CD kararları incelendiğinde; TCK m.135 ile TCK m.136 maddesinde düzenlenen suçların kanuni tanımındaki “hukuka aykırılık” ifadesinin suçun manevi unsuru olan “kast” kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.^[106] Yargıtay, kanuni tanımda yer alan tipe uygun fiillerin

hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da tespit edilmesi gerekir...” Yargıtay 12.CD, E.2019/3710, K.2020/1106, 5.2.2020; Aynı yönde bkz. Yargıtay 12.CD, E.2019/14037, K.2022/2232, 23.3.2022.

[104] Yargıtay 12.CD, E.2016/10581, K.2018/809, 24.1.2018.

[105] Yargıtay 12.CD, E.2015/14201, K.2017/2512, 29.3.2017.

[106] “...Eşinin sebepsizce eve gelmediği dönemde, eşinin görüştüğü kadını tespit edip, onunla konuşarak, aile birliğine yönelen haksız saldırıyı önlemek istediği, bu amaçla dayısı olan diğer sanıktan, katılanın aboneliği olduğu telefon hattının geçmişe ait görüşme detay bilgilerini elde etmesi konusunda yardımcı olmasını istediği, daha önce istemini reddettiği yeğeninin ısrarından ve çaresizliğinden dolayı ona yardım etmeyi kabul eden sanığın kullanımındaki cep telefonundan, Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. nin müşteri temsilcisini arayarak, kendisini katılan olarak tanıttıp, işlem güvenliği için gerekli olan sorulara doğru cevaplar verdikten sonra, katılana ait GSM hattının faturasına ilişkin kullanım detaylarının, sanık tarafından bildirilen elektronik posta hesabına gönderildiği olayda; katılana ait kişisel veri niteliğindeki belge örneklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştıkları ve/veya çoğaltarak dağıttıklarına ilişkin

fail tarafından hukuka aykırılık bilinci olmaksızın gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi halinde; “yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması” nedeniyle CMK m.223/2-a uyarınca beraat hükmü verilmesi gerektiğini belirtmektedir.^[107] Yargıtay’ın bu uygulaması, haksızlık bilinci ile hareket edilmeksizin gerçekleştirilen fiillerin “kast” kavramı yerine TCK m.30/4 uyarınca “yasak hatası” bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülerek eleştirilmektedir.^[108]

haklarında bir iddia ileri sürülmeyen sanıkların, aile birliğine yönelik saldırıyı önleme ve aile içi geçimsizliğin kaynağının katılanın güven sarsıcı olumsuz tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde; hukuka aykırı hareket ettikleri bilinciyle davranmadıkları ve eylemlerinin hukuka aykırı fiil niteliğinde bulunmadığı anlaşıldığından, sanıklar hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan dolayı beraat kararı verilmesine ilişkin yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir...” Yargıtay 12.CD, E.2018/8313, K.2019/8077, 3.7.2019.

[107] Yargıtay 12.CD, E.2017/3928, K.2018/3190, 21.3.2018.

[108] Börekçi, *Kişisel Verileri Verme*, 95.

SONUÇ

İnsan hakkı bağlamında ele alınan ve ülkemiz açısından yeni bir hak alanı olarak kabul görmesi oldukça yakın bir tarihe dayanan kişisel verilerin korunması hakkının önemi her geçen gün artmaktadır. Kişisel verilerin azami ölçüde korunması için öncelikle kişisel verilerin kapsamı ve korunması hakkında toplumsal bir bilinç oluşması gerekmektedir. Ülkemizde bu alandaki bilincin yeterince gelişip kökleşmesi için başvurulması gerekli ilk yöntem, eğitim ve öğretim faaliyetleri ile idare hukuku kapsamında alınacak tedbirler olmalıdır. Ceza hukukunun (ultima ratio) son çare olma özelliği her alanda olduğu gibi kişisel verilerin korunması bahsinde de dikkate alınmalıdır.

Kişisel veriler, taşıdıkları hukuksal değerın önemi itibariyle farklı hukuk sistemlerinde olduğu gibi ülkemizde de ceza hukukunun konusu yapılmıştır. TCK'nın 135 ile 140. maddeleri arasında kişisel verilerin korunmasına yönelik suçlar ihdas edilmiştir. Kişisel verilerin korunmasına yönelik bilincin yüksek düzeyde olmadığı ülkemizde, özellikle kişisel verilere ilişkin TCK m.135 ve TCK m.136'da düzenlenen suçlar dolayısıyla yapılan yargılamalarda ceza adaletine aykırı sonuçların ortaya çıkmaması ve bu suçlar nedeniyle toplumun kriminalize edilmemesi için başta hakimler olmak üzere tüm hukuk profesyonelleri önemli bir görev üstlenmektedir.

TCK m.135 ve TCK m.136'deki suçların kanuni tanımında bulunan "hukuka aykırı olarak" ifadesi ceza adaletine aykırı sonuçların engellenmesi adına "hukuki bir enstrüman" olarak değerlendirilmelidir. Belirtilen suçlara ilişkin yargılamalarda, tipe uygun fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuk normu olup olmadığı hakimler tarafından ayrıca ve açıkça tespit edilerek ortaya konulmalıdır. Failin, gerçekleştirdiği fiilin haksızlık oluşturup oluşturmadığı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşüp düşmediği hususunda dikkatli ve titiz bir araştırma yapılarak karar verilmelidir.

TCK m.135 ve TCK m.136'da düzenlenen suçlara yönelik Yargıtay kararlarının hem sayı hem de içerik itibariyle yeterli düzeyde olmadığı bilinmektedir. Kişisel verilere ilişkin suçlar yönünden ilk derece ve istinaf mahkemelerinde uygulama birliğinin sağlanması, failin haksızlık bilinci ile hareket edip etmediğinin tayin edilmesinde nazara alınacak kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın ilgili daire ve kurullarının, bu ihtiyaçların karşılanması adına, TCK m.135 ve TCK m.136'da düzenlenen suçlara yönelik verdikleri kararlarda; kast, hukuka aykırılık, hata ve kusurluluk gibi

ceza hukukunun temel kavramlarını da kapsayacak şekilde suç teorisine uygun ayrıntılı içtihatlar oluşturması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 8.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Akdağ, Hale. *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Akdağ, Hale. *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Akgül, Aydın. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı.” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no.92 (2014) 72-81.

Akgül, Aydın. “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanı’nın Google Kararı.” *TBB Dergisi*, no.116 (2016) 11-38.

Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Aksoy, Hüseyin Can. *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Başalp, Nilgün. *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Börekçi, Eşref Barış. *Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2020.

Bük, Alaattin. *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Dönmezer Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*. 14.Bası. İstanbul: Der Yayınları, 2019.

- Dural Mustafa ve Tufan Ögüz. *Türk Özel Hukuku II, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Dülger, Murat Volkan. *Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Dülger, Murat Volkan. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. İstanbul: Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2020.
- Dülger, Murat Volkan. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no.2, (2016), 101-167.
- Erdoğan, Yavuz. “Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no.2 (2013) 569-649.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M.Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Göktürk, Neslihan. “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.1 (2016) 407-450.
- Gül, Ahmet *Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- İçel, Kayıhan. “Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin Korunmasında “Kişisel Veri” ve “Hukuka Aykırılık” Kavramları.” *İstanbul Barosu Dergisi* 94, no.2, (2020),15-23.
- Kangal, Zeynel T. *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ketizmen, Muammer. *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12 Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Korkmaz, İbrahim. *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Maden, Mehmet. *Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*. İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özdemir, Hayrünnisa. *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Özel, Kadir Can. “Ana Hatlarıyla Kişisel Verilerin Korunmasının Tarihsel Süreci İle Amacı Ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkı.” *İstanbul Barosu Dergisi* 94, no. 2 (2020) 241-255.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Öztürk, Bahri, Elif Altınok Çalışkan ve Serkan Seyhan. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Selek, Ozan. *Kişisel Verilerin Korunması ve Verileri Yok Etmeme Suçu*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2021.
- Sert, Şeyma. *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Şimşek, Oğuz. *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: Beta Basımevi, 2008.

- Toroslu Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Uyarer, Sinem Göçmen. *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Yerdelen, Erdal. *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Yılmaz, Sabire Sanem. *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Yılmaz Süleyman ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu. *Kişisel Verileri Koruma Hukuku*. Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*. 8.Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

Kanunilik İlkesi Bağlamında Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarında Manevi Unsur*

Seda Yağmur SÜMER**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK– ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Bu çalışma Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında, Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ tarafından verilen “Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri” dersi kapsamında hazırlanmış seminer çalışmasının gözden geçirilmiş, düzeltilmiş-düzenlenmiş halidir. Bu nedenle gerek ders süresince gerek yayın süresince değerli bilgi ve görüşlerini bizlerle paylaşarak desteğini esirgemediği için Saygıdeğer hocam Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ’a teşekkür ederim.

** Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. (sedayagmur.sumer@deu.edu.tr)
ORCID: 0000-0001-8071-1889.

Makale geliş tarihi: 15 Temmuz 2022 **Makale kabul tarihi:** 13 Aralık 2022

Atıf önerisi: Sümer, Seda Yağmur. “Kanunilik İlkesi Bağlamında Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarında Manevi Unsur.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 1 (Ocak 2023): 149-212.

DOI: 10.30915/abd.1144205

KANUNİLİK İLKESİ BAĞLAMINDA SAHTE VEYA MUHTEVİYATI İTİBARIYLA YANILTIICI BELGE DÜZENLEME VE KULLANMA SUÇLARINDA MANEVİ UNSUR

ÖZ

Verginin tarh, tahakkuk ve tahsil süreçlerinin hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi vergi ceza hükümlerinin etkinliği ile ilişkilidir. Bu etkinliğin sağlanabilmesi için uygulamada sıklıkla karşılaşılan vergi kaçırma eylemlerinin önüne geçilmesi ve vergilendirmenin mali güç esas alınarak adil bir şekilde yapıldığına ilişkin inancın kuvvetlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu Vergi Usul Kanunu'nda çalışmaya konusunu oluşturan suç tiplerini ayrı bir şekilde düzenleme ihtiyacı duymuştur. Bu suç düzenlemesine ilişkin birçok tartışma bulunmakla birlikte çalışmada suçun manevi unsuru üzerinde bir değerlendirme yapacak olup Kanunilik İlkesi bağlamında konu bakımından büyük önem arz eden 306 Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin neden olduğu sorunlara ve eleştirilere yer vereceğiz.

Anahtar kelimeler:

sahte belge yanılıcı belge vergi kaçakçılığı

kanunilik ilkesi manevi unsur

**IN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY
A MORAL ELEMENT IN THE CRIMES OF
FORMING AND USING FORGED OR MISLEADING
DOCUMENTS DUE TO THEIR CONTENT**

ABSTRACT

Legality of the tax assessment, accrual and collection processes is related to the effectiveness of the tax penalty provisions. To ensure this effectiveness, it is necessary to highlight the tax fraud actions that are often encountered in practice and to strengthen the belief that taxation is done fairly based on financial strength. For this reason, the legislator felt the need to regulate the types of crimes that constitute the subject of work in the Tax Procedure Code in a separate way. Although there are many discussions about this criminal regulation, in study we will assess the moral element of the crime and include the problems and criticisms caused by the General Communiqué on Tax Procedure Law No. 306, which is of great importance in terms of the subject in the context of the Principle of Legality.

Keywords:

forged document

misleading document

tax fraud

principle of legality

mens rea

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için en önemli kaynak olan vergiler; Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.*” hükmü gereğince tek taraflı olarak mükellef ve vergi sorumlularına yüklenmiştir. Maddi açıdan getirilen bu tek taraflı yükümlülük mükellefler nazarında yük olarak algılanmakta ve bu yükümlülükten kaçınmak veyahut vergi kaçırmak için uygulamada çeşitli yöntemlere başvurulduğu görülmektedir. Kanun koyucu mükelleflerin bu şekilde vergi kaçırmaya yönelik fiilleriyle mücadele edilebilmek amacıyla bazı fiilleri Vergi Usul Kanunu'nda^[1] açık bir şekilde suç olarak düzenlemiş, hürriyeti bağlayıcı cezalar getirmiştir. Haksız kazanç sağlamak veya az vergi ödemek ya da hiç vergi ödememek suretiyle vergi kaçırmak için işlenen fiillerden biri de sahte belge düzenlemek veya kullanmaktır. Vergi kayıp ve kaçığına sebebiyet verilmesindeki oranın yüksekliğini dikkate alan kanun koyucu, sahte belge/muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak fiilleri için Vergi Usul Kanunu'nda özel düzenleme getirme ihtiyacı duymuştur. Çalışma konumuz olan suç tipi de bu ihtiyaç neticesinde doğmuş olup Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin a ve b fıkralarında düzenleme alanı bulmuştur.

Bu çalışmada sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenleme veya kullanma suçunun bütünü değil yalnızca manevi unsuru üzerinde bir değerlendirme yapılacak olup özellikle bu suçun manevi unsuru bakımından büyük önem arz eden 306 Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde^[2] yer alan tartışmalı hususlar üzerinde durulacaktır.

Öncelikle tebliğde yer alan hukuka aykırı hususların ele alınması bakımından vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesi ele alınacaktır. Ardından Türk Ceza Kanunu^[3] bağlamında suç genel teorisine kısaca değinilecek olup suçun manevi unsurundan ne anlaşılması gerektiği açıklanacaktır. Son olarak ise sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenleme veya kullanma suçunun manevi unsuruna ilişkin genel açıklamalar yapılarak 306 Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde bu suçun manevi unsuruna

[1] 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, (RG. 10.1.1961- 10703).

[2] 306 Seri Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (RG: 18.06.2002 -24789).

[3] 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (RG.12.10.2004- 25611).

ilişkin yer alan hukuka aykırı hususlar kanunilik ilkesi ile ilişkilendirilerek ortaya koyulacaktır.

I. VERGİ SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİ

Vergi suçları genel olarak vergi kanunlarında düzenlenen görev ve ödevlerine aykırı hareket edilmesi halinde karşılığında bir yaptırımın belirlendiği hukuka aykırı eylemler bütünü olarak tanımlanabilir.^[4] Kanun koyucunun bu şekilde düzenlemeler yapmasındaki temel amaç vergi ödevinin eksiksiz ve zamanında yerine getirilmesidir. Bu nedenle kanun koyucu vergi kanunları ile getirilen ödevlere uyulmaması olarak kabul edilen filleri vergi kabahati olarak düzenlemiş ve idari para cezasına tabi tutmuştur. Vergi Usul Kanunu'nun 359 ilâ 363. maddeleri arasında yer alan hukuka aykırı filleri ise suç olarak düzenlemiş ve kabahatlerden farklı olarak hürriyeti bağlayıcı cezalar getirilmiştir.^[5]

Kanun koyucunun bu şekilde hangi fillerin hukuka aykırı nitelikte olup suç teşkil edeceğini ve hangi fiile hangi müeyyidenin uygulanacağını kanunda açıkça belirtmesi aslında ceza kanununa hakim olan “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesinin temel bir gereğidir. Bu ilkenin temeli Anayasa'nın 38. maddesinde “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” demek suretiyle vurgulanmıştır.^[6]

[4] Demet Akdeniz, “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevi Unsur,” *Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 5, no. 1 (2018): 91.

[5] Yusuf Karakoç, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 1273-1275; Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 2. Baskı, (Ankara: Yetkin, 2019), 82-83; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Yargılama ve Tahsil Hukuku)*, 47. Baskı, (Ankara: Savaş, 2019), 100; Yusuf Ziya Taşkan, *Vergi Hukuku*, (Ankara: Adalet, 2018), 312-313.

[6] Anayasa'nın 73. maddesinde “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” denerek vergilerin kanuniliği açık bir

Yine Vergi Usul Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte 331. maddede “*Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.*” şeklinde dolaylı yoldan bir düzenleme bulunmaktadır. Hal böyle iken Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmü gereğince Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hükümler vergi suç ve cezaları bakımından yol gösterici olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. İdarenin genel düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” denerek benzer bir şekilde kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine vurgu yapılmaktadır. Türk Ceza Kanunu'ndaki bu hükümleri vergi suç ve cezaları bakımından da geçerli nitelikte olan genel hükümler olarak kabul edilmesi gerekir.^[7] Çünkü kanun koyucu bu hükümler vasıtasıyla Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri ile özel kanunlarda yer alan suç tipleri arasındaki ilişkiyi ortaya koymak istemiştir. Bu şekilde farklı kanunlarda yer alan çeşitli suç tiplerinin suç genel teorisi anlamında yeknesak bir uygulamaya tabi olması istenmiştir.

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin birinci fıkrasında “*Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz.*” düzenlemesiyle cezaların kanuniliği vurgulanmıştır.

Son olarak kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine ilişkin iki temel hususu ifade etmek gerekirse: Bunlardan ilki kişinin hangi fiilinin hukuka aykırı nitelikte olduğunu ve suç teşkil ettiğini önceden bilmek hakkına sahip olmasıdır. Yine kişinin hukuka aykırı nitelikteki fiiline uygulanacak cezaı yaptırımın/

şekilde düzenlenmiş olsa da Anayasa'da vergi suç ve cezalarına ilişkin doğrudan ve açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

[7] Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, 9. Baskı (Bursa: Ekin, 2016), 9.

güvenlik tedbirinin ne olacağına kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle suçun ve suça uygulanacak ceza veya güvenlik tedbirinin kanunda belirtilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda kanun hükmünün açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması da gerekmektedir. Ancak bu şekilde temel hak ve özgürlükler kanunlar karşısında güvence altına alınabilecektir.

Bir hukuk devletinin sağlaması gereken hukuki güvenlik; devletin kişiler karşısında tek tarafı düzenleme yapmasının önüne geçerek bu şekilde tesis edilecektir. Bu nedenle yorum veyahut kıyas yoluyla suçun unsurları genişletilip değiştirilemeyecek bu şekilde hukuki belirlilik mümkün hale gelecektir.

Burada sınırların belirlenmesinde ölçülülük ilkesi önem arz etmektedir. Çünkü kanundan kaynaklı sınırlamalar sonsuz olmayıp öze dokunma yasağı ve ölçülülük ile sınırlandırılmaktadır. *Ölçülülük ilkesi* genel olarak “sınırlamada başvurulmuş aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacını gerçekleştirme bakımından gerekli olmasını ve amaçla aracın birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması” anlamına gelmektedir. Bu ilkenin temel sonucu olarak getirilen hukuki sınırlamada elverişlilik, gereklilik ve orantılılık hususlarının mevcut olması gerekmektedir.^[8] Görüldüğü üzere vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesi birçok ilke ile ilişkili bir niteliğe sahiptir.

II. MANEVİ UNSUR

Suç genel teorisi gereği; bir fiilin cezalandırılabilmesi için öncelikle tipe uygun olması gerekmektedir. Tipe uygunluktan genel olarak anlaşılması gereken fiilin kanuni tanımda yer alan özelliklere sahip olması ve netice ile arasında nedensellik bağlantısının bulunmasıyla suçun manevi unsurunun mevcut olmasıdır. Tipe uygun fiilin cezalandırılabilmesi için aynı zamanda hukuka aykırı olması ve failin kusurunun bulunması gerekmektedir.^[9]

[8] Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 76-78; Mehmet Yüce, *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sabte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, (Ankara: Adalet, 2018), 3; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 11; Murat Batı, “213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçu ve Cezai Sorumluluğu,” *Vergi Dünyası* 36, no. 421 (Eylül 2016): 26.

[9] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2020), 207.

Suçun manevi unsuru genel olarak işlenen fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade etmektedir.^[10] Başka bir deyişle suçtan söz edilebilmesi için fail ile fiil arasında objektif bir bağın varlığıyla birlikte failin fiil ile arasında subjektif-psişik bir bağın da bulunması gerekmektedir.^[11]

Suçun manevi unsuru ile kusurluluk birbirinden farklı hususlardır. Suçun manevi unsuru fiilin tipikliğine ilişkin olup yokluğunda suç oluşmayacaktır. Kusurluluk ise suçun oluşup oluşmamasıyla ilgili olmayıp tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin cezalandırılabilirliğine ilişkindir. Kusursuz suç ve ceza olamayacağı için failin somut olayda kusuru yok ise cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Failin kusurlu kabul edilebilmesi kusur yeteneğinin bulunması ve kusurluluğu kaldıran hallerden birinin somut olayda gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.^[12]

Suçun manevi unsuru dediğimizde suçun subjektif unsurları olan kast ve taksir üzerinde durulması gerekir. İfade etmek gerekir ki kastın çifte fonksiyonu bulunup bir yönüyle tipikliğin unsuru iken bir yönüyle kusur şeklindedir.^[13] Kast Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasında "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" olarak tanımlanmıştır. Burada tanımlanan genel kast/doğrudan kast olup^[14] 21. maddenin ikinci fıkrasında "*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hali*" olarak

[10] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı (Ankara: Seçkin, 2020), 55.

[11] Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2019), 276.

[12] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 355.

[13] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 255-256.

[14] "...5237 sayılı TCK'nın "Kast" başlıklı 21. maddesi; "(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde doğrudan kast tanımlanmış, Buna göre, doğrudan kast, öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup, kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini bilmesi ve istemesi halinde doğrudan kastla hareket etmiş olacaktır..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu., E. 2014/200, K. 2016/250, 10.05.2016 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

olası kast tanımı yapılmıştır. Kanuni tanımından hareketle failin kastından söz edilebilmesi için tipe uygun ve hukuka aykırı fiili “bilerek” ve “isteyerek” gerçekleştirmesi gerekmektedir. Yine aynı hükümde “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” denerek suçun oluşabilmesi için kural olarak kastın gerekli olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte kanunda belirtilen istisnai hallerde suçun taksirle işlenmesi de mümkündür.

Taksir ise Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde kast gibi açık bir şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımda yer alan taksir basit/bilinçsiz taksir olup 22. maddenin üçüncü fıkrasında “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali*” olarak bilinçli taksir tanımına yer verilmiştir.

Bilinçli taksir ile olası kastın kanuni tanımları neticenin öngörülmesi bakımından benzerlik gösterse de birbirinden farklı hususlardır. Bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine karşın neticenin gerçekleşmesini istemekte ve neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir inançla hareket etmektedir. Olası kastta ise fail neticeyi öngörmekte ve neticenin gerçekleşmesini önemsememektedir. Bir nevi “*netice gerçekleşirse gerçekleşsin*” şeklinde hareket etmektedir.^[15]

III. SAHTE VEYA MUHTEVİYATİ İTİBARIYLA YANILTICI BELGE DÜZENLEME VEYA KULLANMA SUÇLARI

A) GENEL AÇIKLAMA

Muhteviyatı itibariyle yaniltıcı belge düzenleme ve kullanma suçları Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin a fıkrasının ikinci bendinde “*Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yaniltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde suç olarak düzenlemiştir. Kanun hükmünde görüldüğü üzere defter, kayıt ve belgelerin tahrif edilmesi veya gizlenmesi ayrı bir suç tipi olarak düzenlenirken

[15] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 268-269.

muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenlenmesi veya kullanılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.^[16]

Yine aynı hükmün b fıkrasında ise “*Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapıtlar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denerek sahte belge düzenleme veya kullanma fiilleri suç olarak kabul edilmiştir.

Hükümlerde düzenlemek ve kullanmak şeklinde iki farklı seçimlik hareket düzenlenmiştir. Bu nedenle seçimlik hareketli olan bu suç tipi bakımından vergi ziyat sonucu ayrıca aranmadığı için sırf hareket ve tehlike suçu niteliğindedir.^[17] Nitekim Vergi Usul Kanunu madde 359’un gerekçesi de dikkate alındığından topluma karşı işlenen, mali sistemin, otoritenin ve belge düzeninin zayıflatılmasına yönelik bir suç tipi düzenlemesi olduğu görülmektedir.^[18]

Muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin a fıkrasının iki numaralı bendinde “*Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgedir.*” şeklinde açıklanmıştır. Doktrinde “muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge” kavramının vergi hukukuna özgü bir kavram olmakla birlikte ceza hukukunda genel olarak sahtecilik olarak nitelendirilen eylemleri de içine

[16] Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2019), 335-341.

[17] S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Türkmen, 2013), 357; Turgut Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, (Ankara: Yetkin, 2022), 258; Aydın Cengiz ve Ömer Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, (İstanbul: Vedat, 2017), 91; Mustafa Özen, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, 2. Baskı (Ankara: Adalet, 2018), 42; Sedat Apak, “Sahte Belge Kullanma Suçunda “Manevi Unsur” Hakkında Değerlendirmeler,” *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 349 (Ekim, 2017): 33.

[18] Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2019), 438.

aldığı, bu nedenle içerik olarak sahte belgenin cezalandırılması ile arasında hukuki yarar açısından bir fark olmadığı ifade edilmektedir.^[19]

Sahte belge ise; Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin b bendinde “Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belge” olarak açıklanmıştır. Burada görüldüğü üzere muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge sahte belgeden farklı olarak gerçek işleme dayanmakta ve gerçekleşen bir olayı veya işlemi gerçekte olduğundan farklı göstermektedir^[20]. Bununla birlikte belge üzerinde yer alan mahiyet ya da miktara ilişkin bilgilerin bazıları gerçeği yansıtmamaktadır. Belgelerin asıl veya suretlerinin sahte olarak düzenlenmesi sahte belgeyi ilk defa meydana getirmek demektir.^[21]

Muhteviyatı itibariyle gerçeğe aykırılık ise iki türlü olup bunlardan ilki mahiyeti itibariyle gerçeğe aykırılık (lehine fatura düzenlenenin adresinin ya da mükellef sicil numarasının gerçek olmaması) iken diğeri miktarı itibariyle gerçeğe aykırılıktır.^[22]

Burada suçun oluşması için temel şartlardan biri belgenin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olması ya da “*sahtelik*” unsurunu barındırması

[19] Mahmut Kaşıkçı, “Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları,” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999), 286.

[20] Kaşıkçı, *Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 287.

[21] Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 312, 317.

“Konya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 21/10/2010 tarihli ve 2010/18683 Esas sayılı iddianamesinde sevk maddesi olarak VUK'nin 359/a-2 maddesi gösterilmiş ise de, iddianame anlatımına göre vergi suçu raporu ve mütalaaya uygun olarak sanık hakkında “2006 takvim yılında sahte fatura kullanmak” suçundan kamu davası açıldığı; 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b-1 maddesinde düzenlenen “sahte fatura kullanmak” suçu ile 359/a-2 maddesinde düzenlenen “muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma” suçunun birbirinden farklı ve bağımsız suçlar olduğu gözetilmeden, dava konusu olmayan “muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma” suçundan hüküm kurulması...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2017/7883, K. 2019/372, 14.1.2019 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[22] Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 312-313; Ahmet Emrah Geçer, *Vergi Usul Kanunu'nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibari ile Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 132-133.

gerekmektedir. Burada sahtelik unsurunu barındıran belgeden anlaşılması gereken gerçek işlem veya durumun olmadığı halde bunlar varmış gibi belge düzenlenmesi halidir.^[23] Doktrinde sahtecilik unsurunun; belirsiz ve normal zeka düzeyindeki kişiler için değil muhasebe tekniklerini bilen

[23] Kaşıkçı, *Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 287-288; Taşkan, *Vergi Hukuku*, 332; Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 258.

“Vergi belgelerindeki sahteciliğin amacı; düzenleyen için komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak veya vergi doğuran faaliyetini vergi dairesi bilgisi dışında tutarak vergi ödememek; kullanan için ise gideri fazla gösterip matrahı düşürmek, dolayısıyla vergiyi az ödemek veya hiç ödememek ya da hakkı olmayan vergi iadesi veya indiriminden yararlanmaktır. Bu bağlamda, gerçeğe aykırılık olgusu olarak sahtecilik amaç değil, araçtır.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde sahte belgenin tanımı yapılmıştır. Buna göre; gerçek bir muamele veya durum olmadığı hâlde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir. Örneğin, satın alınmayan mal veya hizmetin alınmış gibi fatura düzenlenmesi faaliyeti sahtecilik, düzenlenen fatura da sahte belgedir. Madde metninde sahte belge tanımı yapılırken özellikle belge içeriğinin gerçeğe aykırı düzenlenmesinden bahsedilmektedir. Sahte olarak basılmış ya da mükellefin rızası dışında mükelleften elde edilmiş belgeler de sahte belgedir, ancak bu şekilde maddi olarak yapılan sahteciliklerde dahi sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarının özelliği nedeniyle belgenin, gerçek bir muamele veya durum olmadığı hâlde bunlar varmış gibi düzenlenmesi gerekmektedir.

Belgenin asıl ve suretinde yapılan sahtecilik arasında fark olmayıp sahtecilik kısmen veya tamamen yapılabilir. Tamamen sahtecilik, gerçekte olmayan bir vergi olayının varmış gibi belgeye yansıtılmasıdır. Kısmen sahtecilik ise, gerçek ve gerçek olmayan muamele veya durumların aynı belgede yer alması hâlidir. Örneğin; gerçek emtia satışı için düzenlenen faturada, ayrıca yapılmayan emtia satışının da gösterilmesi gibi.

Kısmen sahte belge ile muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgeyi karıştırmamak gerekir. Yanılıcı belgede, gerçek muamele veya durum mevcut olmakla birlikte bunların mahiyet veya miktarında gerçeğe aykırılık vardır. Kısmen sahte belgede ise gerçeğin yanında gerçek olmayan muamele ve durum veya yanılıcı niteliği kabule yol açan mahiyet ve miktar dışında ve bunları aşan gerçeğe aykırılık söz konusudur.

Bu itibarla, belgesiz yapılan alım ve hizmetlerin başka bir mükellefin belgesiyle veya sahte belgeyle belgelendirilmesi hâlinde belgenin gerçek bir muamele veya duruma dayanmadığından sahte olduğunun kabulü gerekir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/21-396, K. 2019/567, 26.09.2019, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

ve Vergi Hukuku'na hakim olan kimseler için yanıltıcılık kabiliyeti olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.^[24]

Somut olayda belgenin sahteliği tespit edilirken varsayıma dayalı bir şekilde hareket edilmemesi yanıltıcılık unsurunun kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir.^[25] Sahte belge düzenleyen ya da kullanan kişinin kayıtlı bir mükellef olması gerekmele birlikte adına sahte belge düzenlenen ya da kullanan kişinin mükellef olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü başkası adına düzenlenen sahte belgeyi bir mükellefin bilerek kullanması da bu suç tipi kapsamında cezalandırılmaktadır.^[26] Yine burada gerek muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin gerek sahte belgenin düzenlemeye yetkili bir kişi tarafından düzenlenmesi aranmaktadır. Düzenlemeye yetkili olmayan bir kimsenin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı veya sahte bir belgeyi düzenlemesi halinde Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddenin b fıkrasında yer alan "*Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmü gereğince belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar somut olayın özelliklerine

[24] Kaşıkçı, *Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 287.

[25] "Olayda, her ne kadar (...) Ltd. Sti. ve Tasfiye Halinde (...) Ltd. Sti. hakkında yapılan tespitlere göre, anılan şirketlerin sahte fatura düzenlediği konusunda kuşkular bulunmakta ise de, anılan şirketlerin düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu şeklinde bir genelleme yapılması mümkün olmayıp, anılan şirketlerin davacı adına düzenlediği faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu hususunun açık ve somut bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir...". Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/7281, K. 2012/2865, 23.05.2012, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[26] Hakan Arslaner, *Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları*, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017), 122.

göre Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesinde^[27] düzenlenen özel belgede sahtecilik suçundan sorumlu olabilecektir.^[28]

Uygulamada belgenin nitelendirilmesi yapılırken farklı yaklaşımların olduğu görülmektedir. Bazı durumlarda biri tarafından muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge olarak kabul edilen bir belge bir başkası tarafından sahte belge olarak nitelendirilmektedir. İşte bu niteleme farklılığı uygulama ve yargılamada farklı sonuçlara sebebiyet vermektedir. Çünkü, Vergi Usul Kanunu madde 359/a-2 gereğince bir belge için *muhteviyatı itibariyle yanılıcı* diyorsak hükmedilecek ceza *on sekiz aydan beş yıla kadar iken* belgeyi *sahte belge olarak nitelendirirsek* hükmedilecek ceza üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası olacaktır. Örneğin; bedeli ödenerek gerçekleşen bir emtia alım-satım işleminde bedelin ödendiğini ortaya koyan firma faturasının düzenleyen bakımından sahteliği iddia edilebilse de kullanan mükellef bakımından mutlaka sahte olduğu varsayımına ulaşılamaz. Çünkü somut olayda mal alınmış olup satış bedeli faturayı düzenleyene ödenmiştir. Hal böyle iken malın başkası tarafından satın alındığının ispatı “İdareye-Cumhuriyet Savcısına” ait olacaktır. Aksi halde varsayımına dayalı olarak karar verileceği sonucuna ulaşılabilecek olup kabulü mümkün değildir.^[29]

[27] “Özel belgede sahtecilik

Madde 207- (1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”

[28] Özen, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri, 43-44.

[29] Yusuf Karakoç, “Vergi Ceza Hukukuna İlişkin Tesbit ve Öneriler,” Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları No: 63, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1, Nisan 2020), 344-345.

B) SUÇUN MANEVİ UNSURU

1- Genel Olarak

Manevi unsur bakımından önem arz eden ilk husus 4369 sayılı Kanunun^[30] 14. maddesiyle yapılan değişiklikle; suç düzenlemesinden “*bilerek*” ifadesi kaldırılmış olmasıdır. Bu ifadenin kanun hükmünden kaldırılması doktrinde bu suç bakımından kastın artık aranamayacağına dair bir görüşün doğmasına neden olmuştur.^[31] Bununla birlikte zaman içerisinde doktrinde bu konuda görüş birliği sağlandığı söylenebilir.

Doktrinde bizim de katıldığımız hakim görüşe göre; kanun hükmünden “*bilerek*” ifadesinin çıkarılması bu suç bakımından kast unsurunun ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Nitekim 4369 sayılı Kanun’un değişiklik getiren hükmünün gerekçesinde

“... Bilindiği gibi genel olarak hukukta cezayı gerektiren fiillerde aranan temel öge bu fiillerin kasıt unsuru taşıyıp taşımadığıdır. Kasıt unsuru, fiili cürüm haline çevirir. Kastın söz konusu olmadığı hallerde kabahatten ve kusurdan (taksirden) söz edilebilir. Ne var ki, bazı fiiller doğrudan mali sistemin, belge düzeninin ve mali otoritenin zayıflamasına ve hatta çökertilmesine yönelik, bireysel veya örgütsel suç niteliğinde olabilir. Muhasebe hileleri, defter ve belgelerin gizlenmesi ya da yok edilmesi, denetim ve kontrolden kaçınmak amaçlı davranışlar ve sahte ve içerik açısından yanıltıcı belge düzenleyip kullanmak gibi fiiller bu kategoride sayılabilir. Bu nevi fiillerin ortak özelliği niyet, amaç ve plan unsurunu taşımalarıdır. Bu üç unsur fiilde kastın varlığını ortaya koyar. Yapılan bu düzenleme

[30] 22.07.1998 tarih ve 4369 sayılı Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Gider Vergileri Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu, Veraset Ve İntikal Vergisi Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, 3505 Sayılı Kanun, Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun, Belediye Gelirleri Kanunu, 1318 ve 4208 Sayılı Kanunlar ile 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, (RG. 29.07.1998- 23417).

[31] Doktrinde “*bilerek*” ifadesinin hükümden kaldırılması nedeniyle burada artık kast unsurunun aranmasına gerek olmadığı ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Sacit Önen, *Genel Vergi Hukuku*, (Ankara: Detay Yayıncılık, 2017), 242.

ile kasıt unsuru taşıyan ve aynı zamanda nitelikli olan fiiller ile kabahat veya kusur sayılabilecek fiillerin ceza sistematığı değiştirilmekte, fiillere karşılık tertip olunan cezaların mahiyetleri farklılaştırılmaktadır.”

denerek bu suç bakımından kastın halen aranması gerektiği ifade edilmiştir.^[32] Her ne kadar kanun koyucu böyle bir düzenleme getirerek “*eylem ve ihlal var ise cezalandırırım*” şeklinde bir yaklaşım sergilemiş olsa da Türk Ceza Kanunu’nda yer alan genel hükümler gereğince kural olarak suçun manevi unsuru çerçevesinde kast unsuru her halde aranacak olup bununla ilgili kanunda ayrıca bir ibareye yer verilmesine gerek yoktur.^[33] Aksi bakış

[32] Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 27. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 217-218; Akdeniz, “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıtıcı Belge”, s. 99-100; Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 391.

[33] Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 329; Bilici, *Vergi Hukuku*, 125; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 404; Taşkan, *Vergi Hukuku*, 334; Arslaner, *Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları*, 117-118; Şükrü Kızılot ve Zuhâl Kızılot, *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, Genişletilmiş 3. Baskı, (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010), 525; M. Kamil Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006), 305; Ercan Sarıcaoğlu, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 210; Mehmet Yüce, *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıtıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 40-41; Özen, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, 43-44; Bekir Baykara, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Kast Unsuru 4369 Sayılı Kanun’la Kaldırıldı mı?,” *Maliye Postası*, no. 505, (15 Eylül, 2001): 2, http://www.baykaraymm.com/makaleler/makale/Vergi_Kacakciliginde_Kast_Kaldirildi_mi.doc, Erişim Tarihi: 01.06.2021; Apak, “Sahte Belge Kullanma”, 32; Ali Çakmakçı ve Semra Köseer, *213 sayılı VUK ve 5237 Sayılı TCK’ya göre Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 183-184; Burak Aslanpınar, *TCK’nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 124-125; Mehmet Yüce, *Örnek Uygulamalarla Vergi Dava Rehberi*, 2. Baskı, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017), 688-690; Pınar Ertek, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Kast Unsuru,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019), 77; Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 312.

Candan’a göre; “bilerek” ibaresinin çıkarılması yalnızca ispat yükünü ters çevirmiş olup suçun manevi unsuru bakımından bir etkisi olmamıştır. Bkz. *Candan, Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 264-265.

açısı cezaların şahsiliğine aykırılık teşkil edecek olup modern ceza hukukunda yer alan kusurlu sorumluluğun yok sayılması anlamına gelecektir.^[34]

Paralel görüşte olan *Batı*'ya göre;^[35] kanun koyucu hükümde yer alan “*bilerek*” ifadesini kaldırarak bu suç bakımından kast unsurunun aranmama-

Doktrinde Taştan'a göre; VUK m. 10'da “Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.” demek suretiyle tüzel kişiler bakımından kusur sorumluluğu belirlenirken gerçek kişiler bakımından kusursuz sorumluluğun benimseneceğini ifade etmek isabetsiz olacaktır. Bakınız: Taştan, *Vergi Kaçakçılığı*, 23-24.

Yine paralel görüşte olan *Oktar'a göre; kanun koyucu “bilerek” ifadesine yer vererek kanuni karineye işaret etmekte ve fiilin sadece bilerek değil aynı zamanda isteyerek işlendiği anlamına gelmekteydi. Kanun koyucu bu ibareyi kanun hükmünden çıkarmış olsa da hükümde yer alan “kullanma” sözcüğü tek başına yine aynı anlamı taşımakta ve hükümde herhangi bir boşluk doğmamaktadır. Oktar, *Vergi Hukuku*, 373-374.*

“Olayda, davacı tarafından dava ve temyiz dilekçelerinde; S.Ç'den alınan fatura bedellerinin büyük kısmının bu kişi adına düzenlenen çeklerle ödendiği, bu çeklerin, vergi incelemesi sırasında vergi denetmeni tarafından ilgili bankadan yazılı olarak istenilmesi üzerine ilgili banka tarafından vergi denetmenine gönderildiği, ancak, vergi inceleme raporunda bu çekler hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, bu ödemelere ilişkin çeklerin birer örneğinin de vergi denetmeni tarafından kendilerine verildiği, çeklere bakıldığı takdirde çek bedellerinin bizzat (S.Ç.) tarafından tahsil edildiğinin görüleceği, fatura muhteviyatı malların İzmir'den Balıkesir'e sevk edildiği ve bunlara ilişkin sevk ve taşıma irsaliyelerinin mevcut olduğunun açıklandığı, ikinci dilekçesine bir kısım taşıma irsaliyelerinin eklendiği, vergi denetmenince ve Vergi Mahkemesince de bu belgelere ilişkin olarak herhangi bir incelemenin yapılmadığı, aksinin de belirtilmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacı tarafından katma değer vergisi indiriminde kullanılan ancak muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğu saptanan fatura bedellerinin büyük bir kısmı karşılığında davacı tarafından çek düzenlenmesi ve bu durumun da inceleme elemanına belirtilmesi nedeniyle davacı ihtilaflı faturalar karşılığında gerçekten mal aldığı, ancak muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğu saptanan bu faturaların bilmeden kullanıldığı sonuç ve kanaatine varıldığından, cezanın bir kata indirilmesi gerekirken, üç kat olarak onanmasında isabet görülmemiştir.” Danıştay 9. Dairesi, E. 2009/1991, K. 2010/267, 27.01.2010, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[34] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 93, 295-296.

[35] *Batı*, “213 Sayılı,” 36.

sını hedeflemiştir. Bununla birlikte kanun koyucu 4369 sayılı Kanun'un 14. maddesinin gerekçesinde “*niyet, amaç ve plan*” diyerek aslında kastın varlığını kabul etmektedir. Kanun koyucunun hükmün gerekçesinde belirttiği niyet, amaç, plan gibi unsurlar aslında Türk Ceza Kanunu madde 61 anlamında cezanın bireyselleştirilmesi bakımından önem arz edecek olup suçla ilişkin fiilin kasıt unsuru, niyet ya da meydana gelen zararın boyutu gibi hususlar cezasının alt ve üst sınırlarının belirlenmesi bakımından dikkate alınacaktır.

Kanaatimizce bu görüşün gerekçesi isabetsizdir. Öncelikle yazar kanun koyucunun “*niyet, amaç ve plan*” diyerek aslında kastın varlığını işaret ettiğini belirtse de kast ve taksir Türk Ceza Kanunu madde 61 çerçevesinde temel cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınacak unsurlar değildir. Kast ve taksir suçun manevi unsuru olup tipikliğe ilişkin hususlardır. Bu nedenle “*kasıt unsuru*” cezasının alt ve üst sınırlarının belirlenmesi bakımından dikkate alınan bir husus değildir. Kanun koyucu Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin 2. fıkrasında “*Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.*” diyerek olası kast ya da bilinçli taksiri bir indirim ya da artırım nedeni olarak görmektedir. Bununla birlikte üçüncü fıkrada “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.*” gereğince suçun unsuru olarak kabul edilen bir hususun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağına açık bir şekilde belirtmiştir^[36].

Bu suç bakımından kastın aranıp aranmayacağına ilişkin tartışmalara değindikten sonra ifade etmek gerekir ki bu suç tipinde vergi ziyai şartı aranmadığı için genel kast yeterli olup özel kast aranmamaktadır. Ayrıca kanunda bu suç bakımından açık bir düzenleme bulunmadığı için bu suçun taksir ile işlenebilmesi mümkün değildir.^[37]

[36] Yine paralel görüşte olan *Apak'a* göre; 306 No'lu VUK Genel Tebliği ile bu suç tipinin manevi unsuru bakımından ortaya çıkan sorunlar sonradan giderilmeye çalışılsa da kast unsurunun varlığı kanunda yer almalıdır. Aksi takdirde kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kanaatimizce bu görüş kendi içerisinde çalışmaktadır. Yazar bir yandan kast unsurunun Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince bu suç bakımından da aranacağını açık bir şekilde ifade ederken öte yandan kast unsurunun kanunda açıkça belirtilmemesinin bir eksiklik olduğunu ifade etmektedir.

[37] Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 313, 326-327; Saban, *Vergi Hukuku*, 444; Arslaner, *Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları*, 117-118; Taştan, *Vergi Kaçakçılığı*, 23-24;

Bu genel açıklamalarla birlikte uygulamada bu suç tipinde manevi unsur nasıl tespit edildiği önem arz eden bir başka konudur. Bu nedenle suç düzenlemesinde yer alan kullanma ve düzenleme fiillerini ayrı ayrı ele alarak bu suçun manevi unsurunun nasıl tespit edileceğine değinmek gerekir.

2- Sahte Belge/Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanan Mükellefler Bakımından Manevi Unsur

Sahte/ muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanan mükellefler bakımından manevi unsurun tespitinde, mükellefin basiretli bir tacir olup olmaması, belgenin sahteliği, mükellefin belgenin gerçek mahiyetini anlayabilecek durumda olup olmaması gibi hususları değerlendirerek mükellefin *yeterli dikkat ve özeni gösterse idi belgenin sahte olduğunu bilecek durumda olması* ve *buna rağmen belgenin sahte olduğunu bilerek kullanması* halinde artık kasten hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Doktrinde dikkat ve özenden anlaşılması gerekenin “*mükellefin basiretli bir tacir ve sağduyulu bir insan olarak kendisinden beklenen dikkat ve araştırma ile suça konu belgenin sıhhati üzerinden kuşkunun giderilebilmesi, belgenin sahte*

Oktar, *Vergi Hukuku*, 374; Cengiz ve Kılıç, 93; Kızılot ve Kızılot, *Kaçakçılık Suçları*, 525; Çakmakçı ve Köseer, *213 sayılı VUK*, 183-184; Aslanpınar, *Vergi Kaçakçılığı*, 127-128; Sarıcaoğlu, *Vergi Suç ve Kabahatleri*, 211-212; Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 307; Yüce, *Vergi Kaçakçılığı*, 44; Özen, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, 67-68;

Doktrinde *Mutluer'e* göre vergi ziyanının suçun oluşması bakımından arandığı hallerde özel kast aranmadığı hallerde genel kast vergi kaçakçılığı suçlarının oluşması bakımından yeterli olacaktır. Bkz. Mutluer, *Vergi Genel*, 307

Doktrinde *Şenyüz'e* göre; eskiden hükümde yer alan “bilerek” ifadesi özel kastın varlığına işaret etmekte idi. Bu ibarenin kanun hükmünden kaldırılması suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğunu vurgulamak içindir. Bkz. Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 404; Hatice Ela, *Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 913.

Doktrinde Geçer'e göre; bu suç tipi bakımından özel kast düzenlemesi getirilmelidir. Yazara göre örneğin; sahte belge düzenleyerek veyahut kullanarak matrahın yükseltilip daha fazla vergi ödenmesi halinde vergi kaçakçılığı suçundan cezalandırılmak eleştiriye açık bir husustur. Bkz. Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 308.

olabileceğini bilebilecek ve anlayabilecek durumda olunması” olduğu ifade edilmektedir.^[38]

Somut olayda güçlü kanıtlar olmasına karşın mükellefin soyut bir şekilde “*belgenin sahte olduğunu bilmiyordum*” şeklindeki beyanları “*soyut inkar*”^[39] niteliğinde olduğu için dikkate alınmamalıdır.^[40] Örneğin; akaryakıt ticareti yapan bir mükellefin aldığı akaryakıt için piyasadan sahte fatura temin ederek kullanması halinde sahte fatura kullandığını bilmediğine ilişkin iddiasının dikkate alınmaması gerekmektedir.^[41] Bununla beraber kastın varlığından söz edebilmek için mükellefin belgenin sahteliğini “*bilmesi ve istemesi*” gerekmektedir. Bir başka deyişle mükellefin belgenin sahteliğini bildiği ve kullanmak istediğini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya koymak gerekmektedir.^[42] Nitekim satıcı tarafından alıcıya başka birine ait belge

[38] Budak, “Sahte Fatura,” 11.

[39] “... faturaları düzenleyen ... ve ... arasında gerçek bir mal alış verisinin bulunmadığı, faturaların gerçek bir muamele veya duruma dayanmadığı, alınan faturaların yevmiye defterine gider olarak kaydedilmesi ve KDV indiriminde kullanılması nedeniyle vergi ziyatına neden olunduğu, sanık tarafından sahte faturaların bilerek kullanılmadığı savunulmuş ise de; faturaların sayısı, miktarı, alındıkları firmaların farklılıkları, bu firma ve kişilerle gerçek bir mal ve hizmet alışverişinin olmaması birlikte değerlendirildiğinde, savunmanın dosya içeriğine uygun olmayıp, soyut inkardan ibaret olduğu, ayrıca Yerel Mahkemece Danıştay incelemesinden geçmek suretiyle kesinleşen vergi mahkemesi kararlarına dayanılarak beraat kararı verilmiş ise de; bu eylemler nedeniyle vergi kaybına neden olunduğunun, kesinleşen vergi mahkemesi kararları ile de saptandığı, <faturaların bilerek ve istenerek kullanılmadığı yönündeki gerekçenin suçun manevi ögesiyle ilgili olduğu ve oluşup oluşmadığının ceza mahkemesince değerlendirileceği, toplanan kanıtlardan sanığın 1995 ve 1996 yıllarında sahte faturaları bilerek kullanmak suretiyle vergi kaybına neden olduğu, atılı suçun tüm öğeleriyle oluştuğu anlaşılmaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2001/11-213, K. 2001/219, 16.10.2011, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[40] Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 315; Akdeniz, “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge,” 99-100.

[41] Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 315-316.

[42] “... Davacı tarafından katma değer vergisi indiriminde kullanılan ancak muhteviyatı itibariyle yanılıcı olduğu saptanan fatura bedellerinin büyük bir kısmı karşılığında davacı tarafından çek düzenlenmesi ve bu durumun da inceleme elemanına belirtilmesi nedeniyle davacı ihtilaflı faturalar karşılığında gerçekten mal aldığı,

verilmesi yaygın bir uygulama olduğu için bu gibi hallerde satıcı o belgenin başkasına ait olduğunu bilmiyorsa kastın varlığından söz edilemeyecektir.^[43]

Doğrudan vergi ceza hukukuna ilişkin olmamakla birlikte sahte belge kullanımının tespitine ilişkin uygulamada yer verilen bir usule kısaca değinecek olursak: Sahte belge kullandığı tespit edilen mükelleflere vergi idaresi yazılı bildirimde bulunarak 15 gün içerisinde bu belgenin gerçekliğini ortaya koyabileceklerini bildirir. Bu süre içerisinde işlemin gerçekliğini KDV Genel Uygulama Tebliği^[44] IV/E/5 bölümündeki açıklamalara göre^[45] ispat eden mükellefler artık aynı Tebliğin özel esaslar hükümlerine tabi olmayacaklardır.

Uygulamada genellikle bu süreç içerisinde mükellefler belgenin sahteliğini bilmediklerini veyahut belgenin gerçekliğini ispatlamak adına sahte belgeye

ancak muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu saptanan bu faturaların bilmeden kullanıldığı sonuç ve kanaatine varıldığından, cezanın bir kata indirilmesi gerekirken, üç kat olarak onanmasında isabet görülmemiştir.” Danıştay 9. Dairesi, E. 2009/1991, K. 2010/267, 27.01.2010 Aynı yönde bakınız: Danıştay 9. Daire, 2009/2070 E., 2010/269 K., 27.01.2010, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[43] Karakoç, “Tesbit ve Öneriler,” 344-345; Akdeniz, “Sahte ve Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge,” 100; Aslanpınar, *Vergi Kaçakçılığı*, 124-125.

[44] Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği (26.4.2014 tarih ve RG: 28983).

[45] “4.5. Haklarında Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Kullanma Tespiti Bulunanlar *Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma tespiti, bir mükellefin muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullandığının diğer kişi, işletme veya kurumlar hakkında yapılmakta olan araştırma ve incelemeler sırasında yahut yetkili makamların (Maliye Bakanlığının ilgili birimleri dahil) yazıyla bildirmesi üzerine vergi dairesinin itilama girmesidir. Bu kapsamda öncelikle belgenin muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğunun, sonrasında ise mükellefin bu belgede yer alan KDV’yi indirim konusu yaptığının net olarak tespit edilmesi gerekir.*

Haklarında muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılmasına yönelik olumsuz tespit bulunan mükellefler kendi durumlarından haberdar edilerek kendilerine 15 gün içinde olumsuzluğu giderebilecekleri bildirilir.

Verilen süre içerisinde belgenin işlemi mahiyet ve miktar itibarıyla doğru olarak yansıttığını Tebliğin (IV/E/5) bölümündeki açıklamalara göre ispat eden veya söz konusu belgede yazılı KDV tutarını indirim hesaplarından çıkarmak suretiyle beyanını düzelten mükellefler özel esaslar kapsamına alınmaz.

Kendilerine tanınan 15 günlük süre içerisinde yukarıda belirttiği şekilde olumsuzluğu gidermeyen mükellefler tespit yapıldığı tarih itibarıyla özel esaslar kapsamına alınır.”

konu hizmet ya da alımının gerçekliğini ortaya koymak için belgeye konu işlemin ödenmesi, taşınması veyahut depolanması gibi hususlara ilişkin belgeleri delil olarak ibraz etmektedirler. Örneğin; sözleşme, sipariş fişi, teklif mektubu, nama yazılı çek, banka hesap hareketleri ya da bir nakliye şirketi ise sevk irsaliyesi, çekim listesi, ücret bordrosu, günlük müşteri listesi, perakende satış vesikası, makineli kasaların kayıt ruloları, serbest meslek makbuzu, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, akaryakıt faturaları gibi belgeleri delil olarak sunması gibi.^[46] Fakat bu tarz belgelerin ibraz edilmesi tek başına sahte belgeye konu işlemin gerçekliğini ispat etmemektedir. Bu hususlar manevi unsurun tespitinden ziyade suçun hareket unsurunun tespitine ilişkindir.

Nitekim uygulamada bu süreçlere dair belgelerin de sahte belge düzenleyenlerle beraber birlik içerisinde düzenlendiği görülmektedir. Bu şekilde sahte belgeye konu alışverişin gerçekmiş gibi belgelenmesi göstermektedir ki bu belgelerin sunulması tek başına kast unsurunun tespiti için yeterli olmamalıdır.^[47] Hal böyle iken bu belgelerin ibrazı başlı başına yeterli olmayıp somut olayda aşağıda belirtilen hususların da ele alınarak bütüncül bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.^[48]

Mükellefin sahte belge/muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanması bakımından önem arz eden bir diğer husus belgenin sahteliğinin/yanılıcılığının nasıl tespit edileceğidir. Bu noktada uygulamada;

— Belgeyi düzenleyen faaliyetinin konusu

[46] Çakmakçı ve Köseer, 213 sayılı VUK, 205; Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 258; Kaneti, Ekmekci, Güneş ve Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, 284-290.

“Gerektiğinde, faturaların gerçek alım-satım karşılığı olup olmadığının belirlenmesi için;

aa) Faturayı düzenleyen şirkete ait mal ve para akışını gösteren sevk ve taşıma irsaliyelerinin, teslim ve teslim belgelerinin, bedelinin ödendiğine dair ticari teamüle uygun ve kanıtlanabilirliği olan banka hesaplarının ve kasa mevcuduyla uyumlu geçerli belgelerin; faturaları kullananlara ait yeterli mal girişi veya üretimi olup olmadığına dair belgelerin getirilmesi...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2016/10478, K. 2018/9216, 19.11.2018, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[47] Ertek, *Vergi Kaçakçılığı*, 81-82.

[48] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 299.

- Ödemenin şekli
- Mükellefin vergi ödeme gayretleri
- Sattığı mal/hizmet bakımından organizasyonu ve sahip olduğu ekipmanlar
- Yapılan alımların analizi
- Yapılan üretim ve iş hacmi
- Belgenin toplam alışlar içerisindeki yeri
- Belgenin kullanılma sıklığı
- Belgenin değer olarak yüksekliği
- Kredi kullanıp kullanılmadığı
- Vergi ödevlerinin yerine getirilmesindeki özen
- Alım/satım ilişkisinde olunan kişiler nezdinde yapılan karşıt inceleme ve tutanaklar
- Sermaye miktarı ve çalışan sayısı gibi birçok husus bütüncül bir şekilde ele alınarak sahte belgeye konu faaliyetin gerçekliği tespit edilecektir.^[49] Görüldüğü üzere belgenin sahteliği üzerinden failin kastı tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Buraya kadar açıklanan hususlara ek olarak bazı hususlar vardır ki somut olayda sahte belge kullanma kastını ortaya koymak adına yol gösterici niteliktedir. Bunlar:^[50]

[49] Çakmakçı ve Köseer, 213 sayılı VUK, 203-204; Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 264; Akdeniz, “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge”, 101; Ertek, *Vergi Kaçakçılığı*, 79, 91.

[50] “Sanık hakkında 2006, 2008 ve 2009 takvim yıllarında sahte fatura kullanmak suçlarından açılan kamu davasında; sanığın vergi müfettişleri tarafından yapılan denetim esnasında verdiği ifadesinde; faturalarda yazılı emtiaları faturalarda ünvanı yazılı firmalardan aldığını, evinin yakıt ihtiyacını karşıladığını, ödemeleri nakit olarak yaptığını, bunların faaliyetine dair giderler olmayıp yanlışlıkla kanuni defter ve beyanlarına yansıtıldığını, bu faturalarda gösterilen motorin miktarlarının kullandığı miktarlardan fazla olduğunu beyan ettiği, ancak soruşturma ve kovuşturma aşamasında verdiği ifadelerinde ise; söz konusu faturaların evrakı arasına ne şekilde girdiğini bilmediğini, ancak kesinlikle bilerek kullanmadığını beyan etmiş olması, ayrıca sahte fatura kullanmak suçunda suçun maddi konusunun fatura olması ve

— Sahte faturalarda mal/hizmetin mahiyeti

Sahte fatura kullanılması şüphesinin temel dayanak noktası, gerçek bir mal veya hizmet alımı bulunmamasıdır. Hal böyle iken faturaya konu mal veya hizmetin gerçek olup olmadığının tespiti için öncelikle fatura basım izinlerinin tespiti, defter ve belge incelemelerinin ardından incelemeye konu sahte faturalarda yer alan mal veya hizmetin mahiyetinin de ele alınması gerekmektedir^[51]. Uygulamada sıklıkla sahte faturalarda mükellefler

dosya arasında fatura örneklerine rastlanılmamış olması karşısında; gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi bakımından; her takvim yılına dair kanaat oluşturacak sayıda fatura asıl ya da onaylı örneklerinin dosya arasına alınması ve incelenerek kanunda öngörülen şekil şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi, sahte olduğu iddia edilen faturaları düzenleyen şirketler hakkında karşıt inceleme yapıldığı anlaşılmalı, haklarında kamu davası açılıp açılmadığının sorulması, açıldığının tespiti halinde dava dosyasına intikali sağlanarak ayrıntılı özeti tutanağa geçirilmesi ve bu davayı ilgilendiren bilgi ve belgelerin onaylı örneklerinin alınarak dosyaya konulması, gerektiğinde faturaları düzenleyen şirket yetkilileri veya kişiler de dinlenerek sözü edilen faturaları hangi hukuki ilişkiye dayanarak düzenlediklerinin sorulması, faturaların gerçek alım-satım karşılığı olup olmadığının belirlenmesi yönünden mal ve para akışını gösteren sevk ve taşıma irsaliyeleri, teslim ve tesellüm belgeleri, bedelinin ödendiğine dair ticari teamüle uygun, kanıtlama yeterliliği olan banka hesapları ve kasa mevcuduyla uyumlu geçerli belgeler, faturaları düzenleyenlerin yeterli mal girişi veya üretimi olup olmadığı da dikkate alınarak faturaları düzenleyen şirketler ile sanığın ticari defter ve belgeleri üzerinde gerekli görülmesi halinde karşılıklı bilirkişi incelemesi yaptırılmasından sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2016/4691, K. 2018/7239, 25.09.2018, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

- [51] “...yukarıda anılan kişi ve şirketin faaliyet konuları ile davacıya düzenledikleri fatura muhteviyatı malın uyumlu olduğu, faturalarının basım izinlerinin bulunduğu ve davacıya düzenledikleri faturaların bu faturalar içinde yer aldığı, inceleme elemanınca davacı tarafından malların gerçekten alındığının kabul edildiği ve gelir vergisi yönünden herhangi bir tarhiyatın önerilmediği, ...’nin davacıya fatura düzenlediği dönemlere ait katma değer vergisi beyannamelerini verdiği, ... Ltd. Şti. tarafından da davacıya 2002 yılında fatura düzenlediği halde davacı hakkında yapılan cezalı tarhiyata dayanak olarak bu şirketin 2001 yılına ait hesaplarının incelenmesi sonucu düzenlenen raporun esas alındığı, 2002 yılına ilişkin olarak herhangi bir tespit yapılmadığı, adresinde bulunmadığına ilişkin tespitlerin de davacıya fatura düzenlediği tarihten bir, bir buçuk yıl sonrasına ait olduğunun tespit edildiği, bunun yanı sıra, Vergi Tekniği Raporunda, ...’nin alışlarının %70’lik kısmının sahte

tarafından gerçek olmayan bir mal/hizmet faaliyet dayanak gösterildiği, mal/hizmet alımının gerçekleştiğine dair hareketlere yer verilmediği, sahte faturada yer alan mal veya hizmet alım satım miktarının, işletmenin faaliyet konusuyla uyuşmadığı veyahut iş gücünü aştığı görülmektedir^[52].

— Sahte faturaların toplam mal alışları arasındaki payı

Sahte faturaların toplam mal alışları arasındaki payı ele alınırken ayrıca sahte fatura kullanımının tekrarlanma sıklığı, fatura bedelinin yüksekliği veya kullanılan sahte fatura tutarının işletmenin bütün işlem hacmiyle kıyaslanması sonucu bulunan oranın çok yüksek olması gibi hususlar yine kastın belirlenmesine yol gösterici olacaktır. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki yalnızca oranları esas alıp kastı belirlemesi her daim yeterli olmayıp sektörel farklılıklar bakımından isabetli sonuçlar elde edilemeyecektir^[53].

fatura düzenleyen kişilere ait olduğunun belirtilmiş olmasının, davacıya düzenlenen faturaların da sahte olduklarını göstermeye yeterli görülmediği..., Danıştay 9. Daire, E. 2010/4492, K. 2012/3770, 7.6.2012, Çakmakçı ve Köseer, 213 sayılı VUK, 204-205; Ertek, *Vergi Kaçakçılığı*, 91-92; Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 318.

[52] Kendal Deniz ve Ufuk Gencil, “Vergi Kabahatleri Açısından Sahte Belge Düzenleme veya Kullanma Fiili ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *TAAD 11*, no. 39 (Temmuz 2019): 161.

[53] “... *Metal Harf. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. hakkında düzenlenen 23.10.2013 tarih ve VDENR-2013-A-1902/31 Sayılı vergi tekniği raporunda; mükellef şirketin 03.01.2008 tarihinde atık ve hurda toptan ticareti ile iştigal etmek üzere mükellefiyet tesis ettirdiği, şirket ortaklarının ortağı oldukları diğer şirketlerden bazıları hakkında sahte belge düzenlemekten dolayı raporlar bulunduğu, bazılarının ise sahte fatura düzenleme şüphesiyle özel esaslara tabi olduğu, şirket adresinde 09.01.2008 tarihinde yapılan yoklamada iş yerinin 500 m2 olup 50 m2’lik kısmının büro olarak kullanıldığı, aylık kirasının 400,00 TL olduğu, asgari ücretli 1 çalışanın bulunduğu, emtia bulunmadığı ancak demirbaş olarak bir adet vinç, 2 bilgisayar, telefon ve faks bulunduğu hususunun tespit edildiği, 20.10.2009 tarihli yoklamada şirketin adreste faal olduğu, 8 işçi çalıştırdığı ve başka bir şube veya deposunun bulunmadığı, 11.05.2011 tarihli yoklamada adreste faal olup 9 işçinin çalıştığı, aylık kirasının 500,00 TL olduğu deposunun bulunmadığı, aynı adreste ... Saç Tek. Hırd. Yapı El. San. ve Tic. Ltd. Şti.’nin de faaliyet gösterdiği, 20.02.2012 tarihli yoklamada adreste 11.10.2011 tarihinden bu yana başka bir mükellefin faaliyette bulunduğu hususlarının tespit edildiği, defter tasdikine dair bilgi bulunmadığı, vadesi geçmiş toplam 488.343,87 TL vergi borcu bulunduğu ancak 14.196,71 TL ödeme yapıldığı, 2010 yılı için 48.777.560,20 TL katma değer vergisi matrahına karşılık, indirilecek katma değer vergisi sebebiyle ödenmesi gereken katma değer*”

— Sahte faturalar için yapılan ödemelerin şekli

Günümüzde gelişen teknoloji ile ödeme şekli her ne kadar bankacılık hareketleri takip edilerek ispatlanabilse de uygulamada bu durum da sahte faturaya konu işlemi gerçekmiş gibi göstermek için kullanılabilir. Örneğin; mükellef sahte faturaya konu işleme ilişkin satış tutarını bir alıcının hesabına yatırmakta aynı gün alıcı bu tutarı çekip mükellefe iade etmektedir. Bu şekilde işlem her ne kadar görünürde gerçekmiş gibi görünse de sahte faturaya konu işlem yalnızca görünüşte mevcuttur. Uygulamada bu şekilde bir yol izlenmesine karşın Danıştay'ın yaklaşımı ödemelerin banka üzerinden para transferleri ve/veya çek ile yapılması halinde artık gerçek bir ödemenin kabul edilmesi gerektiği ve aksine ispat yükünün davacı idareye ait olduğu yönündedir.^[54]

vergisinin 1.392,42 TL çıktığı, Ba-Bs analizi sonucu, 2010 yılında mall/hizmet alışlarının % 99'luk kısmının toplam 3 mükelleften olduğu ve bunlar hakkında ilgili dönemde sahte belge düzenledikleri yönünde tespitler bulunduğu veya özel esaslara tabi olduğu, 2008/Aralık döneminden itibaren beyannamelerini veren muhasebecinin İzmir SMMM Odası ile yapılan yazışma neticesinde oda kaydının bulunmadığı, amortismanlarının artma veya azalma olmadan sürekli 1.000,00 TL olmasına rağmen 2010 yılı cirosununun 48.777.560,20 TL olduğu hususları tespit edildiğinden sahte fatura düzenleyicisi olduğu sonucuna varıldığı anlaşılmıştır. Olayda, davacıya fatura düzenleyen mükellefin, ihtilaflı dönemlerde faaliyet göstermediği ve gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasında bulunmaksızın sahte fatura düzenlediği hususu somut bir şekilde ortaya konulamamış olduğundan, davacının bu mükelleften aldığı faturalar sebebiyle tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer vergisinde ve davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”, Danıştay 9. Daire, E. 2015/1574, K. 2017/1948, 21.2.2017 www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[54] “... Dava dosyasına temyiz aşamasında eklenen ve davacının ... ve ...'a yaptığı ödemelere ilişkin banka dekontları, tekiye makbuzları ve ödemelerin muhtelif bankalara ait çeklerle yapıldığını gösterir banka bireysel müşteri hesap hareketlerine ilişkin dökümler ile davacının kaçakçılık suçundan yargılandığı Asliye Ceza Mahkemesince yaptırılan bilirkişi raporunun incelenmesinden, davacı tarafından ...'a yapılan toplam ödemelerin %79'unun, ...'a yapılan ödemelerin ise %36'sının bankalar aracılığıyla yapıldığı tespit edildiğinden, davacının fatura içeriği emtiaları gerçekten adı geçen kişilerden aldığı ve KDV'yi ödediği sonucuna ulaşılmış olup bu durumun aksi davalı idarece ispat edilmesi gerektiğinden ve ispat yükü kendisine düşen İdare ise bu yönde bir kanıt sunmadığından Mahkemece tarhiyatın kaldırılması gerekirken aksi yönde verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamıştır...” , Danıştay 4. Daire, E. 2008/2274, K. 2009/3773, 30.06.2009, www.kazanci.com.tr, Erişim

— Taşıma, yükleme, boşaltma, depolama ve benzeri işlemlerin niteliği

Uygulamada mükellefler işletmelerinin faaliyet konusuna göre fatura bulundurarak muhtemel bir vergi incelemesinde mal alımının gerçek olduğunu ortaya koymak için kullanılmaktadırlar. Fakat ifade etmek gerekir ki, bu faturaların varlığı tek başına mal alım-satımını ortaya koymak için yeterli değildir. Burada faturada yer alan malın miktarı, taşınması, sevki, depolanması, paketlenmesi gibi hususların mükellefin işletme kapasitesini aşmıyor olması ve bir uyum içerisinde olması gerekmektedir. Burada herhangi bir hususa ilişkin bir aşırılık halinin olması örneğin; malın taşınmasının işletmenin çok üzerinde ve olağanüstü şartlar gerektiriyor ise burada artık somut bir uyumsuzluktan söz edilebilecektir.

Yine sahte belgeye konu iş ve işlemler bakımından stok için yeterli deponun bulunup bulunmadığı, özel depolama koşullarının gerekip gerekmediği gerekiyorsa mevcudiyeti (yaş sebze-meyve, et, balık, süt ürünleri vb.), stoklama için gerekli teçhizatın bulunup bulunmadığı, alışa konu hizmetin niteliğine uygun işlemlerin mevcudiyeti gibi hususların her sektör bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.^[55]

Buraya kadar değinilen hususlar daha çok belgenin sahteliği veyahut muhteviyatı itibariyle yanıltıcılığına ilişkin olmakla birlikte suçun manevi unsurunun tespiti bakımından da yol gösterici niteliktedir. Örneğin; uygulamada naylon faturanın tespit edilmesinde vergi idaresinin faturacıyı fatura düzenleyen, faturayı satın alanları ise sahte belge kullanıcısı olarak nitelendirdiği görülmektedir. Fakat ceza sorumluluğunun tespitinde örnekte olduğu gibi tek bir husus başlı başına yeterli olmayıp yukarıda değinilen hususların da bütüncül bir şekilde somut olay bakımından ele alınması gerekecektir.

— Tanık beyanları-ifadeleri

Son olarak her ne kadar vergi yargılamasına ilişkin olsa da mükellefin sahte belge kullanma kastını belirlerken dolaylı olarak yardımcı olacak bir diğer husus tanık ifadeleridir. Kural olarak Vergi Usul Kanunu madde 3/B “*Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti*

Tarihi: 18.06.2021; Özmen, “Vergi Usul Kanunu’nda İzaha Davet”, 66; Budak, “Sahte Fatura”, 11-12; Çakmakçı ve Köseer, 213 sayılı VUK, 203-204; Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 316.

[55] Ertek, *Vergi Kaçakçılığı*, 96- 98; Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 320-321.

yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.” şeklindeki düzenleme gereği tanık ifadesi bir ispat aracı olarak kullanılabilmeyle birlikte bazı şartlara tabidir. Tanığın vergi doğuran olay ile ilgisinin tabi olması, tanığın vergi doğuran olay ile ilgisinin açık olması ve tanık ifadesinin diğer deliller ile desteklenmesi gerekmektedir.^[56] Bu şartlar nedeniyle vergi doğuran olay ile doğrudan ilgisi olmayan kimseler tanık olarak dinlenemez.

3- Sahte Belge/Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge Düzenleyen Mükellefler Açısından

Uygulamada mükellefler daha çok hizmet bedelini yüksek göstererek veyahut gideri arttırarak vergiye esas matrahı azaltmaya yönelik olarak sahte belge düzenleme eğilimi göstermektedirler.^[57] Kural olarak sahte belge düzenleyen bir mükellefin belgenin sahteliğinden haberinin olmadığı iddia etmek hayatın olağan akışında pek mümkün değildir. Fakat sahte belge düzenleme fiili bakımından da mutlaka suçun manevi unsurunun oluşup

[56] “Maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi bakımından;

1-) Sanık tarafından düzenlendiği iddia olunan kanaat oluşturacak sayıdaki fatura asıllarının, kullanan şirketlerden ve vergi dairesinden de sorulmak suretiyle temin edilerek dosyaya getirtilip sanığa gösterilerek yazı ve imzaların kendisine ait olup olmadığı sorulması, kendisine ait olmadığını ve ..., ... veya ...'a ait olduğunu söylemesi halinde; ismi bildirilen kişilerin açık kimlik ve adres bilgilerinin tespiti ile tanık olarak çağırılması, duruşmada çekilme hakkı hatırlatıldıktan sonra faturalar gösterilerek yazı ve imzaların kendilerine ait olup olmadığını sorulması...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2017/3108, K. 2021/2402, 10.03.2021 www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[57] Batı, “213 Sayılı,” 34; Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 263-264; Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 308.

“Muhteviyatı itibarıyla yanılıcı belge kullanmak suçu: Vergiyi doğuran faaliyetin mahiyeti değiştirilerek veya miktarı gerçeğin altında ya da üzerinde gösterilerek bir kısım gelirlerin gizlenmesi veya giderlerin fazla gösterilmesi suretiyle matrahın düşürülmesi, dolayısıyla az vergi vermeyi hedefleyen mükellefler tarafından sıkça işlenen fiillerden birisi muhteviyatı itibarıyla yanılıcı belge düzenlemek ve kullanmaktır.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2012/11-1512 E., 2014/366 K., 11.07.2014, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 21.06.2021.

oluşmadığı ele alınmalıdır.^[58] Başka bir deyişle “*mükellefsahte belgeyi zaten düzenlemiş kasıt da evleviyetle mevcuttur*” şeklindeki bir başka bakış açısı her daim hukuka uygun neticeler doğurmayacaktır.^[59]

Sahte belgenin gerçekte kim tarafından düzenlendiği büyük önem arz etmektedir. Nitekim halk arasında yaygın bir uygulama olan geçim sıkıntısı bulunan bireylerin para vaadi ile (düzenli bir gelir sağlanması şeklinde) adlarına kurulan işletmeler üzerinden sahte belge ticareti yapıldığı sıklıkla görülmektedir. Bu şekilde yürütülen uygulamalarda adına şirket kurulan şahıs sahte belge düzenlendiğinden haberdar olmayıp bu yönde bir kasıt da bulunmamaktadır. Hal böyle iken sahte belge düzenlendiği iddiası tek başına kasıtın varlığını ortaya koymak için yeterli değildir.^[60] Çünkü bu suç tipi bakımından düzenlenen hürriyeti bağlayıcı ceza dikkate alındığında vergi ziyandaki gibi belgenin sahteliğinin tespiti tek başına yeterli olmayıp sahte belgenin kim tarafından düzenlendiği de tespit edilmelidir. Nitekim Vergi Usul Kanunu’nun 333. maddesinin son fıkrası bu hususu işaret etmektedir.^[61]

[58] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 295-296.

[59] Doktrinde sahte belge düzenleme bakımından kasıt unsurunun zaten var olduğu bilme/kasıt unsurunun yalnızca kullanma bakımından aranması gerektiğini ifade edilmektedir. Bakınız: Apak, “Sahte Belge Kullanma”, 34.

[60] Çakmakçı ve Köseer, *213 sayılı VUK*, 218; Ertek, *Vergi Kaçakçılığı*, 82.

“Sanık hakkında sahte fatura düzenleme ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı fatura düzenleme suçlarından açılan kamu davasında; sanığın savunmasında, yanında çalıştığı ...’nin kurduğu *Mev-se Konfeksiyon Ev Tekstil Ltd. Şti*’nin yöneticisi olmasını istediğini, işsiz ve parasız olduğu için şirketin üzerine kurulmasını kabul ettiğini, şirketin işleriyle ve sahte fatura düzenlenmesiyle ilgili bilgisinin bulunmadığını beyan ettiği, şirketle ilgili yapılan incelemelerde ise 2011 yılının ekim ayına kadar ticari faaliyetine devam ettiği, yaptığı satışları karşılayacak kapasitesinin ve alışlarının olduğu, alım yaptığı firmalar hakkında olumsuz tespit bulunmadığı, şirketin 2011 yılının ağustos ayından sonra KDV beyannamesi vermediği, şirketin fatura düzenlediğine dair tespitlerin karşıt firmaların Ba formlarına dayandırılmış olması karşısında...” Yargıtay 11. Ceza Dairesi E. 2017/3108, K., 2021/2402 10.03.2021, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[61] “*Bu Kanununun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360 ıncı maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunur.*”

Bu nedenle doktrinde bir görüşe göre; kural olarak düzenleme fiili bakımından kastın ayrıca değerlendirilmesine gerek olmayıp mal ve hizmet alımı sağlayan kendi belgesi yerine başka bir mükellefin belgesini verilebileceğinden; kastın bazen ayrıca değerlendirilmesi gerekebilecektir. Çünkü iş veya hizmetin muhteviyatı itibariyle belgeyi alan kişi o belgenin mükellefe ait olmadığını bilmeyebilir.^[62] Belgenin gerçek muamele veya duruma dayanmadığı ispat edilirse bilerek kullanma hususu da hukuken sabit olacağından artık ayrıca bir araştırma yapılmayacak olup mükellefin biliyor olduğu kabul edilecektir.^[63]

Aşağıda yer verilecek hususlar her ne kadar belgenin sahteliğinin tespitine hatta mükellefin suça konu ticari ilişkisinin varlığının tespitine ilişkin olsa da somut olayda failin sahte belge düzenleme kastını ortaya koymak adına dolaylı olarak yol gösterici hususlar olarak nitelendirilebilir.^[64]

[62] Arslaner, *Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları*, 123.

[63] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 298-299.

[64] Yüce, *Dava Rehberi*, 694; Akdeniz, “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge”, 98; Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 301.

“Davanın yeniden görülmesi ve duruşma açılmasına karar verildikten sonra 23.05.2017 tarihli tensip kararında belirtilen, sanığın 2010 ve 2011 takvim yıllarında kullandığı faturaları düzenleyen şahıs ve şirketler hakkında düzenlenen vergi tekniği raporları getirilmiş olup; bu raporlarda, sanığın kullandığı faturaları düzenleyenlerin yapılan yoklamalarda adreslerinde bulunamadıkları, ticari faaliyetlerine rastlanmadığı, mal stoklarının bulunmadığı, depo, işçi, şube ve taşıtlarının bulunmadığı, beyan edilen KDV matrahları ile görülen hasılatı elde edebilecek hacimde ticari bir organizasyon yapısı olmamasına rağmen yüksek tutarlarda fatura düzenledikleri, yüksek tutarlarda ciroları bulunduğu halde faaliyetlerine ilişkin ortaya çıkan vergilerin çok cüz-i tutarlarda olmasına rağmen ya hiç ödenmediği ya da çok az miktarda ödendiği, gerçek bir mal ve hizmet üretimi veya alım-satımı yapmadıkları, komisyon karşılığı sahte fatura ticareti yapmak amacıyla kuruldukları ve bu amaçla faaliyette buldukları şeklindeki tespitler ve sanığın faturalarda gösterilen malları aldığına ilişkin sev ve taşıma irsaliyesi, teslim ve tesellüm belgesi, faturaların bedellerinin ödendiğini gösterir ticari teamüle uygun bir belge ibraz edememesi de gözetilerek sanığın, suça konu faturaların sahte olduğunu bilmediğine dair savunmalarına itibar edilmemiştir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E., 2018/427 K. 2018/517, 08.11.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

- Mükellefin bilinen adreslerinde bulunamaması veya adresin başkasına ait olduğu tespit edilmesi
- Faturaya konu işleme ilişkin herhangi bir nakliye, elektrik, su ve telefon giderinin bulunmaması
- İşi terk esnasında belgeleri vergi dairesine ibraz etmeme
- Sahte belgelerin düzenlendiği tarihte mal ve hizmet teslimi
- Yapabilecek sermaye işgücü ve üretim kapasitesi bulunmaması
- Çalışan işçi sayısı
- Makine parkı ambar demirbaş araç gibi ölçütler
- Üretim süreci ve tüketilen enerji miktarı
- İrsaliye ve ürün sevk yöntemi
- İktisadi ticari ve teknik icaplara aykırı satışlar ve karlılık durumu
- Gerçek olmayan alış beyanları
- Mükellefiyetle ilgili vergi ödevlerinin yerine getirilmemesi
- Kişinin mükellef olarak kaydının bulunmaması
- İşini terk ettiği halde bastırıldığı faturaları iptal ettirmemesi gibi hususların bütüncül bir şekilde ele alınması gerekecektir.^[65] Çünkü sahte

[65] “Sanık ... hakkında 2007 takvim yılında sahte fatura düzenlemek, sanık ... hakkında ise 2007 ve 2008 takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek suçlarını işledikleri iddiasıyla açılan kamu davasında; sanık ...'ın savunmasında söz konusu şirkette 3 ay vasıfsız işçi olarak çalıştığını, uyuşturucu madde bağımlısı olduğunu, adını İ. olarak bildiği birisinin kendisini işe aldığını, işe başladıktan sonra kimlik fotokopisini alıp vergi dairesine götürdüğünü ve imzalar attırdığını, bu kişinin adına kayıtlı olan şirketlerde kendisini şirket sahibi olarak gösterdiğini sonradan anladığını, evrakları okumadan imzaladığını, o dönem madde bağımlısı olduğunu ve İ.'in gösterdiği yerde kaldığını, işesini karşıladığını, sanık ...'i tanımadığını, fakat sanık ...'in İ.'in adamı olduğunu ve bunları birlikte tezgahladıklarını düşündüğünü, ilkokul mezunu olduğunu, fatura düzenlemeyi de bilmediğini, zor durumda olmasından ve madde bağımlısı olmasını fırsat bilerek adına bu tip işlemleri yaptıklarını, İ.'in yanında ... ve ... isimli şahısların da çalıştığını belirtmesi, sanık ...'ın ise savunmasında ...'yu bu kişinin eşinin kiraladığı evde oturması nedeniyle tanıdığını, bu şahsın kendisinin işsiz olduğunu bildiğinden şirket kuracağını ve sigortalı olacağını söyleyerek belgeler imzalatırdığını, sahte fatura kesmediğini, şirketteki diğer kişilerle de bir ilgisinin

belge düzenleyicisi olarak itham edilen mükellef KDV indirim talebi ve

olmadığını, diğer sanıkları tanımadığını, sadece işe girmek için imza attığını, yetkilendirildiğini bilmediğini beyan etmesi, sanık ...'ın temyiz dilekçesinde sanık ...'i tanımadığını ifade etmesi, tanık ...'nın beyanında sanık ...'ın daha önce kiracısı olduğunu, saniğe hiç bir şekilde şirket kuracağını söyleyerek imza attırmadığını, saniğin savunmasını kesinlikle kabul etmediğini belirtmesi, imza ve yazı örnekleri alınan tanık ... de dahil sanıklar hakkında suçla konu faturalar üzerinde herhangi bir bilirkişi incelemesi yaptırılmaması, dosyada mevcut vergi raporlarından suçla konu sahte olarak düzenlendiği iddia olunan faturaların kim tarafından düzenlendiğine ilişkin somut ve yeterli delilin bulunmaması karşısında, maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından; suçla konu faturaları kullanan kişil/ şirket yetkilileri dinlenerek sözü edilen faturaları hangi hukuki ilişkiye dayanarak kimden aldıklarının ve sanıkları tanıyıp tanımadıklarının sorulması ile gerekirse yüzleştirilmeleri, sanıkların savunmaları nedeniyle şirketin kurucu ortağı olan ve sanık ...'a hissesini devreden diğer sanık ... ile sanıkların yüzleştirilmeleri, sanıkların imza ve yazı örneklerinin alınması, 2007 ve 2008 takvim yıllarına ait kanaat oluşturacak sayıda suçla konu fatura asıllarının temin edilmesi ile bu faturalar üzerinde yer alan imza ve yazıların sanıklara ve tanığa ait olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmasından sonra toplanan tüm delillere göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2018/7151 , K. 2019/1511, 14.02.2019, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

“Gerektiğinde, faturaların gerçek alım-satım karşılığı olup olmadığının belirlenmesi için; faturayı düzenleyen şirkete ait mal ve para akışını gösteren sevk ve taşıma irsaliyelerinin, teslim ve tesellüm belgelerinin, bedelinin ödendiğine ilişkin ticari teamüle uygun ve kanıtlama yeterliliği olan banka hesaplarının ve kasa mevcuduyla uyumlu geçerli belgelerin; faturaları kullanan saniğe ait yeterli mal girişi veya üretimi olup olmadığına ilişkin belgelerin araştırılarak, faturaları düzenleyen şirket ile kullanan saniğin ticari defterleri ve belgeleri üzerinde karşılıklı bilirkişi incelemesi yaptırılması, Sonucuna göre tüm deliller birlikte tartışılarak saniğin hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile mahkûmiyet hükmü kurulması...””, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2017/7399, K. 2019/5799 02.07.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

“Burada beyanda bulunan vergi mükellefinin düzenlenen belgenin gerçek bir ticari ilişkide olup olmadığını anlamak için, nakliye, işçilik, elektrik, su ve telefon giderinin olup olmadığı, işi terk sırasında belgeleri vergi dairesine ibraz edip etmediği, defter ve belgeleri inceleme elamanına ibraz etmediği, bütün aramalara rağmen adreslerinde bulunmadığı, adreslerinde komşuları tarafından tanınıp tanınmadığı, verilen beyannamelere göre tarh edilen ödemeler dengesi, mali polis tarafından başka mükelleflere ait işyerlerinde yapılan aramalarda bu kişiye ait kullanılmamış faturaların ele geçirilmesi, emtia alış belgelerinin sahte olması, ele geçirilen faturaların işlem

iade talebi reddedilecek veya geri ödemesi istenebileceği gibi hakkında 3 katı vergi ziyai ve hürriyeti bağlayıcı cezaya da hükmedilebilecektir. Bu gibi ağır sonuçlar mevcut iken belirli belge ya da emarelerle sınırlı bir değerlendirme yapmadan suçun manevi unsurunun tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir.^[66]

hacmini aşan yüksek tutarlarda düzenlenip düzenlenmediği, vb. Gibi araştırmalar gündeme gelmektedir. Bu kişiler hakkında ayrıca sahte belge ticareti yaptıkları doğrultusunda vergi tekniği raporları düzenlenmektedir. Buna göre gerçek bir durum olup olmadığını Vergi inceleme rapor, mütalâa, mahalli araştırma ve diğer delillerle tesbiti mümkündür.

Vergi İnceleme Raporları ile tesbiti mümkün olan fatura ve belge içerikleri aşağıda sayılan bir kısım usullerle anlaşılabilir:

-Vergi mükellefi BA ve BS formları düzenleyerek yani bildirim alış (BA) veya bildirim satış (BS) formlarını düzenleme zorunluluğu vardır. Bu formların birbirini karşılayıp karşılamadığı,

-Bildirilen Matrah, matrah farkı, vergi farkı,

-Gelir Vergisi beyanı (bu beyan içerisinde brüt satışlar, satış maliyetleri, kar ve zarar, satış indirimleri, iadeler gibi)

-Vergi mükellefinin yetkili makamlardan aldığı fatura veya belgeler vergi incelemesinde e-Arşiv sistemine www.efatura.gov.tr adresinden yapılan incelemede vergi nosu, basan matbaanın adı, belge alış tarihi, belge türü, fatura veya belgenin seri numara gibi belgenin tüm fiziki ve şekil şartları denetlenebilir

-İşletmenin fiziki durumun beyan edilen matraha uygun kapasitede olup olmadığı.

-Belgeyi düzenleyen veya kullananın faturada belirlenmiş satışları yapabilecek ticari yeterliliğe sahip mi, makine, personel yeterli mi?

- Şirketin veya mükellefin ticari yeterliliğine uygun mu? Fiziki yapısı araç gereç donanımı var mı?

-Bankalardan vergi mükellefinin beyanda bulunulan belgelerle orantılı para giriş çıkışı olmuş mu?

Görüldüğü üzere 213 Sayılı Vergi Usul Kanun 359 maddesi kaçakçılık suçunda kullanılan belgenin "içerik" itibarı ile sahte olup olmadığı vergi tekniği içinde genel muhasebe bilgileri ,diğer deliller ve metodlarla tesbiti mümkün dür.", Yargıtay 11 Ceza Dairesi, tarih ve E. 2018/3390, K. 2018/4256, 7.5.2018, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[66] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 300; Çakmakçı ve Köseer, *213 sayılı VUK*, 220-221.

IV. 306 SERİ NOLU VERGİ USUL KANUNU GENEL TEBLİĞİ

A) GENEL AÇIKLAMA

Bu suç tipi bakımından manevi unsur değerlendirmesi yaparken 306 Seri Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'ne değinmek gerekir. Genel Tebliğler; *“kanunların açıklanmasını ve yorumlanmasını kapsayan genel nitelikli direktiflerdir.”* Bu belgeler kural olarak bağlayıcı değil yol gösterici olup yardımcı kaynak niteliğindedir.^[67]

306 Seri Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği bir yorum genel tebliği olup kanunun uygulanmasına ilişkin gerekli açıklamaları yapmak veyahut uygulamada doğabilecek farklı uygulamaların önüne geçebilmek adına Maliye Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır. Nitekim tebliğde

“Bakanlığımıza intikal eden olaylardan, yapılan incelemeler sonucu sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullandığı tespit edilen mükellefler için kasıt unsurunun araştırılıp araştırılmayacağı, bu belgeleri bilmeden kullandığı belirlenenler hakkında vergi suçu raporları düzenlenip düzenlenmeyeceği hususlarında duraksamaya düşüldüğü anlaşılmış ve aşağıdaki açıklamaların yapılmasına gerek duyulmuştur.”

denerek Tebliğin niteliği ortaya konmuştur.

Tebliğ’de;

“... Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgenin gerek düzenlenmesinin gerekse kullanılmasının kaçakçılık suçunun oluşması yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenlenmesi, kastın karinesi olup, bunun ayrıca değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak gerçekte yapılan bir mal veya hizmet almı karşılığında mal veya hizmeti sağlayan tarafından kendi belgesi yerine bir başka mükellefin belgesi verilebilmektedir. Bu gibi durumlarda iş veya hizmetin mahiyetine göre belgeyi alan tarafın bu belgenin mal veya hizmetin sağlandığı mükellefe ait olup olmadığını bilemediği durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda sahte belgeyi kullanmış olan mükellefin, bu belgenin satın aldığı mal veya hizmeti sağlayana ait olmadığını bilip bilmemesi önem taşıyacaktır. Şayet kullanıcının belgenin sahte olduğunu bilmesi gerekiyorsa, bir başka

[67] Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 72-73.

deyimle, kasıt söz konusu ise burada 359 uncu maddede belirtilen anlamda bir sahte belge kullanımı söz konusu olacaktır. Aksi takdirde ise suçun manevi unsuru oluşmadığından durum madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. . .”

denerek manevi unsurun nasıl tespit edileceği konusunda birtakım açıklamalara yer verilmiştir. Kanaatimizce bu açıklama birçok noktadan tartışmaya açık olup ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

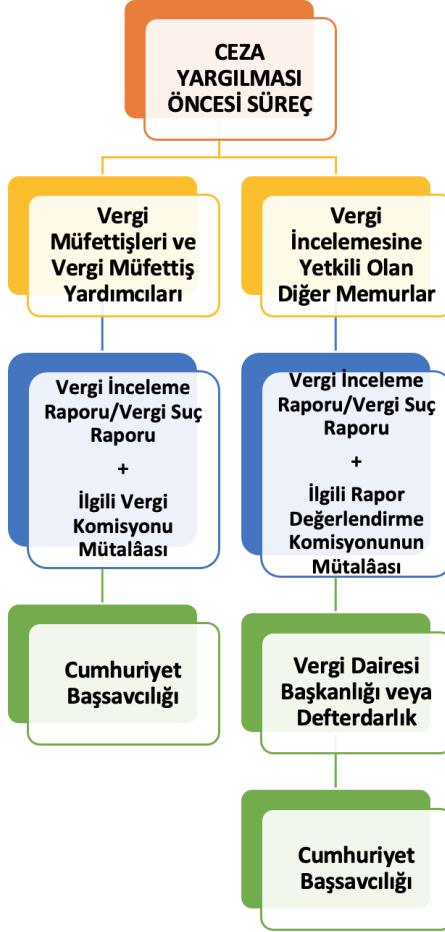
B) MÜTALÂA VE VERGİ SUÇU RAPORU

Tebliğ ile ilgili tartışmalı hususların daha iyi anlaşılabilmesi adına suçun vergi incelemesine yetkili kişilerce Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmesi bakımından önem arz eden iki belgeye genel olarak değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu belgeler Mütalâa ve Vergi Suçu Raporudur.

Kanun koyucu bazı kaçakçılık suçlarının yargılanması bakımından Vergi Usul Kanunu madde 367'de özel bir usul düzenlemiştir.^[68] Vergi Usul Kanunu

[68] “Bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul:(1) (2) Madde 367 – (Değişik: 23/1/2008-5728/280 md.) (Değişik birinci fıkra: 23/7/2010-6009/13 md.) Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalâasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalâasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur. (Ek dördüncü fıkra:29/4/2021-7318/5 md.) 359 uncu maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalâasıyla birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz. (Ek beşinci fıkra:8/4/2022-7394/5 md.) 359 uncu maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalâaya konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalâa verilmesi şartı aranmaz. 359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyat cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına

madde 367/1, 2 ve 3 gereği vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları suçu doğrudan bildirebiliyorken vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar (ilin en büyük mal memuru, vergi dairesi müdürleri, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar) doğrudan bildirim yetkisine haiz olmayıp ilgili vergi dairesi başkanlığı ya da defterdarlık aracılığıyla suç bildiriminde bulunabilmektedirler.



Şema-1: Ceza yargılaması öncesi süreç^[69]

engel teşkil etmez. (İptal fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 4/11/2021 tarihli ve E.: 2019/4, K.: 2021/78 sayılı Kararı ile.)

[69] Yüce, *Vergi Kaçakçılığı*, s. 236.

Şemada görüldüğü üzere mütalâa kural olarak iki ihtimalde verilmektedir. Bunlardan ilki vergi suçu/inceleme raporu üzerine verilen mütalâa diğeri ise savcılığın doğrudan suçtan haberdar olması halinde kamu davası açabilmesi için talep ettiği mütalâadır. Tebliğde de görüldüğü üzere Vergi Suçu Raporu düzenlenmesi ve Cumhuriyet Başsavcılığına yapılacak bildirim üzerine kamu davası açılabileceği belirtilmiştir. Bu şarttan hareketle Cumhuriyet savcısının çalışmaya konu suç tipi bakımından kamu davası açabilmesi için mutlaka vergi suçu inceleme raporunun düzenlenmesi gerekli olup eğer düzenlenmemiş ise ilgili vergi dairesini haberdar edip inceleme talep etmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.^[70] Nitekim raporun düzenlenmesine kadar kamu davasının açılması ertelenecektir.^[71]

Görüldüğü üzere mütalâa şartı kamu davasının açılabilmesi için bir nevi “ön şart” niteliğinde olup^[72] hükümden hareketle mütalâa şartı ceza yargılamasında makamların harekete geçmesine değil yargılamanın yapılmasına engel teşkil ettiği için bir “*muhakeme şartı/dava şartı*” niteliğindedir.^[73] Bu nedenle doğrudan doğruya bildirimde bulunma yetkisi olmayanlar bildirimde bulunur ise, mütalâa şartının yerine getirilmesi için kamu davası açılmış ise de *durma kararı* verilecektir.^[74] Cumhuriyet savcısının ilgili vergi dairesinden mütalâa talep etmesine karşın mütalâa verilemeyeceği belirtilirse kovuşturma evresinde düşme kararı soruşturma evresinde ise

[70] Erdoğan Öner, *Vergi Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 175-176.

[71] Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 217-218; Taşkan, *Vergi Hukuku*, 336; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 348.

[72] Mehmet Arslan, *Vergi Hukuku*, 7. Baskı, (İstanbul: Marmara Kitap Merkezi, 2011), 293; Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 364-365.

[73] Yusuf Karakoç, *Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 69, 1996), 58; Doğan Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa/Görüş,” *İzmir Barosu Dergisi*, (Mayıs, 2016), 14,16; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 13. Baskı, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2022), 293; Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 597; Zübeyr Yıldırım ve Serkan Açar, “Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Mütalâa Şartı,” *Yaklaşım Dergisi*, no. 171, Mart 2007, 284; Çakmakçı ve Köseer, *213 sayılı VUK*, 253-254; Ela, *Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge*, 1003.

[74] Karakoç, “Vergin Sorunları,” 59-60; Karakoç, “Tesbit ve Öneriler,” 346-347.

kovuşturulmasına yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir.^[75] İfade etmek gerekir ki kanunda mütalaa şartının yerine getirilmesi için ne kadar süre bekleneceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır.^[76] Yine mütalâa şartı yerine getirilmemiş ise fail hakkında hüküm tesis edilemeyecek olup cezalandırılmayacağı gibi hakkında beraat hükmü de tesis edilemeyecektir. Mütalâa şartı atlanarak Cumhuriyet Başsavcılığı kendi atayacağı bilirkişi veyahut Hazine ve Maliye Bakanlığı veya kurumlarca verilecek olan vergi inceleme raporuna dayanarak kamu davası açamayacaktır.^[77]

Bu açıklamalarla birlikte Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesine sonradan eklenen dördüncü fıkra ile çalışmaya konu suç tipine ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaa konu fiilin, başka bir kişi

[75] Taştan, *Vergi Kaçakçılığı*, 20-21.

“Mersin Grup Başkanlığı'nın vergi suçu ve vergi tekniği raporlarıyla 06.09.2012 tarihli mütalâası ile sanık hakkında 2007, 2008 ve 2009 takvim yıllarında sahte fatura kullanmak suçlarından 213 Sayılı VUK'nin 359/b-1 maddesi uyarınca dava açılmasının istenmesine rağmen; 26.09.2012 tarihli iddianame ile sanık hakkında “2007, 2008 ve 2009 takvim yıllarında sahte belge düzenlemek ve kullanmak” suçlarını işlediği iddiası ile 213 VUK'nin 359/b-1 maddesi uyarınca üç kez cezalandırılması istemi ile kamu davası açıldığı; 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b-1-2. maddesinde düzenlenen sahte belge kullanmak, düzenlemek ve bastırmak suçları ile 359/a-2. maddesinde düzenlenen “muhteviyatı itibarıyla yanıtıcı belge kullanma” suçunun birbirinden farklı ve bağımsız suçlar olduğu ve sahte belge düzenlemek suçu ile muhteviyatı itibarıyla sahte fatura kullanmak suçunun birbirine dönüşmeyeceği, her takvim yılında işlenen suçların ayrı ve kendi içinde zincirleme suçları oluşturduğu; 213 Sayılı VUK'nin 367. maddesine göre dava şartı olan mütalâanın yalnızca sahte fatura kullanmak suçuna dair olduğu gözetilmeden, sahte fatura kullanmak suçundan her takvim yılında ayrı ayrı zincirleme suç hükümleri uygulanarak hüküm kurulması ve mütalâa olmadığından kovuşturma şartı gerçekleşmeyen sahte fatura düzenlemek suçlarından CMK'nin 223/8. maddesi gereğince düşmesine karar verilmesi gerekirken, gerekçede sahte fatura kullanma suçu açıklanmasına rağmen, hüküm fıkrasında dava ve mütalâa konusu olmayan “muhteviyatı itibarıyla sahte fatura düzenlemek ve kullanmak” suçunu oluşturduğu kabul edilip 213 Sayılı VUK'nin 359/b maddesi uyarınca tek hüküm kurulmak suretiyle hükmün karıştırılması...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2016/8334, K. 2018/7310, 26.9.2018, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[76] Şenyüz, “Mütalâa/Görüş,” 26.

[77] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 347-348; Şenyüz, “Mütalâa/Görüş,” 18; Taştan, *Vergi Kaçakçılığı*, 19.

tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması halinde, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmayacaktır. Yine kanun koyucu 359. maddenin “ç” fıkrasında yazılı suçlara ilişkin yapılacak incelemeler bakımından ayrı bir düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur.^[78]

Mütalâa ile ilgili bir diğer değinilmesi gereken husus mütalâanın hangi suça yönelik düzenlendiğinin açık bir şekilde belirtilmesinin önemidir. Çünkü sahte fatura kullanma ile düzenleme birbirinden farklı eylemler olup aynı zamanda farklı suç tipleridir.^[79] Nitekim Yargıtay bir kararında:

“04.10.2011 gün ve VDENR-2011-2917/15 sayılı vergi suçu ve ekindeki inceleme raporlarının sahte fatura kullanmak suçundan düzenlendiği, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 367. maddesi uyarınca dava şartı olan T.C. M..

[78] “359 uncu maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile birlikte keyfiyet Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.”

[79] Taştan, *Vergi Kaçakçılığı*, 21-22; Şenyüz, “Mütalâa/Görüş”, 43; Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 258.

“Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığının 17/01/2011 tarihli iddianamesinde her ne kadar sevk maddesi olarak VUK'nın 359/2-a maddesi gösterilmiş ise de, iddianame anlatımına göre vergi suçu ve vergi tekniği raporları ile mütalaya uygun olarak sanık hakkında “2006, 2007, 2008, 2009 ve 2010 takvim yıllarında sahte fatura kullanmak” suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında; 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b-1. maddesinde düzenlenen sahte belge kullanmak suçu ile 359/a-2. maddesinde düzenlenen “muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma” suçunun birbirinden farklı ve bağımsız suçlar olduğu; sanık hakkında 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b-1. maddesinde düzenlenen sahte belge kullanmak suçundan hüküm kurmak yerine, sanığa isnat edilen suçun muhteviyatı itibarıyla sahte fatura kullanmak suçuna dönüşmeyeceği ve suçların birbirinden farklı olduğu gözetilmeksizin, hakkında mütalâa da olmayan muhteviyatı itibarıyla sahte ve yanıltıcı belge kullanmak suçundan mahkumiyet hükmü verilmesi suretiyle iddianame dışına çıkılarak ve gerekçe ile hükümde çelişkili açıklamalarla hüküm kurulmak suretiyle hükmün karıştırılması...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, tarih ve E. 2017/3545, K. 2018/5585, 19.6.2018 www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

B..'nın 18.10.2011 gün ve 1538 sayılı mütalaasının ise vergi suçu ve ekindeki inceleme raporlarına uyumsuz şekilde "sahte fatura düzenlemek" suçuna ilişkin olduğu, "sahte fatura kullanmak" suçu ile ilgili dava şartı niteliğinde verilmiş mütalaa bulunmadığı gibi birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan "sahte fatura düzenlemek" ve "sahte fatura kullanmak" suçlarının birbirine de dönüşmeyeceği cihetle, 5271 sayılı CMK'nun 223/8. madde ve fıkrası gereğince durma kararı verilerek idareden, 'sahte fatura kullanmak' suçundan 213 sayılı VUK'nun 367. maddesi gereğince dava şartı olan mütalaanın verilip verilmeyeceği sorularak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, yargılamaya devam olunarak yazılı şekilde bu suçtan mahkumiyet hükmü kurulması..."^[80]

demek suretiyle bu hususu işaret etmiştir. Bununla birlikte iddianamede yer alan eylem ile vergi suç raporunda yer alan eylemin aynı olması gerek-mekle birlikte eylemin nitelendirilmesinde farklılık bulunabilir.^[81] Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir karar şöyledir:

"Vergi suçu raporu, mütalâa, iddianame ve yerel mahkeme kararında değ-lerlendirilen eylem aynı olup, iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında yerel mahkemece hüküm kurulmuştur. Vergi Dairesi Başkanlığı mütalaasında bu eylemin "muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanmak" suçunu, iddianame ve yerel mahkemece ise "sahte belge kullanmak" suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir. CMK'nun 225/2. maddesinde açıklandığı üzere, mahkeme fiilin nitelendirilmesinde mütalaa ya da iddia ile bağlı olmadığından fiilin nitelendirilmesini serbestçe yapabilecektir." demiştir.^[82]

Yine mütalâa dosya üzerinden incelenerek yazılı bir şekilde verilecek olup duruşmaya çağrılarak sözlü bir şekilde verilemeyecektir. Çünkü mütalâanın

[80] Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2014/7024, K. 2014/9932, 22.05.2014 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[81] Şenyüz, "Mütalâa/Görüş", 44.

[82] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1512, K. 2014/366, 11.07.2014 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 20.06.2022).

verilmesi ilgili defterdarın şahsi işi olmayıp dairesince gerçekleştirecek bir inceleme sonucu halledilebilecek bir husustur.^[83]

Özen'e göre;^[84] Cumhuriyet savcısı mütalâaya bağlı olmamakla birlikte mütalâa bir kovuşturma şartı olup cumhuriyet savcısının soruşturmaya başlaması için gerekli fakat zorunlu değildir. Mütalâada suçun unsurları, suçun manevi unsuru ile ilgili bir değerlendirmenin yapılmaması gerekmektedir. Aksi takdirde bu durum yetki tecavüzü niteliğinde olacaktır.

Şenyüz'e göre; mütalâanın bir dava şartı olarak kabul edilmesi ceza hukukunda dava açma mecburiyeti ilkesine bir sınırlama niteliği taşımaktadır. Mütalâa iddianamenin düzenlenmesinde yardımcı olmak için getirilmiş zorunlu bir ilişkinin sonucudur. Bu zorunluluğun sebebi iki türlü yorumlanmalıdır. Bunlardan ilki "*vatandaşın mali emniyetini sağlama*" düşüncesinin etkisidir. Bu etki ile mükellefler inceleme elemanlarının sübjektif yorumları karşısında bir güvenceye sahip olmaktadır. Bir diğer sebep ise, vergi inceleme elemanlarının yaptığı tespitlerin idare tarafından bir daha gözden geçirilerek muhtemel hata ya da eksiklerin tespitinin sağlanmasıdır. Bu şekilde sanık lehine koruyucu bir mekanizma geliştirilmiştir. Bu nedenle mütalâada hangi yıl, hangi mükellef, hangi fiile ilişkin olduğu açıkça yazılacaktır. Bununla birlikte idarenin muhakeme sürecinde bu denli mutlak bir etkiye sahip olması ön şartın gerçekleşmesinin idarenin kararına bırakılması, bu işleme karşı bir başvuru yolu veya yargı denetimi sürecinin öngörülmemiş olması, siyasi endişeleri de beraberinde getirdiği için kanunilik ilkesine aykırı niteliktedir.^[85]

Vergi suçu raporu; suçun işlendiği dönemi ve suçun faillerini tespit amacıyla düzenlenen rapordur. Bu raporun içeriğine ve işlevine bakıldığında bir hazırlık soruşturması faaliyetini içerdiği görülmektedir.^[86] Doktrinde düzenlenecek raporda suç teşkil eden olay, hareket ve netice, suçun işlenme yeri ve zamanı, suçun işleniş şekli, suçu işlediği tespit edilen failer, suçta

[83] Karakoç, "Vergi Sorunları", 60; Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, 604.

[84] Özen, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, 127-130.

[85] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 349-350, 401; Şenyüz, "Mütalâa/Görüş," 19-21.

[86] Baykara, "Vergi Kaçakçılığı," 5.

katılanların kimlik bilgileri, suç oluşturan olay ile ilgili kanun hükümlerinin açık bir şekilde belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir.^[87]

Gerek vergi suçu raporu gerek mütalâa Cumhuriyet savcısı için bir bağlayıcılık arz etmeyip ulaşılan sonuç olumlu da olsa olumsuz da olsa Cumhuriyet savcısı bağımsızdır. Bu belgelerin temeldeki işlevi suçun oluşup oluşmadığı hususunda *özel ve teknik bilgileri içererek* yol gösterici olmalarıdır.^[88] Burada idare aslında ikinci ve üst bir denetim mekanizması olarak bir görüş sunmaktadır. Başka bir deyişle mütalâaya ilişkin kanunda getirilen usuli düzenleme aslında suçların yargılanma usulüne ilişkin olmayıp iddia ve yargılama makamı arasındaki münasebetin belirlenmesine ilişkindir.^[89] Elde edilen bu belgeler neticesinde fail bakımından suçun manevi unsurunun oluştuğu belirtilse dahi Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilir. Fakat vereceği kararlarda yalnızca sunulan rapora atıf yapılmamalı mutlaka gerekçelerin açık bir şekilde ifade edilmesi gerekmektedir. Bu durumda suçtan zarar gören^[90] idare konumunda olan Hazine ve Maliye Bakanlığı hazine avukatları aracılığıyla en yakın Ağır Ceza Mahkemesi'ne 15 gün içerisinde itiraz hakkı bulunmaktadır.^[91]

[87] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 363-364; Yüce, *Vergi Kaçakçılığı*, 237-238; Ela, *Sabte Belge ve Yanılıcı Belge*, 1002.

[88] “*Vergi kaçakçılığı suçu gibi ayrı uzmanlık bilgisi gerektiren bir konuda uzman ve yetkili olan kişilerin mütalâa vermesi, bu konuda uzmanlığı bulunmayan soruşturma makamlarının kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermelerine yardımcı olacak bir müessesedir. Vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren eylemlerin bulunup bulunmadığına ilişkin özel ve teknik bilginin yer aldığı bu mütalâalar, kovuşturma aşamasında değerlendirilebilecek takdiri delil niteliğinde olduğundan hakimlere emir ve talimat verme, telkin ve tavsiyede bulunma olarak değerlendirilemez.*”, AYM E. 2009/89, K. 2011/40, 10.02.2011, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* 1, no. 49, 2012, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013), 63-72, https://www.anayasa.gov.tr/media/4890/kararlar_49_1.pdf, Erişim Tarihi: 19.06.2021.

[89] Karakoç, “Vergin Sorunları,” 57; Şenyüz, “Mütalâa/Görüş,” 17.

[90] **Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 237 – (1)** Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilmeye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.

[91] Karakoç, “Vergin Sorunları,” 58; Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 365-366; Yüce, *Vergi Kaçakçılığı*, s. 240; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 345; Yıldırım ve Ağar,

Yine Cumhuriyet Başsavcılığı gerekli gördüğü takdirde mütalâaya ek olarak bilirkişi raporu veyahut ek rapor talebinde bulunabilir. Ayrıca yargılama aşamasında mütalâadan/iddianameden farklı bir suç nitelendirmesi yapılmış ise Ceza Muhakemesi Kanunu madde 226 gereğince sanığın ek savunma hakkını kullanabilmesi için süre verilmesi gerekmektedir.^[92]

C) 306 SERİ NOLU VERGİ USUL KANUNU GENEL TEBLİĞİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tebliğe ilişkin eleştirilmesi gereken ilk husus *sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesinin kastın karinesi olarak kabul edilmesi ve bunun ayrıca değerlendirilmesine gerek bulunmaması gerektiği yönünde* yapılan açıklamaya ilişkindir.

Modern ceza hukukunda kusur sorumluluğu benimsenmiş olup suçta ve cezada şahsilik ilkesi kabul edilmiştir. Failin tipe uygun ve hukuka aykırı fiilden kaynaklı sorumluluğunun doğabilmesi için aynı zamanda somut olayda kusurunun da bulunması gerekmektedir. Suçun manevi unsuru bölümünde de ifade ettiğimiz üzere kastın çifte fonksiyonu gereği hem suçun tipikliği hem de failin kusurluluğu bakımından kastın mevcudiyeti büyük önem arz etmektedir. Hal böyle iken somut olayın özelliklerine göre kastın unsurları irdelenmeden sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenme fiilinin başlı başına kastı doğurduğunu ifade etmek genel ceza hukuku ilkeleri ve suç genel teorisi ile bağdaşmamaktadır.

Suçun tipikliğine ilişkin failin fiili ile kastı birbiriyle ilişkili olsa da farklı unsurlar olup bunların ayrıca şartların irdelenmesi gerekmektedir. Tebliğde bu şekilde bir karine yaratılmasının hukuki dayanağı bulunmayıp her daim adil neticeler de doğurmayacaktır. Nitekim düzenleme fiili bakımından kastı karine olarak kabul edip *gerçekte yapılan bir mal veya hizmet alımı karşılığında mal veya hizmeti sağlayan tarafından kendi belgesi yerine bir başka mükellefin belgesi verilebilmesi* ihtimalini dikkate alarak burada kastın ayrıca araştırılması gerektiği aksi halde adil olmayan bir neticenin ortaya çıkacağı kabul edilmiştir. Bu şekilde ihtimaller veyahut varsayımlar üzerine suçun unsurlarına dair bir konuda kanunun nasıl uygulanacağına ilişkin idarenin bir açıklama sunması *kanunilik ilkesine* aykırılık teşkil

“Vergi Kaçakçılığı,” 286; Çakmakçı ve Köseer, 213 sayılı VUK, 50-52.

[92] Karakoç, “Tesbit ve Öneriler,” 346-347.

etmektedir. Suç tipinin Vergi Usul Kanunu'ndaki düzenlemesinde bu şekilde bir ayrıma yer verilmezken (ki yukarıda açıklanan gerekçeler ile verilmemelidir) tebliğde bu şekilde suçun unsurlarına esaslı bir müdahale içeren düzenlemenin getirilmesi hukuka aykırı niteliktedir. Nitekim uygulamada vergi suç raporu düzenlenirken tebliğde yer alan açıklamaların adeta bir yol haritası olarak izlendiği görülmektedir. Hal böyle iken her ne kadar niteliği itibariyle tebliğin bağlayıcı olmadığı ifade edilse de uygulamada aksi bir durum söz konusudur.

— Değnilmesi gereken bir diğer husus tebliğde yer alan “... *Şayet kullanıcının belgenin sahte olduğunu bilmesi gerekiyorsa, bir başka deyimle, kasıt söz konusu ise burada 359 uncu maddenin b fıkrasında belirtilen anlamda bir sahte belge kullanımı söz konusu olacaktır. Aksi takdirde ise suçun manevi unsuru oluşmadığından durum madde kapsamında değerlendirilemeyecektir.*” açıklamasında yer alan “bilmesi gerekme” den ne anlaşılması gerektiğidir.

Doktrinde Seviğ'e göre;^[93] burada “bilmesi gerekme” deyimini “halin icabından mükelleflerin bilebilecek durumda oldukları haller” olarak anlamak gerekir. Aksi halde mükellefler bakımından bu şekilde bir vergisel yükümlülük ya da ayırım bulunmamaktadır.

Kanaatimizce idare burada kast ve taksir kavramlarını birbirine çok yakın veyahut yer yer aynı görerek bir açıklamada bulunmuştur. “Kullanıcının belgenin sahte olduğunu bilmesi gerekmesi” şeklinde bir şartın Tebliğde düzenlemesi kasttan ziyade taksirli sorumluluğa işaret eden bir husustur. Çünkü mükellefin belgenin sahtesini bilmek yükümlülüğü özen yükümlülüğü ile ilişkili olup taksirli sorumluluğun söz konusu olabilmesi için o suç bakımından kanunda açıkça düzenleme bulunması gerekmektedir. Yine özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen fail taksirli sorumluluğunun doğması için özen yükümlülüğünün hukuk kurallarından veyahut müşterek tecrübeden kaynaklanması gerekmektedir.^[94] Oysa çalışma konusu suç bakımından kanun koyucu taksirli sorumluluk hali düzenlememiş olup suç kasten işlenebilmektedir.

[93] Veysi Seviğ, “Naylon Fatura Kullanılması ile İlgili Son Düzenleme,” *Yaklaşım Dergisi*, no. 115, (2002), 25.

[94] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 60.

Nitekim Tebliğde “bir başka deyişle kasıt” denmesi bu kavramların birbiri yerine hatalı kullanıldığının en büyük göstergesidir. Çünkü kastın unsurları bilmek ve istemek olup “bilmesi gerekme” değildir. Taksirli sorumluluğa işaret ederek bu suç bakımından kastın arandığını ifade etmek hem kavramsal olarak hem hukuki dayanak olarak hatalıdır.

Yine burada mükellefin “ihmali” bir hareketi söz konusu olmayıp belgenin sahteliğini bilmesi gerekmesi özen yükümlülüğüne ilişkindir. Çünkü bu suç tipi gerçek olmayan ihmali suç niteliğinde olmayıp kanun koyucu açık bir şekilde bu suçun icrai hareketlerle işlenebileceğini düzenlemiştir. Gerçek olmayan ihmali suçlardan söz edebilmek için failin kendisine yüklenmiş olan neticeyi önlemek yükümlülüğünü hareketsiz kalarak yerine getirmemesi gerekmektedir. Hal böyle iken failin ihmali hareket nedeniyle cezai sorumluluğunun doğabilmesi için kanunda açık bir şekilde düzenleme bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle kanun koyucunun o suçun icrai hareketlere ek olarak ihmali hareket ile de işlenebileceğini belirtmesi gerekmektedir^[95]. Ayrıca failin gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından ihmali hareketinin cezalandırılabilmesi için kendisinin kanundan, sözleşmeden ya da önde gelen tehlikeden kaynaklı bir yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülükler aykırı hareket etmesi gerekmektedir^[96]. Her ne kadar mükellefin belgenin sahteliğini araştırması kendisinden beklense de kanunda ihmali hareketin açık bir şekilde cezalandırılması gerektiği ifade edilmemiştir. Hal böyle iken failin ihmali hareketten kaynaklanan cezai sorumluluğu olduğunu söylemek de hukuka aykırı olacaktır.

[95] Eserde savunulan görüş için bakınız: Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 227, 501-502; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 399-400; Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 265-270; Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 107, 282. Aksi yöndeki baskın görüş için bakınız: İzzet Özgenc, “İhmali Suç Teorisi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXV, no. 4, (2021): 307.

[96] Özbek, Doğan Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 502-503. Özgenc, “İhmali Suç Teorisi,” 310. Daha geniş bilgi için bakınız: Hakan Hakeri, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), 29 vd.; Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, (İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2019), 318-321; Fatih Yurtlu, “Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXV, no. 3, (2021): 579-636.

— *Bir diğer tartışılmalı husus Tebliğde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgelerin bilerek, isteyerek kullanılıp kullanılmadığının vergi incelemesine yetkili olanlarca değerlendirilmesi konusunda bir yetkinin tanınmış olmasıdır.* Başka bir deyişle bu suçun manevi unsurunun vergi incelemesine yetkili olanlarca değerlendirileceği belirtilmiştir. Öncelikle vergi incelemesi yetkisine haiz olan kimseler Vergi Usul Kanunu'nun 135. maddesinde “*Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirdede vergi inceleme yetkisini haizdir.*” hükmüyle açık bir şekilde belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu yetki alanındaki kimseler ceza yargılamasının bir üyesi olmayıp ceza yargılamasına ilişkin yetkiye haiz olmayan kimselerdir. Vergi incelemesi yetkisine haiz olan kimselerin suçun manevi unsurunu tespit etme yetkisi bakımından doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır:

Yüce'ye göre;^[97] Burada vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerin görevi aslında bir nevi hazırlık soruşturmasının yapılmasıdır. Kanunda yer almayan bir yetkinin kullanılarak mahkemenin değerlendirmesi gereken bir hususta karar verme yetkisini gasp edilmektedir. Kanunda suç olarak sayılan bir fiil kanunilik ilkesine aykırı olarak suç olmaktan çıkarabilmekte ya da suç olarak kabul edilmektedir.

Özen'e göre;^[98] vergi incelemesi yapmaya yetkili kişiler kast unsuruna ilişkin tespit ve değerlendirme yapma yetkisine sahip değillerdir. Yalnızca sahte belgenin düzenlendiği veyahut kullanıldığı noktasında tespit yapabilirler.

Sarıcaoğlu'na göre;^[99] burada yapılan tespitler bağlayıcı nitelikte olmayıp vergi idaresinin vergi kabahati karşısında uygulayacağı cezaya ilişkin bir tespit niteliğindedir. Hal böyle iken mükellefin kastı yok ise mahkeme huzuruna bu durumun taşınmaması muhakemeye ait bir sorun olup burada herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

[97] Yüce, *Dava Rehberi*, s. 691; Yüce, *Vergi Kaçakçılığı*, s. 235.

[98] Özen, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, 69-70; Aslanpınar, *Vergi Kaçakçılığı*, 126-127.

[99] Sarıcaoğlu, 212-213; Ela, *Sahte Belge ve Yanılıcı Belge*, 1004.

Budak'a göre ise;^[100] bağımsız ve tarafsız olan adli makamların sahip olduğu takdir yetkisinin idareye bırakılması hukuka aykırı niteliktedir. İdare adli organlardan farklı olarak çeşitli nedenlerle etki altında kalabilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 160 ve madde 161 gereğince kastın varlığını takdir yetkisi Savcılığa aittir. Hal böyle iken Ceza Muhakemesi'nde açık bir şekilde düzenlenmiş bir yetki karşısında Tebliğ yasal dayanak olarak gösterilemeyecektir.^[101]

Geçer'e göre ise; vergi incelemesine yetkili olan kimselerin suçun manevi unsurunu bakımından bağlayıcı olmayan açıklamalarda bulunmalarında hukuken bir sakınca bulunmamaktadır. Bununla birlikte somut olayda suçun manevi unsurunun oluşmadığı kanaatine varılsa dahi suç şüphesi ile karşılaşılması halinde suçun bildirilmesi gerekmektedir. Çünkü suçun oluşup oluşmadığının tespiti münhasıran yargıya aittir. Aksi bakış açısı eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek olup hukuka aykırı niteliktedir.^[102]

Bu görüşler doğrultusunda kanaatimizce Tebliğde *vergi incelemesine yetkili olanlara* suçun manevi unsurunun varlığına ilişkin bir tespit yetkisinin tanınmış olması hukuka aykırıdır. Bu kimselerin yetkisi çerçevesinde yapması gereken yalnızca belgenin sahteliği/muhteviyatı itibarıyla yanıltıcılığı veyahut kullanma/düzenleme fiilleri üzerine bir tespit olup mükellefin yükümlülüklerine aykırı davranması veyahut Vergi Usul Kanunu'nda yer alan suç tiplerinden birinin varlığına ilişkin şüphenin bulunması halinde bunu raporda belirtmesidir.^[103]

[100] Budak, "Sahte Fatura," 12-13. Benzer yönde görüş için bkz. Saban, *Vergi Hukuku*, 445.

[101] Kızılot, "Vergi Kaçakçılığı," 18.

[102] Geçer, *Vergi Usul Kanunu*, 313-314.

[103] "Olayda, davacının ihtilaflı dönemde ticari faaliyetinin olmadığı ve satış faturalarının gerçeği yansıtmadığı hususunun somut bir şekilde ortaya konulmadığı gibi, ihtilaflı dönemlerde faaliyette olduğu, iş yerinde muhtelif ticari emtiaların bulunduğu, mal ve hizmet alımında bulunulan firmalar hakkında da olumsuz herhangi bir tespit bulunmadığı, kaldı ki düzenlediği belgelerin sahte olduğuna ilişkin yeterli veri bulunmadığı hususunun inceleme elemanınca da kabul edildiği hususları dikkate alındığında, satışlarının gerçek olmadığı somut bir şekilde ortaya konulmadan bir kısım vergi ödevlerini yerine getirmediğinden bahisle, düzenlenen vergi tekniği raporu esas alınarak takdir komisyonunca takdir edilen matrah üzerinden salınan

Bu yetkinin içerisinde suçun manevi unsurunun tespiti yer almamakta olup bu şekilde bir yetki düzenlemesi de kanunda mevcut değildir. Soruşturma evresi bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. ve 161 maddelerinde Cumhuriyet Savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya

dava konusu vergi ve cezalarda yasal isabet bulunmadığından istinaf başvurusunun belirtilen gerekçeyle reddi gerekmiştir.”, İstanbul BİM, 3. VDD, E.2019/3508, K.2020/452, 2.3.2020, <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

“01.01.1999 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 4369 sayılı Yasa ile bilerek ibaresi madde metninden çıkartıldığından, bilerek ya da bilmeyerek bu tür belgeleri kullanan herkesin hapis cezası ile yargılanmaları söz konusu olmuştur. Uygulamada ortaya çıkan bu karışıklıkların önlenmesi açısından, bu tür belgelerin bilerek kullanılıp kullanılmadığı hususunun vergi inceleme elemanlarınca iyice araştırılarak somut bir biçimde kanıtlanabilir maddi delillerle ispat edilmesi gerektiği hususu 306 sayılı VUK Genel Tebliği ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, bilerek kelimesinin yasa metninden çıkartılması sonucunda bu konuda inceleme elemanlarının tespit ve takdir yetkisi bulunmadığı, kayıtlarda sağlıklı belge gördüklerinde bunun savcılığa intikalini yapmak zorunda oldukları, suçun tüm unsurlarının mevcut olup olmadığı hususunun mahkemeye tespit edilmesi gerektiği yönünde düşünüldüğü görülmektedir. Böylece birçok mükellefe ait inceleme raporları, mahkemelere sevk edilmiştir. Mahkemelerde, hakim, savcı ve bilirkişilerin olayla ilgili yeterli bilgi ve belgeye ulaşmada yaşadıkları sorunlarla dava dosyaları kısa zamanda karara bağlanamaz duruma gelmiştir.

Sahte belge ve y.....tıcı belge düzenleme ve kullanma suçları içerisinde birbirinden farklı iki iradeyi barındırmaktadır. Bu tür belgeleri düzenleme fiilini gerçekleştiren kişilerin bu belgelerin gerçeğe aykırı bir nitelik taşıdığını bildikleri, suçun sonuçlarını bilme irade ve yetisine sahip oldukları kabul edilmelidir. Bununla birlikte, uygulamada zaman zaman bu tür belgeleri düzenleme amacıyla kurulan şirketlerin gerçekte üzerinde herhangi bir mal varlığı olmayan, hatta bu işlerle doğrudan ilgisi olmayan kişiler üzerine kayıt ve tescil edildiği de görülmektedir. Örneğin, şirketin daha önce bu tür iş tecrübesine sahip olmayan eş üzerine kurulduğu, tüm faaliyetlerin diğer eş tarafından vekaletname ile yürütüldüğü durumlara da sıkça rastl.....maktadır. Hukuki açıdan bakıldığında, işletme faaliyetlerini takip etmemekle birlikte resmi kayıtlarda sahip velveya ortak olarak gözükken bu kişiler suçlu duruma düşmektedirler. Gerçekte fiilen işleri yürüten ancak, resmi olarak ortak olmayan bu kişilerin de ortaya çıkan kaçakçılık fiillerinden dolayısıyla kamuya verilen zarardan sorumlu tutulmaları gerektiği düşünülmektedir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/427, K. 2018/517, 08.11.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

başlayacağı ve doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabileceği; bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. ve 171. maddelerinden hareketle suçun manevi unsurunun varlığı konusunda somut olayda yer alan delillerin yüklenen suç ile ilişkilendirilerek Cumhuriyet Savcısı tarafından ele alınacağı görülmektedir. Kovuşturma evresi bakımından ise suçun unsurlarının koşullarının oluşup oluşmadığı mahkemenin yani hakimnin takdirine bağlı olan bir husustur. Görüldüğü üzere tarafsız ve bağımsız bir yargı oranının yerine getirmesi gereken bir görev yetki alanında olmayan bir idari organla paylaştırılmıştır.

Kanunda yer almayan Tebliğ ile getirilen bu yetki düzenlemesi *kanunilik ilkesine* aykırı niteliktedir. Kaldı ki Tebliğde yetki verilen kimseler bakımından ceza yargılaması hususunda bir ihtisas şartı da getirilmemiştir. Denetim yetkisi verilmiş kimselerin ceza yargılaması açısından büyük önem arz eden suçun unsurlarının tespiti bakımından yetkili olmadığını kabul etmek gerekir. Ayrıca inceleme yapmaya yetkili olan bu kimseler çeşitli nedenlerle tarafsızlık ve bağımsızlık hususunda tereddütte sebep olacak bir etki altında kalmaya da açık konumdadırlar. Çünkü hakimnin bağımsızlığı tarafsızlığı gibi katı bir yükümlülük bu kimseler bakımından söz konusu değildir.

Buraya kadar açıklanan gerekçelerin haklılığını ortaya koyan en büyük gösterge uygulamada suçun manevi unsurunun tespiti hususunda suç genel teorisi ile bağdaşmayan kıstaslar türetilmesidir. Uygulamada vergi inceleme elemanları yasal bir dayanağı olmaksızın basit bir oranlama yöntemi ile sahte belge kullanma miktarının, ilgili yıldaki emtia ve hizmet alımları içindeki oranına ve ilgili alımlara ilişkin ödemeleri Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin^[104] Özel Esaslar bölümüne uygun olarak belgelenip belgelenmediğine bakarak suç raporu düzenleme ve suç duyurusunda bulunup bulunmama hususunda kanaate ulaşmaktadırlar. İdare uygulamada sahte belgenin bilerek kullanımını tespit ederken 84 sayılı KDV Genel Tebliği'nin^[105] “*Olumsuz Rapor*” başlıklı maddesinde “*sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanıldığı konusunda belirlemelerin yer aldığı raporlarda, raporun ait olduğu her bir vergilendirme döneminde sahte ve*

[104] Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği, (RG:26.04.2014- 28983).

[105] 84 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, (RG: 23.11.2001- 24592).

muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanılması nedeniyle reddedilen katma değer vergisi iade alacağına, iade hakkı doğuran işlem dolayısıyla yüklenilen verginin (ihraç kaydıyla teslimlerde teslim bedeli üzerinden hesaplanan verginin, iade hakkı doğuran işlemi bulunmayan mükelleflerde ilgili dönemdeki toplam vergi indiriminin) % 5'ini aşması halinde bu rapor olumsuz rapor sayılır” şeklindeki düzenlemeyi dikkate alarak %5'lik bir sınır uygulaması geliştirildiği görülmektedir.^[106]

Her ne kadar Vergi Usul Kanunu madde 370/b “*İzaha Davet*” düzenlemesinde yer alan “*ilgili yıldaki toplam mal ve hizmet alışlarının %5'i*” sınırından hareketle^[107] tebliğde raporun olumsuz sayılacağına dair benzer bir düzenleme getirilse de bu şekilde bir uygulamanın geliştirilmesi mükellefler tarafından %5'e kadar sahte belge düzenleme veya kullanmayı hak görme gibi bir bakış açısının gelişmesine neden olmaktadır.^[108] Bu örnekten hareketle uygulamada kast unsuru tespit edilirken yapılan incelemede sahte belge miktarının incelenen yıl emtia ve hizmet alımı içerisindeki oranının belli bir oranın altında kalması veya ödemenin kısmen ya da tamamen banka havalesi ya da nama yazılı çek olarak ödenmesi gibi hususlar başlı başına “*bilmeyerek kullanma*” göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle vergi incelemesi yapmaya yetkili kimseler de mükellef hakkında suç duyurusunda bulunmamaktadır. Bu şekilde geliştirilen uygulamaların

[106] Akdeniz, “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge,” 101.

[107] “*b) (a) fıkrası uyarınca yapılmış ön tespitlerin, verginin bu Kanunun 359 uncu maddesinde yer alan fillerle ziyaa uğratılmış olabileceğine ilişkin olması hâlinde bu kapsamdaki mükellefler izaha davet edilmez. Şu kadar ki, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanma fiilinin işlenmiş olabileceğine dair yapılan ön tespitlerde, kullanılan sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge tutarı, bir takvim yılında 100 bin (148.000 TL) Türk lirasını geçmeyen veya bu tutarı geçse bile ilgili yıldaki toplam mal ve hizmet alışlarının %5'ini aşmayan mükelleflere ön tespite ilişkin yazı tebliğ edilebilir. Mükelleflerce, haklarında yapılan tespite ilişkin yazının tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde; hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin verilmesi, eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının tamamlanması veya düzeltilmesi ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamla aynı sürede ödenmesi şartıyla vergi ziyai cezası, ziyaa uğratılan vergi üzerinden %20 oranında kesilir. Bu durum vergi incelemesi yapılmasına ve gerekirse tarhiyatın ikmaline engel teşkil etmez.*”

[108] Ertek, *Vergi Kaçakçılığı*, 85; Ela, *Sahte Belge ve Yanılıcı Belge*, 997.

özellikle oranlar özelinde herhangi bir hukuki dayanağı olmayıp bu şekilde yaklaşımların geliştirilmesi hususunda vergi incelemesi yapmaya görevli kimselerin de bu yönde bir yetkisi bulunmamaktadır.^[109]

— Yine tebliğde “...*bu belgeleri bilerek kullandığı sonucuna varılan mükellefler için vergi suçu raporları düzenlenmesi, haklarında Cumhuriyet savcılıklarına suçu duyurularında bulunulması ile bu belgelerin kullanılması sonucu vergi ziyanına da sebebiyet verilmiş olması halinde 344’üncü maddenin üçüncü fıkrası uyarınca üç katı vergi ziyaı cezası kesilmesi gerekmektedir. Ancak sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasında bu belgeleri bilmeden kullandığı sonucuna varılan mükellefler adına vergi suçu raporları düzenlenmemesi ve haklarında cumhuriyet savcılıklarına suç duyurularında bulunulmaması icap etmektedir.*” denerek vergi incelemesine yetkili kişilere suçun bildirilmesi konusunda bir takdir hakkı tanınmış olmasıdır.

Yukarıda mütalâa ve vergi suç raporuna ilişkin yapılan açıklamalar doğrultusunda ifade etmek gerekir ki kanun koyucu gerek mütalâa şartını gerek vergi suç raporu düzenleme yetkisini Vergi Usul Kanunu’nda açık bir şekilde düzenlemiştir. Bu belgeler vergi kaçakçılığı suçlarının tespitinde teknik bilgiler gerektiği için yol gösterici belgelerdir. *Bununla birlikte tebliğde vergi incelemesine yetkili olan kimselerin suçun manevi unsurunun oluşmadığını tespit etmesi halinde vergi suçu raporu düzenlememe ve suç bildiriminde bulunmama yetkisi tanınmasının bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır.* Yukarıda detaylı bir şekilde vergi incelemesine yetkili olan kimselerin suçun manevi unsurlarını tespit etme yetkisi olmadığını ifade etmiştik. Yine benzer gerekçeler burada da geçerli olup yapılan hukuka aykırı tespite göre ayrıca suç bildiriminde bulunulmaması kanunilik ilkesine açık bir şekilde aykırılık teşkil ettiği gibi Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesinde düzenlenen “*Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu*” vücut bulacaktır. Çünkü kanun koyucu Türk Ceza Kanunu madde 279’da “*Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki açık düzenleme gereği somut olayda sahte belge düzenlendiği veyahut kullanıldığını tespit eden vergi incelemesine

[109] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 302.

yetkili olan kimseler *her hal ve şartta* suçu bildirmek zorundadırlar. Rapor Değerlendirme Komisyonu'nun vergi inceleme elemanının suç bildirimine olumsuz mütalaa vermesi dahi suç duyurusunda bulunmaya engel teşkil edemez.^[110] Bu takdire açık bir husus olmayıp hukuka aykırı olduğunu ifade etmekle birlikte Vergi Suç Raporunda suçun manevi unsurunun neden oluşmadığını gerekçeleri ve delilleri ile belirterek Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi gerekmektedir. Aksi bakış açısı bu suçla mücadeleyi zorlaştıracak karanlık alanların oluşmasına neden olacaktır.^[111] Kaldı ki mütalâa kurumu suçun aydınlatılması bakımından ihtiyaç duyulan teknik bilgiyi de sağlamakta olup suçun bildirilmemesi gibi olumsuz bir sonuca kadar gitmeye gerek bulunmamaktadır.

Bu bakış açısının uygulamada mükellefin ekonomik hayatı için ağır neticeler doğurabileceği veyahut savcının vergi suç raporu düzenlenmiş şüpheliye önyargılı olabileceği gibi neticeler doğurabileceği düşünülebilir. Burada unutulmaması gereken husus savcının vergi suç raporundan bağımsız bir şekilde suçun manevi unsurunu değerlendirmesi gerektiğidir. Nitekim bu değerlendirmesi sonucu somut olayın özelliklerine göre Soruşturmaya yer olmadığı veya Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını verebilir. Aksi halde adeta bilirkişi yargılaması gibi vergi suç raporuna dayalı gerekçesiz bir yargılama yapılmış olacaktır. Buna karşın uygulamada bu usulün izlenmeye devam edilmesi düşünüldüğünde yukarıda da ifade edildiği gibi vergi suç raporunu düzenleyen yetkili kimselerin Vergi Hukuku'na ek olarak Ceza Hukuku'na da hakim olması aranmalıdır. Ancak bu şekilde vergi suç raporları isabetli bir şekilde düzenlenecek ve düzenleniş amacına hizmet edecektir.

— Tebliğ ile ilgili ele alınması gereken son husus “*Yapılan incelemelerde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgelerin bilerek, isteyerek kullanılıp kullanılmadığının vergi incelemesine yetkili olanlarca değerlendirilmesi ve bu belgeleri bilerek kullandığı sonucuna varılan mükellefler için vergi suçu raporları düzenlenmesi, haklarında Cumhuriyet savcılıklarına suçu duyurularında bulunulması ile bu belgelerin kullanılması sonucu vergi ziyanına da sebebiyet verilmiş*

[110] Şenyüz, “Mütalâa/Görüş,” 22.

[111] Cengiz ve Kılıç, *Naylon Fatura Suçları*, 303; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 343-344; Şenyüz, “Mütalâa/Görüş,” 28, 34; Budak, “Sahte Fatura,” 13; Seviğ, “Naylon Fatura,” 24; Ela, *Sahte Belge ve Yanılıcı Belge*, 997.

olması halinde 344 üncü maddenin üçüncü fıkrası uyarınca üç katı vergi ziyayı cezası kesilmesi gerekmektedir. Ancak sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasında bu belgeleri bilmeden kullandığı sonucuna varılan mükellefler adına vergi suçu raporları düzenlenmemesi ve haklarında cumhuriyet savcılıklarına suç duyurularında bulunulmaması icap etmektedir. Ayrıca, bu belgeleri kullanmak suretiyle vergi ziyasına sebebiyet verilmiş olması halinde mükellefler adına 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesi gerekmektedir.” açıklamasıdır. Bu açıklamadan hareketle mükellefin suç işleme kastı ve kusuru (suçun sabit olup olmaması) ile vergi ziyayı cezası kesilmesi arasındaki ilişkinin ele alınması gerekmektedir.

Tebliğde iki temel ihtimal üzerinden hareket edilmiştir. Birinci ihtimal sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin bilerek kullanıldığı tespit edilerek suç duyurusunda bulunulmakta ve vergi ziyasına da sebebiyet verilmiş ise üç katı vergi ziyayı cezası kesilecektir. İkinci ihtimalde mükellefin kastı tespit edilemediği için bir katı vergi ziyayı cezası kesileceği ifade edilmiştir.

Öncelikle bir zarar kabahati olan vergi ziyasının oluşması; Devlet Hazinesinin *vergi ziyayı (kayıbı)* şeklinde tahakkukun hiç gerçekleşmemesi; geç ve/ya da eksik gerçekleşmesi yüzünden vergi alacağının tahsilinin gecikmesi şartlarına bağlıdır^[112]. Çalışmaya konu suçu oluşturan fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmiş ise artık hem ziyasına uğratıldığı iddia edilen verginin üç katı kesilen cezaya ilişkin yargı denetimi hem de çalışmaya konu suçu işlediği iddia edilen kişinin yargılaması sonucunda verilecek kararlar arasında çelişki bulunması uygulamada birtakım olumsuz sonuçlara sebebiyet vermektedir.^[113] Nitekim bu olumsuz sonuçlardan biri de Tebliğe konu ihtimalde gündeme gelmektedir. Mükellefin kastı veyahut kusuru bulunmadığı halde vergi ziyayı bakımından bu durum dikkate alınmadan vergi ziyayı cezası kesilmektedir.

Karakoç'a göre;^[114] Tebliğde yer alan birinci ihtimal bakımından doğabilecek olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi için muhtemel üç çözümün

[112] Karakoç, “Tesbit ve Öneriler,” 323.

[113] Karakoç, “Tesbit ve Öneriler,” 336-337.

[114] Karakoç, “Tesbit ve Öneriler,” 337-338.

değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki *Ceza Mahkemesi* kararı gerekçe gösterilerek *re'sen düzeltme* yapılmasıdır. Fakat vergi yargılamasında kesinleşmiş bir kararın sonuçları idari işlemle bertaraf edilemeyeceği için uygulanması mümkün değildir. Bir diğer ihtimal yargılamanın yenilenmesine başvurulması yolu olabilir. Fakat burada da şöyle bir sorun karşımıza çıkmaktadır: İki ayrı yargı koluna ait mahkemenin verdiği kararlarda; tarafların, konunun ve gerekçenin aynı olduğu uyuşmazlıklar için verildiği kabul edilerek bir çelişki olduğu varsayılabilir mi? Bu sorunun mutlak bir şekilde cevabının bulunması zor olacağı için olumsuzlukların giderilmesi bakımından bu çözüm yolunun da uygulanması güçtür. Bir diğer ihtimal vergi mahkemesi ile ceza mahkemesi kararları arasındaki çelişkinin *hüküm uyuşmazlığı* oluşturduğu gerekçesiyle *Uyuşmazlık Mahkemesi*'nde çözümlenmesi düşünülebilir. Fakat bu yol uzun olup pratik ve amaca elverişli değildir. Tebliğde yer alan ikinci ihtimal bakımından ise; kaçakçılık suçu işlenmemiş olmasına karşın suç işlenmiş gibi vergi ziyayı cezasının kesilmesi büyük bir çelişki barındırmakta bu çelişkinin mevcut hükümler çerçevesinde düzeltilmesi mümkün değildir.

Taner-Aslanpınar'a göre^[115] bu şekilde bir uygulamanın geliştirilmesinin ardındaki temel neden 3 kat vergi ziyayı cezalı tarhiyatla birlikte hapis cezası bakımından yargılamanın uzun sürmesi, mükellefin ticari hayatının durma noktasına gelmesi nedeniyle uzlaşma yoluyla indirilme imkanı olan 1 kat vergi ziyayı cezalı tarhiyat daha kabul edilebilir görülmesidir.^[116] Fakat suçlarda olduğu gibi kabahatler bakımından da kusur sorumluluğu gerekli olup kusur sorumluluğu hem adli hem idari cezalar bakımından geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin görüşü de bu yöndedir.^[117]

[115] Fahri Gökçen Taner ve Y. Burak Aslanpınar, "Bilmeden (Kast Olmaksızın) Naylon Fatura Kullanıldığının Tespiti Halinde Vergi Ziyayı Cezası Kesilmesini Emreden 306 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine," *Yaklaşım Dergisi*, no. 265, (Ocak, 2015), 277-280.

[116] Y. Burak Aslanpınar, "Naylon Fatura Kullanma Suçunda Kasıt Unsuru ve İspat Külfeti-I," *Yaklaşım Dergisi*, no.221, (Mayıs 2011), 304-307.

[117] "Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre asli ve ferî fiilden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de,

Doktrinde paralel görüşte olan *Batı'ya göre*;^[118] Vergi ziyayı hem kast hem de taksirle işlenmesi mümkün olan bir kabahat iken Tebliğde yalnızca kast bakımından bir değerlendirme yapılarak vergi ziyayı cezasının da kesildiğini görmekteyiz. Bu şekilde bir değerlendirme yapılması yetersizdir.

Kanaatimizce uygulamada Tebliğ nedeniyle kusursuz olsa bile mükellefe bir katı vergi ziyayı cezası kesilmesi eleştirilmesi gereken önemli bir husustur. Bu tartışma her ne kadar başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek kadar önemli ve detaylı olsa da tebliğ ve çalışma konusuyula ilişkisinden kaynaklı kısaca değinmek gerekir^[119]. Tebliğ düzenlenirken mükellefin kusursuz olması veyahut hataya düşmüş olması durumları dikkate alınmamıştır. Özellikle mükellefin sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğunu bilmediği bir belgeyi kullanması halinde suçun manevi unsuru bakımından taksirli sorumluluk ve kusurluluk bakımından hata hükümlerinin değerlendirilmesi gerekecektir. Öncelikle her ne kadar Danıştay içtihatlarında Kabahatler Kanunu'nun vergi uyumsuzluğundan doğan idari davalarda doğrudan uygulanmasının açıkça mümkün olmadığı ifade edilse ve doktrinde bu husus tartışmalı olsa da vergi ziyayı bir kabahat olup Vergi Usul Kanunu'nda ayrıca bir düzenleme bulunmaması nedeniyle (sadece kasten işlenebileceğine dair bir hüküm bulunmaması nedeniyle) Kabahatler Kanunu madde 9'a gidilerek bu kabahatin hem kasten hem taksirle işlenebileceğini ifade etmek gerekir^[120]. Yine kabahatler bakımından objektif sorumluluk esası benimsenmemiş

'... fıkra ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır.' denilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.", AYM, E. 2014/20, K. 2014/28, 11.02.2014, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140509-18.pdf>, Erişim Tarihi: 18.06.2021.

[118] Batı, "213 Sayılı," 37-38.

[119] Tartışmanın detayları için bakınız: Yıldırım Taylar, "Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyayı Cezasının Anayasa'ya Uygunluk Sorunu", Ceza Hukuku Dergisi 10, no. 28, (2015): 204-216.

[120] Kabahatler Kanunu'nun vergi hukuku bakımından uygulama alanına ilişkin detaylı tartışmalar için bakınız:

Ayhan Kılıç, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği," *TAAD* 5, no. 18, (Temmuz 2014): 314-315; Elif

olup Kabahatler Kanunu madde 10'da bu husus işaret edilmiştir^[121]. Burada mükellefin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine bakılarak taksir bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Oysa tebliğde suçun manevi unsuru bakımından yalnızca “kast” dikkate alınarak bir düzenleme getirilmiştir. Yine somut olayda mükellefin taksirli sorumluluğundan söz edilebilmesi halinde bu defa belgenin sahteliği veyahut muhteviyatı itibariyle yanıltıcılığı hususunda düştüğü hata ayrıca değerlendirilmelidir. Çünkü Türk Ceza Kanunu madde 30/1 gereğince taksirli sorumluluk hali saklıdır. Hal böyle iken sadece mükellefin kastı bakımından bir değerlendirme yapılarak taksirli sorumluluk halini değerlendirmeksizin doğrudan bir katı vergi ziyai cezasına hükmedilmesi suç genel teorisi ve kabahatler hukuku bakımından hukuka aykırı niteliktedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi Vergi Usul Kanunu madde 367/6'ya ilişkin verdiği iptal kararında *“Usul güvencelerine ilişkin yeterli bağlantının sağlanmasından sonra bağlantılı olarak işlenebilen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine konu fiilleri farklı boyutlarıyla ele alan, kendi usul ve kurallarına göre nitelendirip değerlendiren farklı organ, makam ve mercilerin kararlarının her hâl ve şartta birbirini bağlaması gerektiği ileri sürülemeyeceği gibi bunların hiçbir koşulda birbirini bağlamaması gerektiği şeklinde bir sonuca varılması da mümkün değildir.”* diyerek suç genel teorisi bakımından ceza yargılamasında yapılan değerlendirmelerin her zaman tamamen vergi idaresi tarafından yapılacak değerlendirmelerden bağımsız veyahut bağlantısız olamayacağını vurgulamıştır^[122].

Bu şekilde geliştirilen uygulamanın Vergi Usul Kanunu madde 344/2 ve madde 359'a dayandırılması hukuka aykırıdır. Uygulamada ortaya çıkan bu hukuka aykırı gelişme ancak Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bir bireysel başvuru ile ilgili tebliğin neden olduğu hak ihlaline dikkat çekerek çözümlenebilecektir. Çünkü Tebliğin ilan yılı olan 2002 yılından bu yana geçen 19

Bekar, “Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Prof. Dr. İlhan Ozay'a Armağan, İUHFM* 69, no. 1-2, (2011): 1033-1050.

[121] Zeynel T. Kangal, *Kabahatler Hukuku*, 3. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 184,185; Tahsin Torunoğlu, “Vergi Ziyai Kabahati,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, (2012): 490-491.

[122] AYM, E: 2019/4, K: 2021/78 T: 4/11/202, R.G.: 9/3/2022-31773, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (E.T:12.09.2022).

senede hiçbir değişik yapılmaksızın hukuka aykırı bir şekilde uygulamada istikrarlı bir şekilde yer edinmesi muhtemel çözümün yalnızca bu olduğunu göstermektedir.

SONUÇ

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenleme veya kullanma suçunun manevi unsuru bakımından önem arz eden ilk husus 4369 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle yapılan değişiklikle; suç düzenlemesinden "bilecek" ifadesi kaldırılmasıdır. Bu değişiklik doktrinde suçun manevi unsuru bakımından tartışmaları beraberinde getirmişti. Bununla birlikte zaman içerisinde doktrinde bu konuda görüş birliği sağlanmış olup Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hükümler gereğince kural olarak suçun manevi unsuru çerçevesinde kast unsuru her şartta aranacak olup bununla ilgili kanunda ayrıca bir ibareye yer verilmesine gerek yoktur. Aksi bakış açısı suç ve cezanın şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edecek olup modern ceza hukukunda yer alan kusurlu sorumluluğun yok sayılması anlamına gelecektir.

Bununla birlikte uygulamada suç tipinde manevi unsurun nasıl tespit edildiği önem arz eden bir başka konudur. Mevcut suç düzenlemesinde yer alan kullanma ve düzenleme fiillerini ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Sahte belge/muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanan mükellefler açısından manevi unsurun tespitinde; mükellefin basiretli bir tacir olup olmaması, belgenin sahteliği, mükellefin belgenin gerçek mahiyetini anlayabilecek durumda olup olmaması gibi hususları değerlendirerek mükellefin yeterli dikkat ve özeni gösterse idi belgenin sahte olduğunu bilecek durumda olması ve buna rağmen belgenin sahte olduğunu bilerek kullanması halinde artık kasten hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Mükellefin sahte belge/muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanması bakımından önem arz eden bir diğer husus belgenin sahteliğinin/yanılıcılığının nasıl tespit edileceğidir. Bu konuda belgeyi düzenleyen faaliyetinin konusu, ödemenin şekli, mükellefin vergi ödeme gayretleri, alım/satım ilişkisinde olunan kişiler nezdinde yapılan karşıt inceleme ve tutanaklar gibi hususlar yol gösterici niteliktedir. Ayrıca bazı hususlar vardır ki somut olayda sahte belge kullanma kastını ortaya koymak hususunda önem arz etmektedir. Sahte faturalarda mal/hizmetin mahiyeti, tanık ifadeleri, sahte faturaların toplam mal alışları arasındaki payı örnekleri gibi.

Sahte belge/muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenleyen mükellefler açısından ise; uygulamada mükellefler vergi matrahını arttırmaya yönelik olarak sahte belge düzenleme yönünde yoğun bir eğilim göstermektedirler. Kural olarak sahte belge düzenleyen bir mükellefin belgenin sahteliğinden haberinin olmadığını iddia etmesi hayatın olağan akışında pek mümkün

değildir. Fakat sahte belge düzenleme fiili bakımından da mutlaka suçun manevi unsurunun oluşup oluşmadığı ele alınmalıdır. Başka bir deyişle, “mükellef sahte belgeyi zaten düzenlemiş kastı da evleviyetle mevcuttur” şeklindeki bir bakış açısı her daim hukuka uygun neticeler doğurmayacaktır. Somut olayda sahte belge düzenleme kastını ortaya koymak amacıyla yol gösterici hususların ayrıca ele alınması gerekmektedir. Mükellefin bilinen adreslerinde bulunamaması veya adresin başkasına ait olduğunun tespit edilmesi, faturaya konu işleme ilişkin herhangi bir nakliye, elektrik, su ve telefon giderinin bulunmaması, işi terk esnasında belgeleri vergi dairesine ibraz etmeme örnekleri gibi.

Bu suç tipi bakımından manevi unsur ele alınırken 306 Seri Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği’nde yer alan hususların değerlendirilmesi büyük önem arz etmektedir. Söz konusu Tebliğ; sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesinin kastın karinesi olarak kabul edilmesi ve bunun ayrıca değerlendirilmesine gerek bulunmaması gerektiği yönünde bir görüş ortaya koyması, mükellefin belgenin sahteliğini “bilmesi gerekmesi”nden ne anlaşılması gerektiği, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek, isteyerek kullanılıp kullanılmadığının vergi incelemesine yetkili olanlarca değerlendirilmesi konusunda bir yetkinin tanınması, vergi incelemesine yetkili kişilere suçun bildirilmesi konusunda bir takdir hakkı tanınması, mükellefin suç işleme kastı ve kusuru olmadığı halde hakkında vergi ziyai cezası kesilmesi gibi birçok konuda hukuka aykırılıklar barındırmakta olup eleştiriye açıktır.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, Demet. “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevi Unsur.” *Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 5. no. 1: 90-105.
- Akdoğan, Abdurrahman. *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*. 13. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2017.
- Apak, Sedat. “Sahte Belge Kullanma Suçunda “Manevi Unsur” Hakkında Değerlendirmeler.” *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 349, (Ekim 2017): 29-35.
- Arslan, Mehmet. *Vergi Hukuku*. 7. Baskı, İstanbul: Marmara Kitap Merkezi, 2011.
- Arslaner, Hakan. *Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Aslanpınar, Burak. *TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aslanpınar, Y. Burak. “Naylon Fatura Kullanma Suçunda Kasıt Unsuru ve İspat Külfeti-I”. *Yaklaşım Dergisi*, no. 21, (Mayıs 2011): 302-07.
- Batı, Murat. “213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçu ve Cezai Sorumluluğu.” *Vergi Dünyası* 36, no. 421, (Eylül, 2016): 21-41.
- Baykara, Bekir. “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Kast Unsuru 4369 Sayılı Kanun’la Kaldırıldı mı?”. *Maliye Postası*, no. 505, (15 Eylül, 2001), http://www.baykaraymm.com/makaleler/makale/Vergi_Kacakciliginda_Kast_Kaldirildi_mi.doc, (Erişim Tarihi: 01.06.2021).
- Bekar, Elif. “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” *Prof. Dr. İl Han Ozay’a Armağan, İUHFM* 69, no. 1-2, (2011): 1033-1050.
- Bilici, Nurettin. *Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Yargılama ve Tahsil Hukuku)*. 47. Baskı, Ankara: Savaş Kitabevi, 2019.
- Budak, Yılmaz. “Sahte Fatura Kullanımı Her Halde Savcılığa Bildirmek Zorunludur”. *Vergi Dünyası*, no. 349, (Eylül, 2010): 10-13.

- Candan, Turgut. *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Cengiz, Aydın ve Kılıç, Ömer. *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Çakmakçı, Ali ve Köseer, Semra. *213 sayılı VUK ve 5237 Sayılı TCK'ya göre Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Deniz, Kendal ve Gencil Ufuk. "Vergi Kabahatleri Açısından Sahte Belge Düzenleme veya Kullanma Fiili ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *TAAD 11*, no. 39 (Temmuz 2019): 157-188.
- Ela, Hatice. *Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Erbaş, Rahime. *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019.
- Ertek, Pınar. "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Kast Unsuru." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Geçer, Ahmet Emrah. *Vergi Usul Kanunu'nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibari ile Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Hakeri, Hakan. *İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.
- Kaneti, Selim; Ekmekci Esra, Güneş Gülsen ve Kaşıkçı Mahmut. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Kangal, Zeynel T. *Kabahatler Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Karakoç, Yusuf. "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, (Özel Sayı, 2013): 1259-1308.
- Karakoç, Yusuf. "Vergi Ceza Hukukuna İlişkin Tesbit ve Öneriler." *Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan*, (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları No: 63, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1, Nisan 2020: 321-382.

- Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Karakoç, Yusuf. *Vergi Ceza Hukuku*. 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Karakoç, Yusuf. *Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 69, 1996.
- Kaşıkcı, Mahmut. *Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.
- Kılıç, Ayhan. “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği.” *TAAD* 5, no. 18, (Temmuz 2014): 314- 315.
- Kızılot, Şükrü ve Kızılot Zuhâl. *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*. Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010.
- Kızılot, Şükrü. “Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Naylon Fatura.” *Yaklaşım Dergisi*, no. 130, (Ekim, 2003): 16-21.
- Koca, Mahmut ve Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Mutluer, M. Kamil. *Vergi Genel Hukuku*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Oktar, S. Ateş. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2013.
- Öncel, Mualla, Kumrulu Ahmet ve Çağan Nami. *Vergi Hukuku*, 27. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Önen, Sacit. *Genel Vergi Hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2017.
- Öner, Erdoğan. *Vergi Hukuku*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özbek, Veli Özer, Doğan Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özen, Mustafa. *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*. 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

- Özgenç, İzzet. “İhmali Suç Teorisi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXV, no. 4, (2021): 303-378.
- Özmen, İbrahim. “Vergi Usul Kanunu’nda İzaha Davet: 370. madde Mükelleflere Yeni Bir Fırsat Mı?.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1, (2018): 63-85.
- Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2019.
- Sarıcaoğlu, Ercan. *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Seviğ, Veysi. “Naylon Fatura Kullanılması ile İlgili Son Düzenleme”. *Yaklaşım Dergisi*, no. 115, (2002): 21-25.
- Şenyüz, Doğan, Yüce Mehmet ve Gerçek Adnan. *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*. 13. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2022.
- Şenyüz, Doğan. “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa Görüş.” *İzmir Barosu Dergisi*, (Mayıs 2016): 13-50.
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*. 9. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016.
- Taner, Fahri Gökçen ve Aslanpınar Y. Burak. “Bilmeden (Kast Olmaksızın) Naylon Fatura Kullanıldığının Tespiti Halinde Vergi Ziyayı Cezası Kesilmesini Emreden 306 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği’nin Hukuka Aykırılığı Üzerine.” *Yaklaşım Dergisi*, no.265, (Ocak 2015): 275-281.
- Taşkan, Yusuf Ziya. *Vergi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Taştan, Mehmet. *Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Taylar, Yıldırım. “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyayı Cezasının Anayasa’ya Uygunluk Sorunu.” *Ceza Hukuku Dergisi* 10, no. 28, (2015): 187-221.
- Torunoğlu, Tahsin. “Vergi Ziyayı Kabahati.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, (2012): 477-544.
- Yıldırım, Zübeyr ve Açar Serkan. “Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Mütalâa Şartı.” *Yaklaşım Dergisi*, no. 171, (Mart 2007): 280-286.

Yurtlu, Fatih. “Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXV*, no. 3, (2021): 579-636.

Yurtlu, Fatih. *İhmali Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Yüce, Mehmet. *Örnek Uygulamalarla Vergi Dava Rehberi*. 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.

Yüce, Mehmet. *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2019.

Emsal Bedel ve Dava Konusu Edilmesi

Kerem ÖNCÜ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı. keremnc@hotmail.com. **ORCID:** 0000-0003-1045-2273.

Makale geliş tarihi: 2 Kasım 2022 **Makale kabul tarihi:** 21 Aralık 2022

Atıf önerisi: Atıf önerisi: Öncü, Kerem. “Emsal Bedel ve Dava Konusu Edilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 1 (Ocak 2023): 213-241. **DOI:** 10.30915/abd.1198216.

EMSAL BEDEL VE DAVA KONUSU EDİLMESİ

ÖZ

Bu çalışmada emsal bedel ve dava konusu edilmesi ile ilgili tartışmalı konuların değerlendirilmesi ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm getirilmesi amaçlanmıştır. Emsal bedel, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 267. maddesinde düzenlenmiştir. Emsal bedel aracılığıyla, gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veyahut doğru olarak tespit edilemeyen bir malın değeri belirlenmektedir. Kanun'da buna ilişkin birçok yöntem düzenlenmiştir. Bunlardan biri de takdir komisyonunca emsal bedelin takdiridir. Kanun'a göre mükellefin bu işleme karşı dava açması mümkündür. Ancak, bu konuda birçok tartışma bulunmaktadır. Takdir edilen emsal bedele karşı vergi dairesinin dava açıp açamayacağı tartışmalı konulardan biridir. Bir diğer tartışma ise, vergi dairesinin takdir komisyonuna başvurduğu durumlarda, mükellefin takdir edilen emsal bedele dava açıp açamayacağıdır. Kanun'da bunu engelleyen bir madde yer almamaktadır. Ancak vergi dairesinin takdir komisyonuna başvurduğu durumlarda mükellefin dava açabileceği kabul edildiğinde, usul ekonomisi ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gereken başka sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu konuda olması gereken hukuk yönünden çözüm, Vergi Usul Kanunu'nda değişiklik yapılmasıdır. Takdir komisyonuna vergi dairesinin başvurması durumunda mükellef emsal bedeli değil vergiyi dava konusu etmelidir. Vergi dairesi ise emsal bedele karşı dava açabilmelidir.

Anahtar kelimeler:

değerleme

emsal bedel

takdir komisyonu

karine

dava

THE IMPUTED VALUE AND LITIGATION

ABSTRACT

In this study, it is aimed to evaluate the controversial issues related to the imputed price and litigation and to solve the problems that may arise in practice. The imputed value is regulated in Article 267 of the Tax Procedure Law No. 213. Through imputed value, the value of a property that has no real value or that is unknown or cannot be determined accurately is determined. Many methods are regulated in the Law regarding this. One of them is the appraisal of the imputed value by the assessment commission. According to the law, it is possible for the taxpayer to file a lawsuit against this transaction. However, there is a lot of controversy about this. It is one of the controversial issues whether the tax office can file a lawsuit against the appraised imputed value. Another discussion is whether the taxpayer can file a lawsuit against the appraised imputed value in cases where the tax office applies to the assessment commission. There is no article in the law that prevents this. However, when it is accepted that the taxpayer can file a lawsuit in cases where the tax office applies to the assessment commission, other problems arise that should be evaluated within the scope of the principle of procedural economy. The legal solution to this issue is the amendment of the Tax Procedure Law. If the tax office applies to the assessment commission, the taxpayer should file a lawsuit against the tax, not the imputed value. The tax office should be able to file a lawsuit against the imputed value.

Keywords:

valuation

imputed value

assessment commission

presumption

case

GİRİŞ

“Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücüdür.”^[1] Söz konusu yetki aracılığıyla devlet, kamu giderlerinin finansmanını sağlamaktadır.

Kişilerle devlet arasındaki vergilendirme ilişkisi, günümüzde demokratik ilkelere uygun şekilde yürütülmeye çalışılmaktadır. Kural olarak kişiler, matrahi beyanname yoluyla kendileri bildirmektedirler. Vergi idaresi ise, beyan edilen matrahın doğru olup olmadığını kontrol etmektedir. Bu kapsamda, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda (VUK) yer alan emsal bedel müessesesi, matrahi oluşturan iktisadi kıymetlerin değerinin tespitini sağlamakta ve matrahın doğru şekilde belirlenebilmesine katkı sağlamaktadır.

Emsal bedelin tespitine ilişkin yöntemlerden biri, takdir komisyonu tarafından emsal bedelin takdiridir. Kanun’a göre takdir komisyonu tarafından emsal bedelin belirlenmesi, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemdir. Mükelleflerin söz konusu işleme karşı dava açabilmesi mümkündür. Ancak konu doktrinde tartışmalıdır. Davanın vergi dairesinin takdir komisyonuna başvurması durumunda açılıp açılmayacağı söz konusu tartışmalardan biridir. Kanun’da herhangi bir sınırlama olmaksızın mükellefin dava açabileceği düzenlenmektedir. Ancak bu şekilde bir değerlendirme yapılması durumunda, söz konusu davanın açılması verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmayacağından, mükellefin tarh edilen verginin iptali için ikinci bir dava açması gerekecektir. Bu durumda konu usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bunun dışında, vergi dairesinin takdir edilen emsal bedelin iptali için dava açıp açamayacağı da başka bir tartışmalı konudur. Bu çalışmada, emsal bedel ve dava konusu edilmesi ile ilgili tartışmalı hususlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Bu doğrultuda öncelikle emsal bedel müessesesinin pozitif hukukta düzenlenişi, önemi ve emsal bedel müessesesine ilişkin temel hususlar ele alınacaktır. Sonrasında takdir edilen emsal bedele karşı dava açılmasına ilişkin ilgili kanun maddeleri değerlendirilecektir. Söz konusu davanın şartları, davanın açılmasının sonuçları, uygulamada karşılaşılabilecek problemler irdelenecektir. Çalışmanın sonunda ise, tartışılan konular göz önüne alınarak olması gereken hukuk yönünden bazı önerilerde bulunulacaktır.

[1] Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, (İstanbul: Kazancı Yayınları, 1982), 3-4.

I. EMSAL BEDEL

A. POZİTİF HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

Emsal bedel müessesesi, VUK'ta "Değerleme" başlıklı üçüncü kitapta, aynı başlıklı birinci kısımda ve "İktisadi Kıymet Değerleri" başlıklı birinci bölümde düzenlenmektedir. Kanun'un 258. maddesi uyarınca değerlendirme, "vergi matrahlarının hesaplanmasıyla ilgili iktisadi kıymetlerin takdir ve tespitidir." Aynı Kanun'un 261. maddesinde sayılan değerlendirme yöntemlerinden biri de emsal bedeldir. Söz konusu müessese, anılan Kanun'un "Emsal bedeli ve emsal ücreti" başlıklı 267. maddesinde düzenlenmiştir.^[2]

- [2] **213 sayılı Vergi Usul Kanunu, Emsal bedeli ve emsal ücreti, madde 267:** Emsal bedeli, gerçek bedeli olmayan, veya bilinmeyen veyahut doğru olarak tesbit edilemeyen bir malın, değerlendirme gününde satılması halinde emsaline nazaran haiz olacağı değerdir.

Emsal bedeli sıra ile, aşağıdaki esaslara göre tayin olunur:

Birinci sıra: (Ortalama fiyat esası) aynı cins ve nevideki mallardan sıra ile değerlemenin yapılacağı ayda veya bir evvelki veya bir daha evvelki aylarda satış yapılmışsa, emsal bedeli bu satışların miktar ve tutarına göre mükellef tarafından çıkarılacak olan 'Ortalama satış fiyatı' ile hesaplanır. Bu esasın uygulanması için, aylık satış miktarının, emsal bedeli tayin olunacak her bir malın miktarına nazaran % 25 ten az olmaması şarttır.

İkinci sıra: (Maliyet bedeli esası) Emsal bedeli belli edilecek malın, maliyet bedeli bilinir veya çıkarılması mümkün olursa, bu takdirde mükellef bu maliyet bedeline, toptan satışlar için % 5, perakende satışlar için % 10 ilave etmek suretiyle emsal bedelini bizzat belli eder.

Üçüncü sıra: (Takdir esası) Yukarıda yazılı esaslara göre belli edilemeyen emsal bedelleri ilgililerin müracaatı üzerine takdir komisyonunca takdir yolu ile belli edilir. Takdirler, maliyet bedeli ve piyasa kıymetleri araştırılmak ve kullanılmış eşya için ayrıca yıpratma dereceleri nazara alınmak suretiyle yapılır. Takdir edilen bedellere mükelleflerin vergi mahkemesinde dava açma hakkı mahfuzdur. Ancak, dava açılması verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmaz.

Emsal bedelinin mükellef tarafından bizzat hesaplandığı hallerde, bu hesaplara ait kayıt ve cetveller ispat edici kağıtlar olarak muhafaza edilir.

Yukarıdaki esaslarla mukayyet olmaksızın kaza mercilerinin re'sen biçtikleri değerler ile zirai kazanç ölçülerini tesbit eden kararlarda yer alan unsurlar emsal bedeli yerine geçer.

Ücretle yapılan imalatta ücretin gerçek miktarının bilinmemesi veya doğru olarak tayin edilememesi hallerinde tesbit edilecek emsal ücret de aynı esaslara göre tayin olunur.

Maddenin ilk fıkrasında emsal bedel, “gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veyahut doğru olarak tespit edilemeyen bir malın, değerlendirme gününde satılması halinde emsaline nazaran haiz olacağı değer” şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise emsal bedelin yine aynı maddede yer alan yöntemler sırası ile uygulanmak suretiyle tespit edileceği düzenlenmiştir. Bu yöntemler; ortalama fiyat esası, maliyet bedeli esası ve takdir esasıdır. Kanun’daki bu sıraya uyulması zorunlu olup,^[3] aksi halde yapılan değerlendirme hukuka aykırı hale gelecektir.^[4] Bununla birlikte VUK’un 267. maddesinin 7. fıkrası uyarınca mahkemelerin re’sen biçtikleri değerler ile zirai kazanç ölçülerini tespit eden kararlarda yer alan unsurlar, söz konusu sıraya bağlı kalmaksızın emsal bedel yerine geçmektedir.

Emsal bedelin tespitinde üçüncü sırada yer alan yöntem takdir esasıdır. VUK’un 267. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, emsal bedelin birinci ve ikinci sıradaki yöntemlere göre belirlenememesi durumunda uygulanmaktadır. Bu durumda emsal bedel, ilgililerin müracaatı üzerine takdir komisyonunca takdir yolu ile belirlenmektedir. Konunun daha net anlaşılabilmesi için sonraki başlık altında emsal bedel müessesesinin vergilendirme süreci bakımından önemi üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda nasıl bir işlev yerine getirdiği, temel hak ve hürriyetlerle ilişkisi gibi konulara yer verilecektir.

B) VERGİLENDİRME SÜRECİ AÇISINDAN ÖNEMİ

Emsal, kelime anlamı itibarıyla benzer, eş, denk anlamına gelmektedir.^[5] Emsal bedel, VUK’un 267. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veyahut doğru olarak tespit edilemeyen bir malın, değerlendirme gününde satılması halinde emsaline nazaran haiz olacağı değerdir.” Tanıma göre söz konusu müessese, gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veya doğru olarak tespit edilemeyen bir mal söz konusu olduğunda uygulanmaktadır. Söz konusu malın değerlendirme gününde satılması durumunda, emsaline göre değeri tespit edilmektedir. Görüleceği üzere,

[3] Yılmaz Özbalci, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, (İstanbul: Feryal Matbaası, 1988), 614.

[4] Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, 30. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 284.

[5] <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01.05.2022.

burada bir kontrol ve güvenlik mekanizmasından söz etmek mümkündür.^[6] Zira matrahı oluşturan iktisadi kıymetlerin değerinin tespiti, matrahın doğru şekilde belirlenebilmesi açısından önemlidir.^[7]

Emsal bedel, bilinen bir durumdan bilinmeyene ulaşma imkânı sağlandığından, söz konusu müessese doktrinde karine olarak nitelenmektedir.^[8] Bununla birlikte aksi ispatlanabilir olduğundan, başka bir deyişle mükellefin takdir edilen emsal bedeli dava konusu edebilmesi mümkün olduğundan, bunun bir adi karine olduğu vurgulanmaktadır.^[9] Nitekim VUK'un 267. maddesinin 4. fıkrasında, mükelleflerin takdir edilen emsal bedele karşı dava açabilecekleri düzenlenmek suretiyle, aksinin ispatı mümkün kılınmıştır.

VUK'un 3. maddesinin B bendi uyarınca “vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.” Söz konusu madde, vergi hukukunda ekonomik yaklaşımın yasal dayanağı olarak ele alınmaktadır.^[10] Madde ile kastedilen, hukuki biçimlerin ötesine geçilerek, gerçek mahiyetin esas alınmasıdır.^[11] Bununla birlikte, gerçeğin tespiti her durumda mümkün olamamaktadır. Bu durumda çözüme takdir komisyonu aracılığıyla ulaşılmaya çalışılmaktadır.^[12] Komisyon, emsal bedeli takdir etmektedir. Burada gerçek bedelin tam olarak saptanmasından söz

[6] Zübeyir Bakmaz, *Türk Vergi Hukukunda Emsal Bedel*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 6.

[7] Selim Kaneti, *Vergi Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1986/1987), 171.

[8] Eda Özdiler Küçük, *Vergi Hukukunda Karineler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 106.

[9] Özdiler, *Vergi Hukukunda Karineler*, 110.

[10] Doğan Şenyüz, *Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri*, (Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002), 18.

[11] Mustafa Akkaya, *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 80-81.

[12] Cenker Göker, *Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 1.

edebilmek mümkün değildir.^[13] Ancak mümkün olduğunca gerçeğe ulaşmak amaçlanmaktadır.^[14]

Konu, temel hak ve hürriyetleri de ilgilendirmektedir. Bedel, bir sözleşmenin temel unsurlarından biridir. Emsal bedel müessesesi ile gerçek bedelin yerine başka bir bedel ikame edilmektedir. Konu bu haliyle Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme hürriyetine bir müdahale teşkil etmektedir.^[15] Bunun dışında takdir komisyonunca belirlenen emsal bedel ikmalen veya re'sen tarha esas alınacağından, söz konusu vergi ve cezaları malvarlığından ödemek mecburiyetinde kalan mükellef açısından konu mülkiyet hakkını da ilgilendirmektedir. Ancak diğer taraftan bakıldığında ise, bedelin oldukça düşük takdir edilmesi vergi kaybına neden olacaktır. Bu durum, Anayasa'nın 73. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin kurala da aykırılık teşkil edecektir. Takdir komisyonu temel hak ve hürriyetler ile vergi ödevi arasındaki dengeyi sağlamak durumundadır.^[16] Bu ise, gerçek mahiyete en yakın bedelin takdiri ile ancak mümkündür. Bu doğrultuda kanun koyucu VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasının 2. cümlesinde, "Takdirler, maliyet bedeli ve piyasa kıymetleri araştırılmak ve kullanılmış eşya için ayrıca yıpranma dereceleri nazara alınmak suretiyle yapılır." düzenlemesi ile söz konusu yetkiyi sınırlandırılmıştır. Bu durumda takdir komisyonu tamamen varsayımsal bir değerlendirme yapmaktan kaçınılmalı,^[17] VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasının 2. cümlesini göz önünde tutarak gerçek mahiyetten uzaklaşmamalıdır.

Vergi idaresi gerçek mahiyeti araştırırken, kural olarak delil serbestisinden yararlanmaktadır. VUK'un 3. maddesinin B bendinin 2. fıkrası uyarınca "Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak

[13] Selim Kaneti, Esra Ekmekçi, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 183.

[14] Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku*, 12. baskı (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021), 193.

[15] Bakmaz, *Türk Vergi Hukukunda Emsal Bedel*, 24.

[16] Göker, *Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları*, 66.

[17] Göker, *Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları*, 61.

kullanılamaz.” Görüldüğü üzere yemin ve vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık şahit ifadesi dışında, delil serbestisi söz konusudur. Ancak buna rağmen gerçek bedele ulaşabilmek bazı durumlarda mümkün olamamaktadır. İşte bu noktada emsal bedel, gerçek mahiyete ulaşabilmek için delil serbestisi yeterli olmadığında destekleyici bir rol üstlenmektedir.^[18]

C) EMSAL BEDEL TAKDİRİNE İLİŞKİN TEMEL HUSUSLAR

VUK’un 267. maddesi uyarınca emsal bedelin tespitinde üçüncü yöntem olan takdir esasında yetki takdir komisyonundadır. Komisyon, anılan madde uyarınca ilgililerin başvurusu üzerine harekete geçmektedir. Bu noktada, vergi idaresinin yanı sıra mükelleflerin de komisyona başvurabilmesi mümkündür.^[19] Devredilen bir malın bedeli konusunda belirsizliği gidermek isteyen mükellef de emsal bedelin takdir edilmesini talep edebilir.^[20] Bu durumda takdir komisyonu tarafından takdir edilen emsal bedelin ilgili beyannameye yansıtılması gerekir.^[21]

Bunun dışında vergi dairesi de emsal bedelin takdiri için takdir komisyonuna başvurabilir. “İkmalen vergi tarhi” başlıklı VUK’un 29. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “*İkmalen vergi tarhi, her ne şekilde olursa olsun bir vergi tarh edildikten sonra bu vergiye müteallik olarak meydana çıkan ve defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak miktarı tespit olunan bir matrah veya matrah farkı üzerinden alınacak verginin tarh edilmesidir.*” Kanuni ölçü, matrahın tespiti için vergi kanunlarında yer alan ölçü ve esaslardır. VUK’un 267. maddesinde yer alan emsal bedel de kanuni ölçü kavramına dahil olup, takdir komisyonu tarafından belirlenen emsal

[18] Bakmaz, *Türk Vergi Hukukunda Emsal Bedel*, 47-48

[19] Şükrü Kızılot ve Zuhâl Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 18. baskı (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010), 314.

[20] İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Sayı: 11395140-105[VUK-1-22116]-477156, Tarih: 18.06.2021: “Buna göre, mahkeme kararına istinaden herhangi bir bedel ödmeden adınıza tapu tescili yapılan bahse konu 11 adet taşınmazın, ilgili dönem gelir hesaplarına kaydedilmek suretiyle emsal bedel üzerinden aktifinize/kayıtlarınıza intikal ettirilmesi gerekmekte olup, emsal bedelin tespiti için bağlı olduğunuz vergi dairesi müdürlüğüne müracaat etmeniz halinde takdir komisyonunca emsal bedelin takdir edilebileceği tabiidir.” www.gib.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.3.2022.

[21] Özbacı, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, 901.

bedel ikmalen tarh için esas alınmaktadır.^[22] Bununla birlikte uygulamada vergi idaresi re'sen tarh kapsamında da emsal bedelin takdiri için takdir komisyonuna başvurabilmektedir.^[23]

Yargı organının re'sen biçtiği değer de emsal bedel yerine geçmektedir. Malın değerini tespit eden bir mahkeme kararının bulunması durumunda, mükelleflerin takdir komisyonuna başvurmalarına gerek bulunmamaktadır.^[24]

Takdir komisyonu ve yargı organı dışında, inceleme elemanının da emsal bedeli takdir edebileceği belirtilmektedir.^[25] Danıştay 7. Dairenin kararına konu bir olayda, ilk derece mahkemesi, VUK'un 267. maddesinde, 3. sırada yer alan takdir esasına göre emsal bedele ilişkin tespitin takdir komisyonunca yapılması gerektiğine; olayda ise, dayanağının vergi inceleme raporu olması nedeniyle tarh ve ceza kesme işleminde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. Karar, Danıştay 7. Daire tarafından bozulmuştur. Danıştay

[22] Turgut Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, 2. baskı (Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006), 52; Kızılot ve Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 315; Özbalcı, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, 200-201.

[23] İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 1. Vergi Dava Dairesi, E. 2019/1286, K. 2020/136, 11.2.2020: “İncelenen dosyadan, mobilya imalatı faaliyetinde bulunan davacı şirketin mükellefiyetinin 31.12.2015 tarihi itibarıyla 2016/2 sayılı Uygulama İç Genelgesi gereğince kapatıldığı ancak, internet ortamında süresinde verilen 2015 yılı kurumlar vergisi beyannamesi eki bilanço ve gelir tablosunda yer alan demirbaş ve emtianın emsal bedelle çıkışının yapılmadığının tespiti üzerine, stokların ve demirbaş çıkışlarının değerlendirilmesi amacıyla takdir komisyonuna sevk edildiği, takdir komisyonunca, bilançoda stoklar hesabının alt hesabı olan «İlk Madde ve Malzeme» hesabında yer alan emtianın maliyet tutarı üzerinden 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 267. maddesi gereği toptan satış için 5% ilave edilmek suretiyle emsal bedel ve karın hesaplandığı, 2015 yılı beyannamesinde beyan edilen zarar da dikkate alınarak matrahın belirlendiği ve bu matrah üzerinden re'sen tarhiyat yapıldığı anlaşılmıştır.” Benzer başka bir karar: Konya Bölge İdare Mahkemesi, 1. Vergi Dava Dairesi, E. 2020/960, K. 2020/1214, 12.11.2020, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

[24] Metin Aytulun ve Vefa Toroslu, *TMS ve VUK Kapsamında Stoklar*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014), 111.

[25] Abdullah Ok, “Danıştay Kararları Işığında Re'sen Vergi Tarhında Matrahın Saptanmasına İlişkin İlkeler,” *Legal Mali Hukuk Dergisi* 5, no: 7 (2009): 1838.

7. Dairenin E. 2000/7232, K. 2003/436 sayılı ve 18.2.2003 tarihli kararı şu şekildedir:

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasında, bedeli bulunmayan veya bilinmeyen işlemler ile bedelin mal, menfaat, hizmet gibi paradan başka değerler olması halinde matrah işlemin mahiyetine göre, emsal bedeli ve emsal ücretinin Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre tespit olunacağı belirtilmiştir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 267. maddesinde, her ne kadar, emsal bedeli, gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veya doğru olarak tespit edilemeyen bir malın, değerlendirme gününde satılması halinde emsaline nazaran haiz olacağı değer olarak tanımlandıktan sonra, hangi sıra ve esaslara göre tesis olunacağı üç sıra halinde yer almış üçüncü sırada getirilen takdir esasının önceki sırada belirtilen esaslara göre belli edilmeyen emsal bedellerinin ilgililerin başvurusu üzerine takdir komisyonunca maliyet bedeli ve piyasa kıymetleri araştırılmak ve kullanılmış eşya için ayrıca yıpranma dereceleri nazara alınmak suretiyle takdir yolu ile belli edileceği hükmü yer almışsa da, aynı Kanunun 30. maddesinin, ilk fıkrasında inceleme raporlarında bu maddeye göre belirlenen matrah veya matrah farkının re'sen takdir edilmiş sayılacağı öngörülmüş bulunduğundan; bu düzenleme ile inceleme elemanlarına verilen takdir yetkisinin emsal bedel takdirini de kapsadığının kabulü gerekir. Bu bakımdan; davada, inceleme elemanınca yapılan emsal bedel takdirinin aracın gerçek satış değerini yansıtır yansıtmadığının incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, Mahkemece dava konusu işlemin yukarıda yazılı gerekçeyle iptalinde isabet görülmemiştir.^[26]

Danıştay kararında belirtilen hususa katılmak mümkündür. Zira emsal bedelden daha kapsamlı olan matrahı takdir etme yetkisine sahip inceleme elemanının, emsal bedeli takdir etme yetkisine de sahip olduğu kabul edilmelidir.

VUK'un 267. maddesinde en dikkat çeken noktalardan biri ise, mükellefin takdir edilen bedele karşı dava açabilmesidir. Bu düzenleme, takdir komisyonu kararlarının hukuki niteliği ve dava konusu edilip edilemeyeceği noktasında; ilgili yasal düzenlemeler, doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları açısından konuyu daha tartışmalı bir noktaya getirmektedir. Bu kapsamda öncelikle emsal bedel takdirinin idari işlem teorisi bakımından hukuki mahiyetinin ele alınması gerekmektedir.

[26] Danıştay 7. Daire, E. 2000/7232, K. 2003/436, 18.2.2003, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

D) EMSAL BEDEL TAKDİRİNİN HUKUKİ MAHİYETİ

Takdir komisyonunun subjektif olarak matrah saptama işlemleri, vergi hukuku açısından hazırlık işlemi veya ön işlem olarak nitelendirilmektedir.^[27] Bu kapsamda, takdir komisyonlarının VUK'un 30. maddesi uyarınca matrah takdiri işlemleri, kesin ve yürütülebilir işlem sayılmamaktadır.^[28] Matrah takdir edildikten sonra tarh edilen verginin dava konusu edilmesi gerektiği belirtilmektedir.^[29] Matrah takdirinde hukuka aykırılıklar söz konusu ise, tarh işlemi dava konusu edildiğinde, matrah takdirindeki hukuka aykırılıkların da ileri sürülebilmesi mümkündür.^[30] Doktrinde bunu zincir işlemler teorisi çerçevesinde açıklayan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, zinciri oluşturan halka işlemlerin amacı nihai işlem olup, bu işlemler ayrı bir dava konusu edilmesi mümkün değildir. Bu noktada tarh işlemi zincir işlem, matrahın takdiri ise halka işlem olarak nitelenmektedir.^[31]

Takdir komisyonunun bir başka yetkisi ise, emlak vergisi kapsamında asgari ölçüde arsa ve arazi birim değerlerinin takdiridir. VUK'un mükerrer 49. maddesinin 5. fıkrasında şu şekilde bir cümle yer almaktaydı: "Takdir komisyonlarının bu kararlarına karşı kendilerine karar tebliğ edilen daire, kurum, teşekküller ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıklarının on beş gün içinde ilgili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilirler." Anayasa Mahkemesi; 2011/38, K. 2012/89 sayılı ve 31.05.2012 tarihli kararı ile ilgili kısmı hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ile bağdaşmadığı gerekçesi ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi şu şekildedir:

Kanun koyucu itiraz konusu kural ile, takdir komisyonlarınca belirlenen değerlere karşı vergi mükellefi olan ve olaydan doğrudan etkilenebilecek kişilere dava açma hakkı verilmemekte sadece yasada değinilen kurum ve kuruluşları harekete geçirerek, asgari ölçüde arsa ve arazi birim değer tespitlerine karşı dava açılabilmesi imkânı tanınmaktadır. Emlak vergisi mükelleflerinin ödeyeceği verginin

[27] Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 110-112.

[28] Göker, *Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları*, 20; Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, 7. baskı (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2015), 168.

[29] Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 111.

[30] Göker, *Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları*, 56-57.

[31] Saban, *Vergi Hukuku*, 168-169.

hesaplanmasında esas alınan takdir komisyonu kararları idari bir tasarruf olduğu için buna karşı mükelleflere yargı yolunun kapatılması, Anayasayla güvence altına alınmış olan hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.^[32]

Karar sonrası, komisyonun bu madde kapsamında belirlediği birim değerleri, mükellefler tarafından da dava konusu edilebilmektedir.

Komisyonun dava konusu edilmesi mümkün bir diğer işlemi ise emsal bedel takdiridir. Kanun koyucu, zinciri oluşturan halka işlemlerden biri olan emsal bedelin takdirini diğerlerinden farklı bir statüye koymakta, hukuksal sonuç doğurduğunu kabul etmektedir.^[33] Emsal bedelin takdiri, VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası uyarınca icrai işlemdir. Emsal bedel takdiri, bu bakımdan VUK'un mükerrer 49. maddesi uyarınca emlak vergisi kapsamında asgari ölçüde arsa ve arazi birim değerlerinin takdirine benzemektedir.

II. EMSAL BEDELİN DAVA KONUSU EDİLEBİLMESİ

A) POZİTİF HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasının 3. ve 4. cümlelerinde takdir edilen emsal bedele karşı dava açılması hususu şu şekilde düzenlenmiştir: "Takdir edilen bedellere mükelleflerin vergi mahkemesinde dava açma hakkı mahfuzdur. Ancak, dava açılması verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmaz." Bunun dışında yine VUK'un "Vergi davaları" başlıklı 377. maddesinin 2. fıkrasında "Vergi dairesi tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi mahkemesinde dava açabilir." düzenlemesi yer almaktadır. Ancak anılan maddede matrah ifadesine yer verilmiş olup, emsal bedel yer almamaktadır. Aynı Kanun'un "Dava konusu" başlıklı 378. maddesinin 1. fıkrasında ise, "Vergi mahkemesinde dava açabilmek için ... tadilat ve takdir komisyonları kararlarının tebliğ edilmiş olması ... lazımdır." hükmü yer almaktadır.

[32] AYM, E. 2011/38, K. 2012/89, Kt. 31.05.2012, www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.05.2022.

[33] Saban, *Vergi Hukuku*, 169.

B) DAVAYA İLİŞKİN ŞARTLAR

1- Takdir Komisyonuna Kimin Başvurduğu Konusunun Davaya Etkisi

Doktrinde, takdir komisyonuna vergi dairesinin başvurması durumunda, takdir edilen emsal bedelin mükellef tarafından dava konusu edilemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, vergi dairesinin başvurması durumunda takdir edilen emsal bedel ikmalen tarhiyata esas alınacağından, mükellef ancak ikmalen tarhiyata karşı dava açabilir.^[34] Doktrindeki diğer görüşe göre ise, takdir komisyonuna başvuranın kim olduğunun önemi olmaksızın mükellef takdir edilen emsal bedele karşı dava açabilir.^[35]

Mükellefin başvurusu üzerine takdir edilen emsal bedelin dava konusu edilmesi ile ilgili bir tartışma söz konusu değildir.^[36] Asıl üzerinde durulması

[34] Kızılot ve Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 315; Özbacı, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, 901. Ancak Özbacı aynı kitabında, “İster mükellef, isterse vergi idaresinin talebine istinaden yapılsın, takdir olunan emsal bedele mükelleflerin dava açma hakkı mahfuzdur.” şeklinde farklı bir değerlendirmede daha bulunmaktadır. Özbacı, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, 618.

[35] Bakmaz, *Türk Vergi Hukukunda Emsal Bedel*, 115; Burhan Sargın ve Erkan Özkan, “Vergi Usul Kanunu’na Göre Değerleme Esasları,” *Vergi Raporu Dergisi* 111 (2008): 20.

[36] Danıştay 4. Daire, E. 1987/240, K. 1989/1561, 30.3.1989: “Vergi Usul Kanunu’nun ‘iktisadi işletmelere dahil kıymetleri değerlendirme’ başlıklı bölümünde yer alan 278 inci maddesinde, yangın, deprem ve su basması gibi afetler yüzünden veyahut bozulmak, çürümek, kırılmak, çatlamak, paslanmak gibi haller neticesinde iktisadi kıymetlerinde önemli bir azalış vaki olan emtia ile maliyetlerinin hesaplanması mutad olmayan hurdalar, döküntüler, üstüğü, dese ve ıskartaların emsal bedeli ile değerlendirileceği belirtilmiş, anılan Yasanın 74 üncü maddesinde, takdir komisyonlarının vergi kanunlarında yazılı fiyat, ücret veya sair matrah ve kıymetleri takdir ederek takdir kararına bağlamakla görevli oldukları ve bu görevlerini yaparken takdir sebepleri bulunup bulunmadığını incelemeyeceklerine değinilmiş, ‘emsal bedeli ve emsal ücreti’ başlıklı 267 inci maddesinde de, emsal bedelleri ortalama fiyat esas ve maliyet bedeli esasına göre tesbit edilemeyen malların emsal bedellerinin ilgililerin müracaatı üzerine takdir komisyonunca takdir yolu ile belli edileceği ve takdir edilen bedellere mükelleflerin vergi mahkemesinde dava açma haklarının mahfuz olduğu hükmüne yer verilmiştir.

İçerikleri açıklanan ve hükümlerden de anlaşılacağı üzere, işyerinde çıkan yangın sonucunda veya başka bir nedenle iktisadi işletmeye dahil emtiaların değerlerinde önemli bir azalış meydana gelmesi halinde, mükelleflerin söz konusu emtiaların emsal

gereken, vergi dairesinin takdir komisyonuna başvurması durumunda mükellefin dava açıp açamayacağıdır. Vergi dairesinin başvurusu üzerine takdir edilen emsal bedele karşı doğrudan dava açılmayacağı, davanın ikmalen tarh edilen vergiye karşı açılması gerektiği görüşü, re'sen tarh kapsamında takdir komisyonu tarafından matrah takdirinin dava konusu edilemeyeceği görüşü ile paraleldir. Ancak, re'sen tarh kapsamında yapılan matrah takdirinde, VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasındaki gibi bir düzenleme yer almamaktadır. Aynı fıkra da yer alan "Takdir edilen bedellere mükelleflerin vergi mahkemesinde dava açma hakkı mahfuzdur." düzenlemesi, takdir komisyonunca belirlenen emsal bedele karşı açılacak davayı mükellefin başvurusu ile sınırlandırmamaktadır. Kanımızca mükellefin her iki durumda da dava açılabilmesi gerekir.^[37]

2- Taraflar

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasında takdir edilen bedellere karşı mükelleflerin dava açabileceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 8. maddesinin 4. fıkrası uyarınca "Bu Kanun'da geçen 'mükellef' tabiri vergi sorumlularını da kapsamaktadır." Buradan hareketle vergi sorumlusunun da dava açabilmesi mümkün olmalıdır.^[38]

Vergi dairesinin takdir edilen emsal bedele karşı dava açıp açamayacağı konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki görüşlerden birine göre, takdir edilen emsal bedele karşı mükellef ile birlikte vergi dairesi de dava açabilecektir.^[39] Aksi görüşe göre ise, VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasında

bedellerinin ve dolayısıyla bu tür emtiaların değerlerinde meydana gelen eksilmenin belirlenmesi için takdir komisyonlarına ve bu komisyonların kararlarına karşı vergi mahkemelerine başvurmaları mümkün bulunmaktadır." www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi: 25.05.2022.

[37] Bakmaz, *Türk Vergi Hukukunda Emsal Bedel*, 115; Sargın ve Özkan, "Vergi," 20.

[38] Mustafa Akkaya, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no:0, (1997): 205-207.

[39] Serkan Açar, "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 62 (2006): 275; Yılmaz Özbacı, *Vergi Davaları*, (Ankara: Oluş Yayıncılık, 2006), 68.

takdir edilen emsal bedele karşı sadece mükelleflere dava açma hakkı tanındığından, vergi dairesi dava açamayacaktır.^[40]

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasında takdir edilen bedele karşı vergi dairesinin dava açabileceği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. VUK'ta "Vergi davası açmaya yetkili olanlar" başlıklı 377. maddenin 2. fıkrası uyarınca, "Vergi dairesi tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi mahkemesinde dava açabilir." Anılan fıkrada, vergi dairesinin takdir komisyonunca alınan tüm kararlara karşı dava açabileceği yönünde bir ifade yer almamaktadır. Bilakis "tahmin ve takdir olunan matrahlara" ifadesine yer verilmiştir. Emsal bedel takdiri ile matrah takdiri birbirinden farklı işlemler olup, anılan fıkrada belirtilen dava "tahmin ve takdir olunan matrah" ile sınırlıdır. Bu durumda, VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası uyarınca takdir edilen emsal bedele karşı sadece mükellefler tarafından dava açılabilirliği düşünülmektedir.

3- Görev

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasında davanın vergi mahkemesinde açılacağı açıkça düzenlenmek suretiyle görevli mahkeme belirlenmiştir. Bu sebeple vergi mahkemelerinin görev alanını düzenleyen genel norm niteliğindeki 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesi burada uygulanmamaktadır. VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası burada özel normdur.

4- Yetki

Vergi mahkemelerinde yetki, İYUK'un 37. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Bu Kanununa göre vergi uyuşmazlıklarında yetkili mahkeme:

- a) Uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren, zam ve cezaları kesen,
- b) Gümrük Kanunu'na göre alınması gereken vergilerle Vergi Usul Kanunu gereğince şikâyet yoluyla vergi düzeltme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerde; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren,

[40] Bakmaz, *Türk Vergi Hukukunda Emsal Bedel*, 116.

c) Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanununun uygulanmasında, ödeme emrini düzenleyen,

d) Diğer uyuşmazlıklarda dava konusu işlemi yapan,

Dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesidir.

Takdir komisyonunca emsal bedelin takdiri; a, b ve c bentleri kapsamına girmemektedir. O sebeple, İYUK'un 37. maddesinin d bendi uyarınca takdir komisyonunun bulunduğu yerdeki vergi mahkemesi yetkili sayılmalıdır.^[41]

5- Süre

VUK'un 267. maddesinde dava açma süresi ile ilgili bir belirleme söz konusu değildir. Bununla birlikte aynı Kanun'un "Dava konusu" başlıklı 378. maddesinde "Vergi mahkemesinde dava açabilmek için tadilat ve takdir komisyonları kararlarının tebliğ edilmiş olması ... lazımdır." düzenlemesi söz konusudur. Bu cümle uyarınca, dava açma süresinin takdir komisyonu kararının tebliği üzerine başlayacağı belirtilebilir. Dava açma süresi, İYUK'un 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca komisyon kararının tebliğini izleyen günden itibaren otuz gündür.^[42] Emsal bedel takdiri mükellefe tebliğ edilmediği takdirde, dava açma süresinin mükellefin ıttıla tarihinden itibaren başlaması gerekir.^[43]

C) DAVANIN AÇILMASININ VE AÇILMAMASININ SONUÇLARI

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası uyarınca takdir edilen emsal bedele karşı dava açılması, verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmamaktadır. Vergilendirme süreci devam edeceğinden, yürütmenin durdurulmasına karar verilmediği takdirde vergi tarh edilecektir.

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasında mükellefin dava açma hakkının mahfuz olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kanun koyucu burada davanın açılmamış olmasına hukuki bir sonuç bağlamamıştır. Başka bir deyişle, söz konusu davanın açılmaması, mükellef açısından hak kaybına

[41] Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, 157.

[42] Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, 157.

[43] Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 279.

sebebiyet vermemektedir. Örnek vermek gerekirse, tarh işlemi dava konusu edilmediğinde, vergi ve cezalar tahakkuk etmektedir. Burada böyle bir durum söz konusu değildir. Bunun dışında, ödeme emri tebliği üzerine dava açıldığında, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinde itiraz sebepleri sınırlı olduğundan, diğer hukuka aykırılık iddialarının tarhiyat aşamasında ileri sürülmesi gerekir.^[44] Burada ise emsal bedel takdiri dava konusu edilmediğinde, tarh işlemine karşı açılan davada emsal bedel takdirindeki hukuka aykırılıkların ileri sürülememesi gibi bir kısıtlama da bulunmamaktadır.

Yargı organı, emsal bedel takdiri üzerine tarh edilen vergi ve cezalara karşı açılan davalarda, emsal bedel takdirinin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Örnek vermek gerekirse, gayrimenkul satışlarından elde edilen ticari kazancın kayıt ve beyan dışı bırakıldığı gerekçesiyle düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak re'sen tarh edilen bir kat vergi ziyayı cezalı gelir geçici vergisine karşı açılan davada, Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesinin; E. 2020/960, K. 2020/1214 sayılı ve 12.11.2020 tarihli kararı şu şekildedir:

Bu durumda, öncelikle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 134. maddesi hükmü uyarınca alıcılarında beyanlarına başvurulmak ve bu yolla elde edilen verilerin davacı ve alıcılara ait banka hesap ve kredi hareketleriyle desteklenmesi suretiyle somut verilere dayanan kapsamlı bir vergi incelemesi yapılarak gerçek satış bedellerinin tespiti yolunun denenmesi, ancak bu yolla gerçek satış bedellerinin tespit edilememesi halinde ise gerçeğe en yakın değer bulunması yönünden gerçek bedeli tespit edilemeyen bağımsız bölümlerin emsal bedelinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 267. maddesinde emsal bedelin sırası ile ortalama fiyat, maliyet bedeli ve son olarak takdir esasına göre tayin olunacağı kurala bağlandığından ve emsal bedelin saptanmasında bu sıralamaya uyulması zorunlu olduğundan önceki sıradaki yöntemin uygulanamama sebebi de somut olarak ortaya konulmak suretiyle satış bedelinin belirlenmesi gerekirken bu sıra atlanarak 267. maddenin üçüncü sırasında yer alan takdir esasının esas alınması suretiyle hesaplanan matrah üzerinden davacı adına geçici vergiye bağlı olarak kesilen vergi ziyayı cezalarında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.^[45]

[44] Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 177.

[45] Konya Bölge İdare Mahkemesi, 1. Vergi Dava Dairesi, E. 2020/960, K. 2020/1214, 12.11.2020, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 02.04.2022.

Davanın açılması ve açılmaması durumlarında ortaya çıkacak sonuçların bu şekilde olacağı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte davanın açılması durumunda uygulamada bazı sorunların ortaya çıkabileceği düşünülmektedir. Sonraki başlıkta bu sorunlar, davanın işlevi ve mükellef açısından önemi *üzerinde durulacaktır.*

D) EMSAL BEDELİN DAVA KONUSU EDİLMESİ DURUMUNDA UYGULAMADA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

Takdir komisyonuna vergi dairesinin başvurması durumunda, VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası uyarınca mükellef açısından yargı yolunun açık olduğu düşünülmektedir. Ancak takdir edilen emsal bedele dava açılabilmesi için mükellefe tebliğ edilmesi veya mükellefin ittila etmesi gerekmektedir. Takdir komisyonu kararının, vergi tarh edildikten sonra ihbarnamenin tebliği ile öğrenilmesi durumunda, tarh edilen vergi dururken takdir edilen emsal bedelin dava konusu edilmesi ise mükellef için mantıklı bir adım olmayacaktır. Zira İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrası uyarınca "Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur." Bununla birlikte takdir komisyonunca belirlenen emsal bedel mükellefe tebliğ edildiğinde veya mükellef ittila ettiğinde dava açması mümkündür. Ancak takdir edilen emsal bedelin dava konusu edilmesi VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası uyarınca verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmaktadır. Yargılama sürelerinin uzunluğu ve takdir komisyonu kararı ile tarh işlemi arasında geçen sürenin genellikle kısa olması dikkate alındığında, mahkeme yürütmenin durdurulması veya iptal kararı vermediği müddetçe, vergi ve cezalar tarh edilecektir. Müvekkil vergi/ceza ihbarnamesini tebliğ aldıktan sonra ise bu sefer tarh edilen verginin iptali için ikinci bir dava açmak durumunda kalacaktır. Aksi halde vergi ve cezalar tahakkuk edecek ve tahsil aşamasına geçilecektir. Tarh işleminin iptali için dava açılmasıyla birlikte, birbiri ile bağlantılı olabilecek derdest iki dava olacaktır.

Bu noktada, iki davanın nasıl görüleceği sorunu ortaya çıkacaktır. İYUK'un 38. maddesi ve devamı maddelerde düzenlenen bağlantılı dava müessesesi bu konuda çözüm olabilir. Anılan maddenin ilk fıkrası uyarınca "aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır." Bu noktada, emsal

bedelin takdiri ile tarh işleminin bağlantılı olduğu düşünülebilir. Zira emsal bedel takdir edilmek suretiyle matraha ulaşılmakta, vergi ve cezalar da buna göre tarh edilmektedir. Birbirine ters düşen kararların verilmesini engelleyen bağlantılı dava müessesesi ile davalar birleştirilmemekte ancak birlikte karara bağlanmaktadır.^[46] Ancak bu müessesenin işlemesi, İYUK'taki şartların sağlanmasına ve talep üzerine veya re'sen mahkemenin bu yönde karar vermesine bağlıdır. Bu sebeple bağlantılı dava müessesesinin her durumda çözüm olabilmesi mümkün gözükmemektedir.

Her iki davanın ayrı şekilde görülüp, mahkemelerin farklı karar vermesi de mümkündür. Takdir edilen emsal bedele karşı açılan dava reddedilip, tarh edilen vergiler mahkemece iptal edildiğinde, mükellef açısından vergi borcu sona erecektir. Ancak tarh edilen vergilere karşı açılan dava reddedilip, emsal bedel takdiri iptal edildiğinde ne yapılacağını belirlemek kolay değildir.

Bunun dışında, sürecin daha da karmaşıklaştığı durumlar da söz konusu olabilir. İlk derece mahkemesinin tarh işlemine ilişkin açılan davayı reddetmesi durumunda, vergi ve cezalar tahakkuk edeceğinden mükellefe ödeme emri tebliğ edilecektir. Mükellef ödeme emrinin tebliği üzerine dava açtığında ise, bu sefer bağlantılı sayılabilecek ya da en azından aynı işlem dosyasını içeren dava sayısı üçe çıkacaktır.

Emsal bedelin takdir komisyonu yerine inceleme elemanı tarafından takdir edilmesi durumunda ise, mükellefin VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası uyarınca dava açabilmesi mümkün olmamalıdır. Benzer bir sonuç, re'sen tarh kapsamında takdir edilen emsal bedel için de kabul edilmelidir. Takdir komisyonu veya inceleme elemanı matrah takdiri kapsamında emsal bedeli takdir ettiğinde, işlem re'sen tarh kapsamında matrah takdiri olduğundan dava konusu edilememesi gerekir.

Mükellefin takdir komisyonuna başvurması durumunda ise, takdir komisyonunun belirlediği bedel mükellef açısından bağlayıcıdır. Mükellefin takdir komisyonu tarafından belirlenen emsal bedeli dikkate almaması durumunda cezalı şekilde vergi tarh edilecektir. Bu sebeple mükellefin takdir edilen emsal bedele karşı dava açması gerekmektedir. Ancak bu yeterli değildir. Mahkeme yürütmenin durdurulması veya iptal kararı vermediği müddetçe, beyannameye dayanan tarh yoluyla vergi tarh ve tahakkuk edecek, mükellef vadesinde veya vadesi geçtikten sonra vergiyi ödeyecektir. Mahkeme,

[46] Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 379.

yürütmenin durdurulması veya iptal kararı vermesi üzerine, başlangıçta tahsil edilen vergide gerekli düzeltmeler yapılacaktır.^[47] Bu noktada, beyanname ihtirazi kayıt olması durumunda, takdir edilen emsal bedele karşı açılan dava sürerken, tarh edilen verginin iptali için ayrıca dava açılması yine mümkün olabilir. Ancak, İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, "ihtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz." hükmü gereği, bu davanın açılması tahsil işlemlerini durdurmamaktadır. Bu durumda mükellef açısından söz konusu davanın açılmasının önemli olmadığı düşünülmektedir.

Görüldüğü üzere, vergi dairesinin takdir komisyonuna başvurması ihtimalinde, emsal bedel takdirine karşı dava açılması, bağlantılı sayılabilecek dava sayısının artmasına ve vergilendirme süreci açısından durumun daha da karmaşık hale gelmesine neden olabilecektir. Bu durum usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, mükellef açısından da her dava ayrı bir masraf anlamına gelmektedir. Usul ekonomisi, 1982 Anayasası'nın 141. maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." Söz konusu ilke, idari yargı bakımından da bağlayıcı olan bir anayasal ilkedir.^[48] Usul ekonomisinin unsurlarından biri olan basitlik ilkesi uyarınca, davacının ikinci bir dava açmak zorunda kalması, usul ekonomisi ilkesine aykırıdır.^[49] Bu konuda verilen örneklere bakıldığında, ikinci davanın açılmak durumunda kalınması, somut bir uyuşmazlıkta verilen hatalı bir yargı kararından veya doğrudan kanun koyucudan da kaynaklanabilmektedir.^[50]

Usul ekonomisine ilişkin söz konusu ilke ve kuralların, idari yargılama hukuku ile örtüştüğü müddetçe uygulanmaması için bir sebep bulunmamaktadır. Emsal bedel uygulaması açısından söz konusu ilkeye baktığımızda, vergi dairesinin başvurusu üzerine takdir edilen emsal bedelin iptali için

[47] Özbalcı, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, 618.

[48] Dilşat Yılmaz, "Usul Ekonomisi İlkesi' Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23 No: 2 (2019): 270.

[49] Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 1 (2008): 254.

[50] Yılmaz, "Usul Ekonomisi," 254-257.

dava açılması, mükellef açısından ikinci bir davanın açılmasına neden olabilecek bir durumdur. Bu sebeple, emsal bedel takdirinin dava konusu edilebilmesine ilişkin yasal düzenlemenin usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bunun dışında konunun hukuki güvenlik ilkesi bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bileşenlerinden biri olan bu ilke, “herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.^[51] Söz konusu ilkenin alt unsurlarından belirlilik ilkesi ise; “kişilerin hangi hak ve ödevlere sahip olduğunun bilinebilir olması; vatandaşların kanunun emrini anlayabilmesi ve uygulayabilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.^[52] Bu kapsamda yürürlükteki kurallar, kişilerin hukuki durumlarını anlayabilmelerini ve buna göre davranabilmelerini sağlayacak şekilde tasarlanmalıdır.^[53]

Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesini şu şekilde tanımlamaktadır:

Hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de ‘belirlilik’tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenle bağlantılı olup bireyin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.^[54]

[51] Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 52.

[52] Yıldırım Taylar, Özgecan Gök, Burcu Demirbaş Aksüt ve Emine Sevcan Artun, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 11.

[53] Taylar, Gök, Demirbaş Aksüt ve Artun, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*, 14.

[54] AYM, E.2004/10, K.2009/68, Kt. 02.06.2009; www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.09.2022.

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası, belirlilik ilkesi bakımından, tereddüde mahal bırakmayacak açıklıkta bir düzenleme sayılamaz. Nitekim takdir komisyonuna vergi dairesinin başvurusu durumunda takdir edilen emsal bedele karşı mükellefin dava açıp açamayacağı, mükellef tarafından net olarak anlaşılabilir bir düzenleme değildir. Bunun dışında, vergi dairesinin takdir edilen emsal bedele dava açıp açamayacağı da belirsizdir. Nitekim bu iki konu doktrinde de tartışmalıdır. Bu sebeple konunun, belirlilik ilkesine uygun şekilde kanun koyucu tarafından düzenlenmediği düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesini sadece yasa çerçevesinde değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesine göre;

Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.^[55]

Konu ile ilgili yeterli uygulama bilgisine rastlamak mümkün olmamıştır. Tartışılan noktalardaki tereddütlerin uygulama ile giderildiği de söylenemez.

E) OLMASI GEREKEN HUKUK YÖNÜNDEN ÖNERİLER

VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasının mükellefe her hâlükârda takdir edilen emsal bedele karşı dava açma imkânı sağladığı düşünülmektedir. Davanın mükellef başvurusu ile sınırlı olarak uygulanması mümkün gözükmemektedir. Ancak Yasa, takdir edilen emsal bedel yanında ayrıca tarh edilen verginin iptali için de dava açılmasını gerektirebilmektedir.

Bu durumda, vergi dairesinin başvurusu üzerine takdir komisyonu tarafından emsal bedel takdirinin, tıpkı matrah takdiri gibi mükellef tarafından dava konusu edilmemesi gerektiği önerilmektedir. Ancak mevcut madde bu yoruma izin vermediği için bir yasa değişikliğine ihtiyaç olduğu düşünülmektedir. Bu doğrultuda, VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasının 3. cümlesinin, "Mükelleflerin başvurusu üzerine takdir edilen bedellere, mükelleflerin vergi mahkemesinde dava açma hakkı mahfuzdur." şeklinde değiştirilmesi

[55] AYM, E. 2014/183, K. 2015/122, Kt. 30.12.2015; www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.09.2022.

önerilmektedir. Böylece konu belirlilik ilkesi kapsamında açık ve anlaşılır biçimde düzenlenmiş olacaktır.

Söz konusu öneri doğrultusunda yasa değişikliği yapılması durumunda, vergi dairesinin başvurusu üzerine komisyonunun emsal bedeli takdir etmesi, re'sen tarh kapsamında matrah takdiri gibi idari işlem teorisi açısından hazırlık işlemi teşkil edecektir. Bu durumda mükellefler takdir edilen emsal bedele karşı değil, tarh edilen vergiye karşı dava açacaklardır. Bu durum, mükellefler açısından daha avantajlı olacaktır. Zira İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrası gereği tarh edilen vergi ve cezalara karşı dava açılması durumunda tahsil işlemleri kendiliğinden duracaktır.

Bunun dışında mükellefler tarh edilen vergiye karşı dava açtıklarında, takdir edilen emsal bedeldeki hukuka aykırılıkları da ileri sürebileceklerdir. Ayrıca İYUK'un 20. maddesinde düzenlenen re'sen araştırma yetkisi uyarınca mahkeme de emsal bedel takdirindeki hukuka aykırılıklara dayanarak vergi ve cezaları iptal edebilecektir. Nitekim yargı organı takdir edilen emsal bedeldeki eksik ve hatalar nedeniyle tarh işlemini hukuka aykırı bulabilmektedir.^[56]

[56] Konya Bölge İdare Mahkemesi, 1. Vergi Dava Dairesinin E. 2020/1123, K. 2020/1289 sayılı ve 26.11.2020 tarihli kararına konu olayda, gayrimenkul satışlarından elde edilen ticari kazancın kayıt ve beyan dışı bırakıldığı sebebiyle tarh edilen bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Olayda re'sen tarh kapsamında gayrimenkullerin emsal bedeli takdir komisyonunca belirlenmiştir. Bölge İdare Mahkemesi şu şekilde karar vermiştir: "Vergi incelemesinden maksadın, mükelleflerin ödemesi gerekli olan vergilerinin araştırılması ve tespit edilmesi olduğu, vergilendirmede vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti esas olduğundan, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin her türlü araştırma ve inceleme yapılarak somut verilerle ortaya konulması gerektiği, vergi idaresinin de, 213 sayılı Kanun'un 134. maddesinde tanımlanan vergi incelemesinin amacı doğrultusunda, gerçek ya da gerçeğe en yakın vergiye ulaşmakla yükümlü bulunduğu, uyumsuzlukta ise söz konusu bağımsız bölümlerin iktisabına ilişkin tapu senetlerinde gösterilen bedellerin kabul edilip vergilendirme hesabında dikkate alındığı, ancak söz konusu taşınmazların tapu kayıtlarındaki satış bedellerinin, gerekçe gösterilmeden, emsal bedellerine göre düşük olduğu sonucuna varılarak, gerçek satış bedelleri bilinmediğinden ve doğru olarak tespiti mümkün olmadığından bahisle, emsal bedellerinin takdir esasına göre belirlenmesi yoluna gidildiği görülmüş olup, taşınmazların satış bedellerinin belirlenmesinde kimlikleri belli alıcıların ifadeleri alınıp, söz konusu kişilerin varsa bu alım satıma ilişkin kredi hareketleri gibi hususlarda tespit yapılmak, gerektiğinde emsal teşkil edebilecek başka gayrimenkul değerlerinin de incelemeye dahil edilmek, satılan gayrimenkullerin özelliklerinin/durumlarının araştırılıp farklı satış rakamlarına konu

Önceki başlık altında, matrah takdiri kapsamında emsal bedel takdiri veya inceleme elemanı tarafından emsal bedelin takdiri gibi durumlarda, mükellefin dava açma imkanına sahip olmadığı değerlendirilmiştir. Bahsedilen öneri ile mükelleflerin dava açıp açamayacaklarına ilişkin tereddütler de giderilmiş olacaktır.

Takdir komisyonuna başvuranın mükellef olması durumunda ise, mükellefin emsal bedel takdirine karşı dava açabilmesi gerekir. Zira mükellefin başvurusu üzerine komisyon tarafından takdir edilen emsal bedel, ilgili beyannamelere yansıtılmak durumunda kalacaktır.

Son öneri ise, vergi dairesinin takdir komisyonu tarafından takdir edilen emsal bedele karşı dava açabilmesidir. VUK'un 377. maddesinin 2. fıkrası uyarınca vergi dairesi tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı dava açabilmektedir. Ancak, takdir komisyonu tarafından takdir edilen emsal bedel de vergi dairesi açısından bağlayıcı olup, takdir komisyonunun hatalı bir tespiti, vergi kaybına yol açabilir. Bu nedenle, VUK'un 377. maddesinin 2. fıkrasına "tahmin ve takdir olunan matrahlara" kısmından sonra gelmek üzere, "ve emsal bedellere" ifadesinin eklenmesi önerilmektedir. Böylece matrah takdiri gibi emsal bedel takdiri de vergi dairesi tarafından dava konusu edilebilecektir.

olup olamayacağıının değerlendirilmek suretiyle gerçek satış bedellerinin tespiti yolu denenmeksizin, eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olarak yapılan cezalı tarhiyatta yasal isabet görülmemiştir." www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 24.04.2022.

SONUÇ

Bu çalışmada, takdir komisyonu tarafından emsal bedelin belirlenmesi ve dava konusu edilmesi ele alınmıştır. İlgili kanun maddeleri değerlendirildiğinde, takdir komisyonuna hangi tarafın başvurduğunun önemi olmaksızın, takdir komisyonunca takdir edilen emsal bedelin mükellef tarafından dava konusu edilebileceği değerlendirilmiştir. Bunun dışında, uygulamada matrah takdir etme yetkisine sahip inceleme elemanının emsal bedel takdir ettiği ve takdir komisyonunun matrah takdiri kapsamında emsal bedeli takdir ettiği görülmüştür. Bu işlemlerin VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrası kapsamında dava konusu edilemeyeceği görüşü savunulmuştur. Sonrasında, vergi dairesinin de takdir edilen emsal bedele karşı dava açıp açamayacağı konusu ele alınmıştır. Ancak bu konuda VUK'ta vergi dairesine dava açabilme yetkisi sağlayan bir madde yer almadığından, matrah takdirinden farklı olarak emsal bedel takdirinin vergi dairesi tarafından dava konusu edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu durumun vergi kaybına neden olabileceği ileri sürülmüştür.

Takdir komisyonuna başvuranın vergi dairesi olması durumunda, mükellefin takdir edilen emsal bedelin iptali için dava açmasının bazı sorunlara yol açacağı ifade edilmiştir. Emsal bedele karşı dava açılması, verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmayacağından, tarh edilen vergiye karşı ayrıca dava açılması gerekecektir. Bu durumda ise ortada birbiri ile bağlantılı iki dava söz konusu olacaktır. Bağlantılı dava müessesesinin, bu davaların nasıl görüleceği konusunda kesin bir çözüm olamayacağı ifade edilmiştir. Kanun'dan kaynaklanan bu durumun bağlantılı dava sayısını artırmaktan başka bir anlamı olmadığı eleştirisi getirilmiştir. Böylelikle VUK'un 267. maddesinin 5. fıkrasında yer alan mükellefe dava açma imkânı tanıyan düzenlemenin usul ekonomisine aykırı olabileceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca birçok görüş ayrılığına sebep olması nedeniyle hukuki güvenlik ilkesi kapsamında da eleştirilmiştir.

Çalışmada son olarak olması gereken hukuk yönünden birtakım önerilerde bulunulmuştur. Mükellefin takdir edilen emsal bedele dava açmasına ilişkin düzenlemenin madde metninden çıkarılması, yerine mükellefin başvurması durumunda emsal bedel takdirinin dava konusu edilebilmesine ilişkin bir cümle eklenmesi önerilmiştir. Böylelikle vergi dairesinin takdir komisyonuna başvurması durumunda, mükellef takdir edilen emsal bedele değil, tarh edilen vergiye karşı dava açabilecektir. Ancak bu mükellef açısından

bir sorun teşkil etmeyecektir. Zira tarh edilen vergi dava konusu edildiğinde emsal bedel takdirindeki hukuka aykırılıklar ileri sürülebileceği gibi, mahkeme de re'sen inceleyebilecektir. Takdir edilen emsal bedelin dava konusu edilmesi ise, mükellefin başvurusu ile sınırlı olacaktır. Bu sayede, söz konusu müessese ile ilgili eleştiriler giderilmiş olacaktır. Bunun dışında ayrıca takdir edilen emsal bedele karşı vergi dairesinin de dava açabilmesi için Kanun'da değişiklik yapılması önerilmiştir. Bu sayede takdir komisyonun hatalı bir karar vermesi durumunda oluşabilecek vergi kaybının önüne geçilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan. “Vergi Davalarının Hukuki Niteliği.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 62 (2006): 262-298.
- Akkaya, Mustafa. “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 46 (1,0) (1997): 185-208.
- Akkaya, Mustafa. *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Aytulun, Metin ve Vefa Toroslu. *TMS ve VUK Kapsamında Stoklar*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014.
- Bakmaz, Zübeyir. *Türk Vergi Hukukunda Emsal Bedel Uygulaması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Candan, Turgut. *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*. 2. Baskı. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.
- Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*. İstanbul: Kazancı Yayınları, 1982.
- Göker, Cenker. *Vergi Hukukunda Takdir Komisyonları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kaneti, Selim. *Vergi Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayın: 3434, Hukuk Fakültesi Yayın: 698, 1986/1987.
- Kaneti, Selim, Esra Ekmekçi, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Kızılot, Şükrü ve Zühal Kızılot. *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*. 18. Baskı. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010.
- Ok, Abdullah. “Danıştay Kararları Işığında Re’sen Vergi Tarhında Matrahın Saptanmasına İlişkin İlkeler.” *Legal Mali Hukuk Dergisi* 5, no. 7. (2009).
- Öncel, Mualla, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker. *Vergi Hukuku*. 30. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Özbalcı, Yılmaz. *Vergi Davaları*. Ankara: Oluş Yayıncılık, 2006.

- Özbalcı, Yılmaz. *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*. İstanbul: Feryal Matbaası, 1988.
- Özdiler Küçük, Eda. *Vergi Hukukunda Karineler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*. 7. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım: 2015.
- Sargın, Burhan ve Erkan Özkan. “Vergi Usul Kanunu’na Göre Değerleme Esasları.” *Vergi Raporu Dergisi*, No: 111. (2008): 13-21.
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri*. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002.
- Şenyüz, Doğan, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek. *Vergi Hukuku*. 12. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021.
- Taylar, Yıldırım, Özgecan Gök, Burcu Demirbaş Aksüt ve Emine Sevcan Artun. *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Yılmaz, Dilşat. “Usul Ekonomisi İlkesi’ Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, No: 23 (2) (2019): 267-320.
- Yılmaz, Ejder. “Usul Ekonomisi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 1 (2008): 243-274.
- <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01.05.2022.
- www.gib.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.3.2022.
- www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 25.05.2022.
- www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.05.2022.

Makaleler

Articles

Türk Hukukunda Yansıma Zararlar

Enes YILDIRIM*

* Avukat, Ankara Barosu. Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi. yildirim@statulegalhukuk.com.

GİRİŞ

Türk mevzuatında açık ve sınırları belirleyici bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte “Zarar” kavramını çeşitli ayrımlara göre inceleyen görüşler oluşmuştur. Ancak en kabul gören şekli ile zarar “Bir kimsenin mal veya şahıs varlığında meydana gelen eksilme”dir.

Yansıma Zarar ise, haksız fiil veya sözleşmenin ihlaline doğrudan maruz kalan ve zarara uğrayan kişiden hariç 3. kişi veya kişilerin de aynı fiil veya işlem neticesinde zarar görmesi durumudur. Kural olarak bir zararın tazminini talep hakkı yalnızca doğrudan doğruya zarar görene tanınmıştır. Fakat zarar görenin koruma alanı içinde bulunan yakınları, zarar görenin gördüğü bu zarar nedeniyle doğrudan kendileri de zarar görmüş ise hukuki şartların uygun olması durumunda “Yansıma Zarar” kapsamında zararlarının tazminini isteyebilecektir.

Türk hukukunda yansıma zararın tazmini istisnadır. Bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde yansıma zararların tazmini söz konusu olabilecektir. Türk Hukukunda haksız fiile dayalı yansıma zararların tazmini 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 53/1 ve 56/2 hükümlerinde “Ölüm” ve “Ağır Bedensel Zararlar” hususunda düzenlenmiştir. Sözleşmenin ihlalden kaynaklanan yansıma zararların tazmini ise kural olarak kabul görmemekle birlikte, kanun koyucunun doğrudan düzenlemek suretiyle kabul ettiği bir kısım düzenlemeler mevcuttur.

Yansıma zararların sebepleri incelendiğinde “Haksız Fiil” veya “Sözleşmeye Aykırılık” nedeniyle ortaya çıkabileceği görülmektedir. Bu çalışmada yansıma zararlar, çeşitli ihtimaller dahilinde ve unsurları ile birlikte ele alınmıştır. Bu unsurlar, kanun koyucunun zaman içerisinde benimsediği yaklaşım tarzları dikkate alınarak incelenmiştir. Birçok unsur temelinde diğer zarar türleri ile ortak zeminde görünse dahi, yansıma zararın en ayırt edici unsuru “3. Kişi”dir.

I. TANIM

A) GENEL

Kanunda “zarar” kavramının açıkça tanımlanmaması, doktrinde bu kavram ile ilgili farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Ancak genel anlamı ve en kabul gören şekli ile zarar, “Bir kimsenin mal veya şahıs varlığında meydana gelen eksilme”dir. Bir diğer deyişle, eksilmeyi meydana getiren fiil neticesinde sonuç durum ile azalmadan önceki mevcut durum arasındaki fark zararı oluşturmaktadır.^[1] Tanımdan anlaşılacağı üzere, kişinin sadece maddi varlıkları üzerinden değil, manevi şahıs varlıkları üzerinden de zarara uğrayabilir.

B) MADDİ ZARAR

Maddi zararlar, kişinin malvarlığı haklarında eksilmeye neden olan zararlardır. Burada kişinin uğradığı zararın para ile ölçülebilmesi mümkündür ve sınırları belirlenebilir. Diğer deyişle maddi zarar, kişinin malvarlığı haklarına karşı zarar verici fiil gerçekleşmiş olmasaydı mevcut olacak durum ile fiil sonucunda oluşan durum arasındaki farktır. İzah edilen kapsamda maddi zararların “Bilfiil Uğranılan Zarar” ve “Kazanç Kaybı” şeklinde ortaya çıkması mümkündür.^[2]

C) MANEVİ ZARAR

Manevi zararlar, şahıs varlığında meydana gelen zararlardır. Burada haksız eylem sonucunda maddi zararın aksine, kişinin manevi dünyasında meydana gelen bir zarar söz konusudur. Manevi zarar ekseriyetle kişinin şahıs varlığına yönelik fiiller neticesinde doğmaktadır. Ancak bu durumdan malvarlığına yönelik fiiller nedeniyle kişinin manevi zararı oluşmayacağı kanısını uyandırmamalıdır. Kişinin nezdinde manevi değeri yüksek bir malvarlığı hakkına

[1] Seda İrem Çakırca, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 14.

[2] Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku*, 27. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları), 90.

yönelmiş saldırılar sonucunda da manevi zarar oluşacağını kabul etmek gerekir.^[3] Örneğin, anı değeri yüksek eski bir eşyaya yönelmiş haksız fiil.

D) DOĞRUDAN ZARAR – DOLAYLI ZARAR

Doğrudan zarar ile dolaylı zarar tasnifi, illiyet bağı ekseninde şekillenmektedir. Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin bu sebep nedeni ile doğrudan uğradığı zararlardır. Dolaylı zarar ise, hukuka veya sözleşmeye aykırı fiil nedeniyle kişinin doğrudan uğradığı zarara ilaveten, doğrudan zarara bağlı ve bu sebepten dolayı uğradığı ek zararlardır. Örneğin, bir şoförün haksız fiil sonucu aracına verilen zarar doğrudan zarar iken, aracın kullanılmayacak ve gelir getiremeyecek olması nedeniyle uğranılan zararlar dolaylı zarardır. Burada dikkate değer bir husus ise, doğrudan zararların hem maddi hem manevi olması mümkündür. Ancak dolaylı zararlar yalnız maddi olabilmektedir.

E) YANSIMA ZARAR

“Zarar” kavramına ilişkin öne sürülmüş görüşlere ek olarak, kavram bizatihi kendisi içerisinde de farklı alt başlıklara ayrılmaktadır. Bunlar, maddi-manevi, mevcut-müstakbel, olumlu-olumsuz, doğrudan-dolaylı ve çalışmamızın konusu olan “Yansıma Zararlar” şeklindedir.

En kısa tanımı ile *Yansıma Zarar*; haksız fiile doğrudan maruz kalan ve zarara uğrayan kişiden hariç 3. kişi veya kişilerin de aynı fiil ve sebep neticesinde zarar görmesi durumudur. Kural olarak bir zararın tazminini talep hakkı yalnızca doğrudan doğruya zarar görene tanınmıştır. Fakat zarar görenin koruma alanı içinde bulunan yakınları, zarar görenin gördüğü bu zarar nedeniyle doğrudan kendileri de zarar görmüş ise “Yansıma Zarar” kapsamında zararlarının tazminini isteyebilecektir. Burada dikkat edilecek husus, zarar veren (borçlu) ile zarar gören (alacaklı) arasında doğan tazminat ilişkisinin doğrudan kurulan bir ilişki olmasıdır. Bu ilişki zarar görenden

[3] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 307.

yakınlarına geçmemektedir. Bu duruma aynı zamanda “Üçüncü kişiyi koruma etkili borç ilişkisi”^[4] denmektedir.

“Yansıma Zarar” kavramının doğrudan zarar-dolaylı zarar tasnifi içerisinde değerlendiren birtakım görüşler bulunsa da, baskın görüş bu yönde değildir. Doğrudan/dolaylı zarar ve yansıma zarar arasındaki en temel fark zarara uğrayan kişi yani “3. Kişi” noktasındadır. “Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya ilave bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak eklenen bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır.”^[5] Zira dolaylı zarar kurumunda, asıl zarara uğrayan kişi doğrudan zarara bağlı ve bu sebepten dolayı uğradığı ek zararlardır. Ancak bu halde dahi zarar uğrayan 3. kişi değildir. Örneğin bir kişinin ağır şekilde darp edilmesi halinde oluşan tedavi giderleri doğrudan zarar, tedavi sürecinde iş görememesi ve gelir elde edememesi dolaylı zarardır. Aynı kişinin darp sonucunda ölmesi halinde ise, yakınlarının onun yokluğu nedeniyle yoksun kaldığı maddi zararlar ve manevi zararlar “Yansıma Zarar”dır.

Kural olarak yansıma zararın tazmini istisnadır. Bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde yansıma zararların tazmini söz konusu olur. Türk Hukukunda yansıma zararların tazmini 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 53/1 ve 56/2 hükümlerinde “Ölüm” ve “Ağır Bedensel Zararlar” hususunda düzenlenmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi uzun yıllar boyunca ölüm gerçekleşmediği sürece, zarara uğrayan kişinin yakınlarının tazminat hakları bulunmadığını savunmuştur. Bu kapsamda uzun yıllar yansıma zararların tazmini yalnızca “Ölüm” halinde mümkün olmuştur. Ancak 1986 yılı ve sonrasına ilişkin kararlarda yakınların manevi tazminat talep haklarını kabul etmeye başlamıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkeme gerekçesini zarar görenin yakınlarının “Yansıma Zarar” şeklinde tazmin edilmesine değil, haksız fiilden dolayı bizzat kendilerinin doğrudan manevi zarar gören kişiler sıfatı ile talep hakları bulunduğuna dayandırmıştır.

[4] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, (Ankara: Yektin, 2015), 530.

[5] Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2019), 42.

Türk Hukukunda ise, işbu çalışmamız kapsamında incelendiği üzere, gerek 818 sayılı eski BK gerek Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinde yansima zararlar düzenlenmiştir. Özellikle 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yansima zararların tazmini hususunda önemli yenilikler getirmiştir. Eski BK 3. kişileri yalnızca “*ailesine*” şeklinde sınırlarken, TBK “*yakınları*” şeklinde düzenlemiştir. Ayrıca yalnızca “*Ölüm*” durumunda mümkün olan manevi tazminat talep hakkı, “*Ağır Bedensel Zararlar*” durumunda da mümkün hale getirilmiştir. Tazmin edilebilirlik konusuna girmemekle birlikte, yansima zararlar tasnif bakımından “*Haksız Fiil*” veya “*Sözleşmeye Aykırılık*” nedeniyle söz konusu olabilir.

1- Haksız Fiilden Kaynaklanan Yansima Zararlar

Yansima zararların haksız bir fiil sonucunda meydana gelmesi mümkündür. Bu durumda ilerleyen bölümlerde ayrıntılı incelendiği üzere “*Haksız Fiilin Unsurları*”nın tamamının ve ilaveten zarar gören üçüncü kişinin bulunması gerekir. Bu kapsamda unsurlar 6098 Sayılı TBK m. 49 hükmündeki hukuka aykırılık, zarar, kusur, illiyet bağı ve ilaveten üçüncü kişinin varlığı şeklinde tezahür edecektir.

2- Sözleşmeye Aykırılıktan Kaynaklanan Yansima Zararlar

Sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun borcuna aykırı hareket etmesi ve bu fiilin alacaklı nezdinde oluşturduğu zararlara ek olarak 3. kişilerin de zarara uğraması halinde “*Sözleşmeye Aykırılık*” nedeniyle yansima zarardan bahsedilir. Sözleşmeye aykırı eylem nedeni ile yansima zarara uğrayanlar, buradaki sözleşme ilişkisinin tarafı değildirler. Yukarıda değinildiği üzere, yansima zararlarda tazmin kural değil istisnadır. Bu nedenle kanunda açıkça bir düzenleme bulunmadığı sürece tazmin mümkün değildir. Bu kuralın aksinin kabulü halinde, illiyet bağı genişleyecek ve yansima zararların tazmini artık kural haline gelecektir. Bu durumda zararın borçlusu sınırsız ve önu alınamaz bir sorumluluk altında ezilecektir.^[6] Türk hukukunda da bu kapsamda ve kural olarak sözleşmeye aykırılık nedeniyle yansima zararların tazmini açık bir kanun hükmü ile kabul edilmemiştir.

[6] Cüneyt Arif Yılmaz, “Yansima Zararlar ve Türk Hukukunda Yansima Zararların Geçmişten Günümüze Tazmin Edilebilirliği,” *FIDES Law Review*, no. 3 (Haziran 2021): 26.

II. YANSIMA ZARARIN UNSURLARI

A) HUKUKA AYKIRILIK

Öncelikle mağdura yönelmiş “Hukuka Aykırı” bir fiilin bulunması gerekmektedir. Hukuka aykırılık kavramı, genel anlamı itibariyle hukuken düzenlenmiş normlara karşı hareket etmeyi ifade eder. Bu kapsamda inceleme konusu fiilin, hukuken kaynaklarından herhangi birine aykırı olması yeterlidir. Bu husus yalnızca “kanuna aykırılık” şeklinde anlaşılmalıdır. Hangi fiillerin hukuka aykırı olduğu kanunla belirlenir, ancak zorunlu değildir. Normlar hiyerarşisinde kanun katının altında yer alan diğer düzenlemeler de buraya dahil olacaktır.^[7] (*Tüzük, yönetmelik, genelge vb.*) Hukuka aykırı fiil, icra edilebilir bir hareket neticesinde olabileceği gibi, kaçınma şeklinde de olabilir.

Yansıma zararlarında hukuka aykırılık unsuru, doğrudan zarara uğrayan kişinin mutlak hak ihlalinin kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ihlal edilen hakkın “*Mutlak Hak*” ve “*Nispi Hak*” tasnifini incelemekte fayda vardır. Mutlak hakların herkese karşı ileri sürülebilirlik mahiyeti nedeniyle herkes tarafından ihlali mümkündür. Ancak nispi hakların ihlali yalnızca borçlu tarafından gerçekleştirilebilecektir. Haksız fiil unsurlarının (TBK 49) aradığı mahiyette bir hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Hukuka aykırı fiil yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşebilecektir.

B) ZARAR

Tazmin yükümlülüğünün hasıl olabilmesi için bir zararın meydana gelmesi gerekir. Aksi halde, eksilen şeyi yerine koyma, zararı ödeme anlamına gelen tazmin borcu doğmayacaktır. Burada kastedilen zarar maddi (*malvarlığına yönelik*) olabileceği gibi manevi (*şahıs varlığına yönelik*) de olabilir. Zarar kavramı doktrinde maddi-manevi zararlar ile menfi-müspet zararlar şeklinde tasniflere tabi tutulmuştur.

Maddi zarar, haksız fiil sonucu kişinin malvarlığında meydana gelen zararlardır. Manevi zararlar ise, haksız fiil sonucunda kişinin manevi dünyasında oluşan zararlardır. Manevi zararlar genellikle kişinin şahıs varlığı haklarına yönelik saldırılar sonucunda oluşmaktadır. Kişinin duyu dünyasında haksız

[7] Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, 289.

fiil sonucunda acı, keder, ızdırap ve elem meydana gelmektedir. Meydana gelen bu zararın giderilmesi manevi tazminin temelini oluşturmaktadır.

Maddi zararların somut olarak ispatı mümkündür. Ancak manevi zararlar açısından aynıını söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte malvarlığına yönelik saldırılar sonucunda manevi zararların oluşması da mümkündür. Kişinin nezdinde manevi değeri, somut maddi değerinden daha yüksek olan bir eşyasının zarar görmesi bu duruma örnektir.^[8]

Burada 6098 Sayılı TBK ile zararın kapsamı konusunda getirilen yeniliklerden bahsetmekte yarar vardır. Eski BK. manevi tazminat talep hakkını yalnızca “Ölüm” durumunda mümkün kılmıştı. Yeni TBK’da bu zarar kapsamı genişletilmek suretiyle “Ağır Bedensel Zararlar” durumunda da manevi zararların tazminini talep hakkı mümkün hale getirilmiştir. Kişinin doğrudan maruz kaldığı haksız eylem nedeniyle ağır bedensel zarara uğramasının, onun yakınlarını da manevi dünyalarında etkileyeceği açıktır. Bu etkilenmenin yalnızca ölüm hali ile sınırlı tutulması günümüzün anlayışı ile de ters düşecektir. Bu kapsamda TBK ile getirilen yeni düzenlemenin yerinde olduğu görüşüdeyiz.

Yansıma zararlarda dikkat edilecek husus, zararın bizzat fiilin mağduru dışında bir üçüncü kişi nezdinde oluşmasıdır. Ancak bu 3. kişi zararı doğuran fiilin doğrudan muhatabı değildir. Aynı zararların doğrudan fiilin muhatabı nezdinde oluşması da pek doğaldır. Ancak bu durum “Yansıma Zarar” teşkil etmeyeceğinden inceleme konusuna girmemektedir.

C) KUSUR

Tazminat sorumluluğunda fiil sonucu oluşan zararların tazmini kural olarak bu fiilden sorumlu kişinin kusurlu olması ile mümkündür. Türk hukukunda “Kusur” tanımı açık şekilde yapılmamak suretiyle bu durum doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Türk hukukundaki hakim görüşe göre kusur, hukuk düzeninin kınadığı ve hoş görmediği davranış olarak tanımlanmaktadır.^[9] Tazminat yükümlülüğünün genel ve kurucu unsurlarından olan kusur yansıma zararlar için de söz konusu olacaktır. Kusur aynı zamanda tazminat miktarının belirlenmesi hususunda da önemli bir yere sahiptir.

[8] Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, 307.

[9] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 569.

Sorumluluğun oluşmasında kusurun bir temel şart olması nedeniyle, kişiye ancak hukuka aykırı fiilindeki kusur oranına göre sorumluluk yüklenebilecektir. Bu yönü ile kusurun aynı zamanda sorumluluğu kısıtlayıcı bir görevi de bulunmaktadır. Bu durum 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51. Madde hükmünde şu şekilde yer almıştır;

“MADDE 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür”

Yansıma zararların tespiti için gözetilmesi gereken kusur, genel sorumluluk hukuku kuralları kapsamında gözetilen kusur ile farklılık göstermez. Ancak uygulamada tartışıla gelen hususlardan birisi de, müterafik kusur (*birlikte kusur*) hallerinin yansıma zararlar açısından geçerli olup olmayacağıdır. Zarar görenin, makul bir kimseden beklenmesi gereken ve kendi yararına kaçınma, engel olma, düşüncesiz veya dikkatsiz davranmama yükümlülüklerine aykırı bir hareket ile zararın doğmasına veya artmasına neden olması durumunda müterafik kusur söz konusu olacaktır. Bu kapsamda zarar görenin, bu zarar kendi neden olduğu ölçüde tazminde indirim yapılması gerekmektedir. Kural olarak yansıma zararların oluşmasında da müterafik kusur söz konusu olabilecektir. Ancak Yargıtay'ın özellikle trafik kazalarına ilişkin aksi yönde görüş ve kanaatleri de olmuştur.^[10] Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay şöyle bir yorumlama yoluna gitmiştir; “...Davacının talebi ve iddia ettiği zarar, ölenin mirasçısı sıfatına değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatına dayanmaktadır. Dolayısıyla, davacının ölenin mirasçısı sıfatına dayanmayan, doğrudan davacı üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki desteğin kusuru davacıya yansıtılmayacak ve desteğin kusuru onun desteğinden yoksun kalan davacıyı etkilemeyecektir.”

Yansıma zararlara ilişkin talepler uygulamada genellikle trafik kazalarında görülmektedir. Kaza sonucu doğrudan zarara uğrayanın desteğinden yoksun kalan veya bu nedenle manevi zarara uğrayan yakınlar, yansıma zararlarını araç işletenden (KTK m.85) veya adam çalıştırandan (TBK m.66) hükümleri uyarınca talep edebilmektedir. Fakat bu sorumluluklara ilişkin düzenlemeler uyarınca, zarara neden olan kişiler kurtuluş karinesi getirmek veya müterafik kusuru ispatlamak suretiyle tazminde indirim isteyebilmektedir. Bu duruma

[10] Yargıtay 17. HD. E.2016/10616, K.2019/451.

örnek bir Yargıtay HGK kararında ise şöyle denilmiştir; [11]“...Diğer bir deyişle, nasıl ki desteğin ölümü sebebiyle meydana gelen zararın yansıma yoluyla destek görenleri etkilediği kabul ediliyorsa, desteğin kusurlu davranışlarının da aynı şekilde destek görenlere yansıtacağına kabul edilmesi gerekir. Zira zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya hatta zararın meydana gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının sonuçlarına katlanmalı ve bu davranışının zararın meydana gelmesinde oynadığı role, etkisine ve derecesine göre zararı kısmen veya tamamen üzerine almalıdır.”

D) ÜÇÜNCÜ KİŞİ

Yukarıda vurgulandığı üzere, yansıma zararlarında bir başka üçüncü kişinin doğrudan kendisine yönelik olmayan hareket nedeni ile maddi veya manevi bir zarara uğraması gerekmektedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu bu kişiyi “Zarar Görenin Yakınları” olarak betimlemiştir. Kapsam ve sınırlarını ise doktrine ve uygulamaya bırakmıştır. Dolayısıyla diğer tüm şartlar hasıl olsa dahi, doğrudan zarar görenin maruz kaldığı fiil nedeniyle zarar görecektir bir 3. kişi bulunmuyor ise yansıma zarardan söz edilemez.

Burada 6098 Sayılı TBK ile getirilen yeniliklerden bahsetmekte yarar vardır. Eski BK 3. kişileri yalnızca “ailesine” şeklinde sınırlarken, TBK “yakınları” şeklinde düzenlemiştir. Bu düzenlemenin kapsam arttırıcı nitelikte olduğu aşıkardır. Yıllar içerisinde sosyal yaşamın geçirdiği ve geçireceği değişimler göz önüne alındığında bu düzenlemenin yerinde olduğu görüşündeyiz. Ayrıca yalnızca “Ölüm” durumunda mümkün olan manevi tazminat talep hakkı, “Ağır Bedensel Zararlar” durumunda da mümkün hale getirilmiştir.

Burada söz konusu üçüncü kişi, gerçek kişinin yanı sıra bir tüzel kişi de olabilir. Örneğin bir Limited Şirkette dağıtım görevlisi olarak çalışan kişinin uğramış olduğu haksız fiil sebebiyle bir süre hastanede kalması ve şirketin bu nedenle dağıtım faaliyetini yerine getiremeyip zarara uğraması durumunda, yansıma zarar gören bir tüzel kişilik olacaktır.^[12]

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle oluşan yansıma zararlar bakımından üçüncü kişinin sözleşme yolu ile tayin edilmesi de mümkündür. Tarafların “Sözleşme

[11] Yargıtay HGK. T.01.11.2017, E.2017/1315, K.2017/1239

[12] Yılmaz, “Yansıma Zararlar,” 26.

Serbestisi” kapsamında üçüncü kişilerin zararlarını güvence altına alması halinde, akdedilen sözleşmenin içeriği borç altına giren kişinin uygun irade beyanı/ımsası bulunmak ve kanunlara aykırı olmamak kaydı ile geçerlidir. Böyle bir ihtimalde, sözleşme kapsamında yansıma zararı güvence altına alınan kişi sözleşmede taraf olmasa dahi “*lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi*” sıfatı ile TBK md. 129/2 kapsamında talep hakkı kazanacaktır.

E) İLLİYET BAĞI

Fiil ile 3. kişi nezdinde meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Fiil ile zarar arasında, zararın bu fiil sonucunda meydana gelmiş olması, kısaca her ikisi arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı durumudur.^[13] Meydana gelen zarar, ilgili fiilden kaynaklanmıyorsa hukuki sorumluluktan bahsedilemez. İlliyet bağı kapsamında doktrinde baskın görüş “*Uygun İlliyet Teorisi*” dir. Bu teoriye göre, zarardan sorumlu tutulacak fiilin saptanmasında, yaşam deneyimleri ve olayların akışına göre en uygun olanının araştırılması gerekir.^[14] Hakkaniyet ölçüsü ve pratik gereksinimlere dayanan bu teorinin kişi nezdindeki sorumluluğu “kurmak” ve “sınırlamak” olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır.

Esasında illiyet bağı unsurunun amaçlarından bir tanesi, sorumluluğu sınırlandırmaktır. Haksız fiilden zarar görenler ile sorumlu tutulacak kişilerin çevresini bu fiil ile yalnızca doğrudan neden-sonuç ilişkisi içerisinde bulunanalar ile sınırlı tutmak gerekir. Yapma fiillerinde olduğu kadar, yapmama fiillerinde de illiyet bağının uygun şekilde kurulabilmesi gerekmektedir. Zarar ile fiil arasında aranan bağı kurulamaması halinde tazmin istenemeyecektir.

III. TÜRK HUKUKUNDA YANSIMA ZARARLARIN TAZMİNİ

Yukarıda birçok kez izah edildiği üzere, Türk hukukunda da yansıma zararların tazmini mümkündür. Ancak bu durumun kanun koyucu tarafından açıkça hüküm altına alınmış olması gerekmektedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yansıma zararların tazmini hakkında doğrudan düzenleme yoluna gitmiş, bu kapsamda 53. ve 56. maddelere yer vermiştir.

[13] Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, 91.

[14] Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, 314.

Kanunda yer alan ilgili düzenlemelerden ilki “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı” (*Maddi*), ikincisi ise “Ölüm veya Ağır Bedensel Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat” (*Manevi*)dir. Bu zararlar daha önce izah edildiği üzere “Haksız Fiil” veya “Sözleşme” kaynaklı olabilmektedir. Kanun her ikisinde de tazminat talep hakkı bulunan 3. Kişileri “*Yakınlar*” olarak tanımlamıştır. Kişinin yakınlarının kapsamını ise doktrin ve uygulamaya bırakmıştır.

Kişinin yaşamında veya sağlığında ondan destek gören herkesin “yakın” kapsamına dahil olması mümkündür. Bu kişiler anne, baba, çocuk olabileceği gibi nişanlı, dayı, teyze ve hatta arkadaş dahi olabilir. Burada önemli husus, bu kişilerin ölen veya ağır bedensel zarar gören kişiden yardım gördüklerini ispatlamaları gerekmektedir. Yargıtay içtihatları uyarınca, hayatın olağan akışında anne-baba-çocuk ve eşler arasında destek var kabul edilmektedir. Kural olarak uygulamada bu kişilerin desteği ispatlamasına gerek yoktur. Aksini karşı tarafın ispat etmesi hali ile mümkündür. Bu kapsamda Yargıtay bir kararında şöyle demiştir, “...*Davacının ölenin bir yakını olması yani aralarında yakın ilişkiler bulunması, ancak yardımın devamlı veya yapılmasının muhakkak olması yeterlidir. Bu bakımdan nişanlı, hatta evlilik dışı birlikte yaşama ve hizmetçi dahi koşulları mevcutsa destekten yoksunluk tazminatı isteyebilir.*”^[15]

A) HAKSIZ FİİL NEDENİYLE MEYDANA GELEN YANSIMA ZARARLAR

1- Haksız Fiil Nedeniyle Meydana Gelen Maddi Yansıma Zararlar

Yansıma zararların haksız fiil nedeniyle meydana gelmesi için öğretide kabul edilen “*Haksız Fiilin Unsurları*”nın tamamının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yansıma zarardan söz edebilmek için, esasında haksız fiile doğrudan maruz kalmış kişinin zarara uğraması gerekmektedir. Doğrudan maruz kalanın zarar görmediği durumda yansıma zararlardan söz edilemeyecektir. Bu durum doğrudan kanunun lafzından ve ruhundan anlaşılmaktadır.^[16] Gerçekten TBK m.53 ve 56 hükümlerinde açıkça doğrudan maruz kalan kişinin zarar görmesi şart koşulmuştur.

[15] Yargıtay 13.HD.11.06.2003, E.2003/2559–K.2003/7644

[16] Nihal Yıldız, “Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Yoluyla Zarar,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi: İstanbul, 2019).

Daha önce izah edildiği üzere haksız fiile dayanan bir yansıma zararın tazmini için kanunen düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda Türk hukukunda haksız fiil nedeniyle maddi zararın tazmininin mümkün olabileceği haller 6098 sayılı TBK m.53 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre “Ölüm” halinde 3. Kişilerin maddi zararları söz konusu olacaktır. Bu zarar ölen kişinin desteğinden yoksun kalınması halidir Hüküm şöyledir;

MADDE 53- Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.
2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

Haksız fiil sonucu kişinin vücut bütünlüğünün de bozulması olasıdır. Ancak burada ölüm gerçekleşmemesi durumunda tazmin olgusunun hukuki dayanağı değişmektedir. Kişinin “Ağır bedensel zarara” uğraması halinde özellikle hangi zararların hasıl olacağı TBK m.54 hükmünde sayılmıştır. Buna göre bu zararlar şunlardır;

MADDE 54- Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, üçüncü kişilere ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olmasıdır. Yani ağır bedensel zararlar halinde yalnızca doğrudan zarar gören kişinin tazmin talep hakkı bulunmaktadır. Kanuni bir düzenlemenin bulunmaması dolayısı ile burada yansıma zarardan söz etmek mümkün değildir. Örneğin, eşlerden birinin iş kazası geçirmesi ve ağır bedensel zarara uğraması durumunda, bu kişinin eşinin yansıma zararının varlığından bahsedilebilecek olsa da, kanuni düzenleme yokluğundan böyle bir zararın tazminini talep hakkı bulunmamaktadır. Ancak ilgili örnekteki eşin ölümü durumunda yansıma zararların tazmini mümkün olacaktır.^[17]

[17] Yılmaz, “Yansıma Zararlar,” 31.

Destekten yoksun kalma tazminatının bir yansıma zarar olduğu görüşü doktrinde baskındır. Ancak burada bir başka görüşün varlığından da bahsetmekte fayda vardır. Bir kısım görüşe göre; ölüm halinde, ölen kişinin artık şahıs varlığı sona ermiştir. Zarar yalnızca sağlarlar arası bir olgu olduğundan, ölenin kişinin zarara uğraması ve bu zararının tazminini isteme olanağı yoktur. Bu nedenle zararın muhatabı ölenin bizzat yakınlarıdır. Yakınlar burada doğrudan zarara uğramış kişilerdir. Bu görüşü savunanlar Yargıtay HGK'nın bir kararını dayanak göstermektedirler. İlgili karar göre;

“...Destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bir haktır; bu hak onlara öleden geçmiş değildir. Çünkü, ölenin, haksız fiil işleyene karşı bu nitelikte bir dava açması düşünülemez. Böyle olunca da destekten yoksun kalma tazminatı ile ölenin malvarlığı arasında herhangi bir ilişki kurulamaz”^[18]

Ağır bedensel zararların hangileri olduğu ve nasıl tespit edileceği hususu kanunda açıklanmayarak uygulama ve doktrine bırakılmıştır. Bu konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararında, iş kazası sonucu sol el parmaklarından bir kısmını kaybeden kişinin ağır bedensel zararının söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.^[19] Bu duruma ilaveten “Yakınlar” tanımına kimlerin gireceği de doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin bir kararında; ana, baba, çocuklar ve kocanın bu tanıma her halükarda dahil olduğu sonucuna varılmıştır.^[20] Diğer yakınlar açısından ise yakınlığın ispatı iddia eden tarafa düşmektedir.

2- Haksız Fiil Nedeniyle Meydana Gelen Manevi Yansıma Zararlar

Haksız fiilin icrasına binaen oluşması muhtemel diğer zarar tipi “*Manevi Zarar*”dır. Manevi zararlar, kişinin şahıs varlığı haklarına yönelik uğradığı saldırı sonucunda uğradığı manevi acı ve kederdir. Yansıma yolu ile oluşacak manevi zararın burada da pekala üçüncü kişinin şahsında vücut bulması gerekmektedir.

[18] Yargıtay HGK, E.1982/9-301, K.1984/619.

[19] Yargıtay 21. HD. E. 2015/2544 K. 2015/18250.

[20] Yargıtay 21. HD. E.2016/6064, K.2016/9255.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun'unun 56/1 hükmünde “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*” Dedikten hemen sonra ikinci fıkra hükmünde “*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*” demek suretiyle haksız fiil sebebinin binaen hasıl olmuş manevi yansıma zararların tazminini düzenlemiştir. Madde hükmü açıkça yakınları işaret etmekle, yansıma zararların tazminine yasal zemin oluşturmaktadır. Türk hukukunda yansıma zararların tazmini için kanunda düzenlenmesi gerektiği hususu yukarıda belirtilmişti. Bu nedenle örneğin yasal düzenlemesi bulunmayan TBK md. 58 hükmündeki “*kişilik hakkının zedelenmesi*” nedeniyle manevi zararlar kapsamında yansıma zarar söz konusu olmayacaktır.

Hukukumuzda önceleri ağır bedensel zararlar nedeniyle yakınların manevi tazminat talep edebilmeleri mümkün değildi. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında, yakınlar karşı gerçekleştirilen cismani zararlarda anne, baba, karı, koca gibi kişilerin ruh ve sinirsel bakımdan doğrudan zarara uğradıkları gerekçesiyle tazminat taleplerinin kabul edildiği görülmüştür. Bu kapsamda yakınların manevi zarar bakımından doğrudan zarar görmeleri hayatın olağan akışı kapsamında değerlendirilmiştir.^[21]

Doktrindeki gelişmelere paralel olarak, zaman içerisinde kanunların yalnızca ölüm halinde değil, ağır bedensel zararlar halinde de zarar görenin yakınlarına tazminat verme anlayışı yerleşmiştir. Bununla birlikte “*Ağır Bedensel Zarar*” kavramının açık sınırları çizilmemiş, tanımı yapılmamıştır. Ancak TBK md. 53 ve 54 hükümlerinde hakimi sınırlamamak kaydı ile bazı zararlar belirtilmiştir.

Eski BK ölüm halinde manevi zarara dayalı tazminat talebinin “*aile*” tarafından istenebileceği hüküm altına alınmaktaydı. Ancak 6098 sayılı TBK’da “*yakınlarına*” ibaresi kullanılmıştır. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi eski BK zamanında doktrin ve içtihatlarla kapsamın genişletildiği, yani “*aile*” kavramının “*yakınlar*” şeklinde uygulandığı görülmektedir.^[22]

[21] Yargıtay 3.HD. E. 1997/5127 K. 1997/5664.

[22] Yılmaz, “Yansıma Zararlar,” 31.

Ölüm halinde tazminat talep edebilecek kişilerin “Yakınlar” şeklinde düzenlenmesi ile bu kişilerin mirasçılıktan bağımsız şekilde belirlendiği görülmektedir. Kişinin ölümü üzerine manevi zarara uğrayan kişinin mirasçı sıfatını taşımasına gerek yoktur. Akrabalık ilişkisinin çok yakın olduğu hal-lerde (*anne, baba, çocuk, kardeş, eş vb.*) yakınlık unsurunun varlığı karine olarak kabul edilmektedir. Fakat yakınlık ilişkisi kan ve akrabalıktan arı şekilde iddia ediliyorsa “*eylemlî*” ve “*duygusal*” bağın varlığının ispatı gerekmektedir.

Yansıma yolu ile manevi zarara uğrayan kişinin yaşının çok küçük olması nedeniyle olayı kavrayamayacak veya elem, üzüntü yaşayamayacak olmasının bir önemi yoktur. Hatta henüz dünyaya gelmemiş olsa dahi, tam ve sağ doğmak kaydı ile bütün hayatı boyunca çekecek olduğu üzüntü nedeniyle manevi tazminat talep hakkı vardır.^[23]

Manevi zararların tazmini kural olarak para olmak zorunda değildir. Hâkim, duruma göre farklı bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu giderimi paraya ekleyebilir. Ancak kanunda ölüm ve ağır bedensel zararlar halinde ödenecek manevi tazminatın para olacağı açıkça belirtilmiştir.

Manevi yansıma zararların gideriminde de, zarar görenin, makul bir kimseden beklenmesi gereken ve kendi yararına kaçınma, engel olma, düşüncesiz veya dikkatsiz davranmama yükümlülüklerine aykırı bir hareket ile zararın doğmasına veya artmasına neden olması durumunda müterafık kusur söz konusu olacaktır.

B) SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN YANSIMA ZARARLAR

Sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun borcuna aykırı hareket etmesi ve bu fiilin alacaklı nezdinde oluşturduğu zararlara ek olarak 3. kişilerin de zarara uğraması halinde “Sözleşmeye Aykırılık” nedeniyle yansıma zarar söz konusu olacaktır. Burada yansıma yoluyla zarar görenin sözleşmenin geçerliliği noktasında maddi veya manevi menfaatleri bulunmakla birlikte, sözleşmenin tarafı değildir. Sözleşmeden kaynaklanan yansıma zararların tazmini için kural olarak kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırılık bağının kurulamayacağından bahsedilecektir. Yargıtay’ın bir kararında davacının eşinin evli olduğunu bildiği halde onunla

[23] “Cenin sağ doğmak kaydı ile yansıma zarara uğrayan olarak manevi tazminata hak kazanabilecektir.” Mustafa Kılıçoğlu, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Uyarlı Tazminat Hukuku*, 4. Baskı, (Ankara Bilge Yayınevi, Ankara, 2014).

birlikte olan 3. kişiye karşı açtığı tazminat davasında, sadakat yükümlülüğün evlilik sözleşmesinden kaynaklandığı, nispi bir hak olduğu ve emredici bir hukuk normuna aykırılık bulunmadığı nedeni ile 3. kişilere karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.^[24] Sözleşmeden kaynaklanan yansıma zararların da kendi içerisinde “*Maddi*” veya “*Manevi*” nitelik taşıması mümkündür.

1- Sözleşmeden Kaynaklanan Maddi Yansıma Zararlar

Tarafları arasında hukuken geçerli bir sözleşmenin, taraflardan birinin yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi nedeniyle ihlal edilmesi durumunda, bundan malvarlığı kapsamında zarar gören üçüncü kişilerin yansıma zararlarından söz edilir.

Üçüncü kişilerin yansıma zararlarının yalnızca haksız fiile dayanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bazı durumlarda kanun koyucu tarafından sözleşmelerin nisbiliği ilkesine istisna getirmek suretiyle üçüncü kişilerin yansıma zararlarının tazmini mümkün kılınabilmektedir. Bu durumu bir örnek olarak, iş akdi uyarınca işverenin iş yerinde gerekli güvenlik önlemlerini alma yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda iş kazası meydana gelmesi ve bu kazada hayatını kaybeden işçinin ailesinin tazminat talebi gösterilebilir.

Yine hukukumuzdan bir diğer örnek, TBK 322/3 hükmü uyarınca asıl kiralayanın alt kiracıya karşı ileri sürebileceği talepleridir.^[25] Kural olarak her sözleşme gibi kira sözleşmeleri de nisbilik arz eder. Ancak kiracının kiraladığı şeyi üçüncü kişi ile alt kira sözleşmesine konu etmesi ve alt kiracının TBK 322 kapsamında belirtilen sınırları aşarak kullanması halinde, asıl kiraya veren kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya karşı da kullanabilecektir.

Yukarıda birçok kez zikredilen, yansıma zararların ancak kanunla düzenlemek suretiyle tazmininin mümkün olması ve Türk hukukunda kural olarak sözleşmeden kaynaklı yansıma zararların tazmininin kabul görmemesi durumunun kanunlarda yer alan istisnaları mevcuttur. Aynı şekilde 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553. madde hükmünde, şirket yöneticilerinin

[24] Yargıtay 4.HD. T.25.12.2018, E.2017/2837, K.2018/8330

[25] **TBK m. 322/3:** “Alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir.”

esas sözleşmeye aykırı hareket etmesi durumunda şirket tüzel kişiliğine ilaveten bu aykırılıktan zarar gören pay sahiplerinin de yansima zararları hüküm altına alınmıştır.^[26]

Tarafların “Sözleşme Serbestisi” kapsamında üçüncü kişilerin zararlarını güvence altına alması da hukuken mümkündür. Taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin içeriği kanunlara aykırı olmamak kaydı ile geçerlidir. Sözleşmede borç altına giren kişinin uygun irade beyanı/imzası bulunduğu sürece sözleşmeye konulacak bir hüküm mucibince üçüncü kişiler nezdinde hasıl olacak yansima zararların tazminini güvence almak mümkündür. Böyle bir ihtimalde, sözleşme kapsamında yansima zararı güvence altına alınan kişi sözleşmede taraf olmasa dahi “*lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi*” sıfatı ile TBK md. 129/2 kapsamında talep hakkı kazanacaktır.

2- Sözleşmeden Kaynaklanan Manevi Yansima Zararlar

Yansima zararların tazmin edilemeyeceği kural, tazmin edilebileceği istisnadır. Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi ile bu genel kural bir arada değerlendirildiğinde, zarar gören üçüncü kişilerin sözleşmeye dayalı yansima zararlarının tazmini söz konusu olmayacaktır. Ancak burada da kanun koyucu tarafından getirilmiş bazı istisnai durumlar söz konusudur.

Daha önce bahsedilen işveren tarafından gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işçinin ölümü veya ağır bedensel zarara uğraması halinde, yakınları TBK md.56/2 hükmü kapsamında uğradıkları manevi yansima zararları da talep edebileceklerdir. Bu hususta “*İşçinin Kişiliğinin Korunması*” başlıklı TBK 417/3 hükmüne değinmekte fayda vardır.^[27] Zira bu hüküm kapsamında işçinin yakınlarının gerek destekten yoksun kalma, gerekse de TBK 56/2 uyarınca manevi tazminat talep hakları düzenlenmektedir. Madde metninde “İşçinin ölümü” de demek suretiyle

[26] **TTK m. 553:** “Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.”

[27] **TBK 417/3:** “İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

buna bağılı zararların tazmininin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. İşçi ile işveren arasındaki sözleşmenin kural olarak nisbi olduğu gözetildiğinde, bu hükmün sözleşmenin nisbiliğine istisna getirmek suretiyle üçüncü kişilerin manevi zararlarının tazminini düzenlediği söylenebilir.

Burada bahsedilmesinde fayda olan bir diğer husus ise TBK 114 hükmüdür. Genel olarak borca aykırılık ve borçların ifa edilmemesi hususlarına ilişkin bu hükmün ikinci fıkrasında *“Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır”* denilmektedir. Buradan hareketle sözleşmeye aykırılık hallerinde de haksız fiil hükümlerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır.^[28] Dolayısıyla sözleşmeye aykırılık hallerinde haksız fiil hükümlerine binaen üçüncü kişilerin manevi zararlarının tazmini bu açıdan da gündeme gelebilecektir. Ancak bu yorumun zorlama olacağı ve yukarıda daha önce bahsedilen, borçlunun önü alınamaz bir yükümlülük altına girmesi hususunu doğuracağı kanısındayız.

[28] Yılmaz, “Yansıma Zararlar,” 41.

SONUÇ

Yansima zararlar, Türk sorumluluk hukuku ve zarar kavramının doğrudan inceleme konusunu oluşturmaktadır. Geçmiş Roma hukukuna kadar uzanan yansima zararlar, icra edilen fiil sonucunda doğrudan zarar gören kişiye ilaveten sırf bu kişinin zarar görmüş olması nedeni ve uygun illiyet bağı şartıyla zarar gören 3. kişiler nezdinde oluşmaktadır. Burada oluşacak zarar, maddi veya manevi nitelik arz edebilir. Zarar kavramının genel unsurlarına ek olarak “3. Kişi” varlığı, yansima zararların diğer zarar türlerinden en ayırt edici özelliğini teşkil etmektedir. Burada söz konusu üçüncü kişi gerçek kişinin yanı sıra bir tüzel kişi de olabilir.

Yansima zararların tazmini kural olarak “istisna” kabul edilmiştir. Bu nedenle açık yasa hükmü bulunmadığı müddetçe tazmin yoluna gidilmemektedir. Yansima zararların geniş yorumu veya uygulamaya tabi tutulması, illiyet bağına olması gerektiğinden fazla genişletecek ve borçlunun önü alınamaz bir sorumluluk yükü altında ezilmesine neden olacaktır. İşte tam da bu sakıncaların önüne geçilmesi amacıyla tazminin istisna niteliği kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda gerek 818 sayılı eski BK gerek 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinde yansima zararlar düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu 53. ve 56. Madde hükümlerinde “Ölüm” ve “Ağır Bedensel Zararlar” kapsamında yansima zararların tazminin düzenlemiştir. Özellikle 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yansima zararların tazmini hususunda önemli yenilikler getirmiştir. Eski BK 3. kişileri yalnızca “ailesine” şeklinde sınırlarken, TBK “yakınları” şeklinde düzenlemiştir. Burada yorumun uygulama ve doktrine bırakıldığı aşikardır. Yıllar içerisinde sosyal yaşamın geçirdiği ve geçireceği değişimler göz önüne alındığında bu düzenlemenin yerinde olduğu görüşüdeyiz. Ayrıca yalnızca “Ölüm” durumunda mümkün olan manevi tazminat talep hakkı, “Ağır Bedensel Zararlar” durumunda da mümkün hale getirilmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 53. Ve 56. madde hükümlerinde “Ölüm” ve “Ağır Bedensel Zararlar” kapsamında yansima zararların tazmini düzenlenmiştir.

Yansima zararların sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle de oluşabilmesi mümkündür. Ancak ülkemizdeki hakim görüş bu durumun aksini savunmaktadır. Sözleşmeden kaynaklı yansima zararların tazmini kanunla düzenlenmiş bazı istisnalar haricinde mümkün değildir. Mevzuatımızda

yakın tarihte bu temelde bir değişim henüz görünmüyor olsa da, hukuk kurallarının toplum ve çağın anlayışına göre zaman içerisinde şekillendiği bir hakikattir. Bu kapsamda ilerleyen süreçte, özellikle Türk hukukunda sözleşmeye aykırılık nedeni ile yansıma zararların tazmini hususunun tartışılmaya devam edileceği muhtemeldir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Borçlar Hukuku*. 27. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- Çakırca, Seda İrem. *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Eren Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı. Ankara: Yektin, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 19. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlı Tazminat Hukuku*. 4. Baskı. Ankara Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2019.
- Yıldız, Nihal. “Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Yoluyla Zarar.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi: İstanbul, 2019).
- Yılmaz, Cüneyt Arif. “Yansıma Zararlar ve Türk Hukukunda Yansıma Zararlarının Geçmişten Günümüze Tazmin Edilebilirliği.” *FİDES Law Review*, no. 3 (Haziran 2021).

Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilden Önce Kazanıldığı Durumlar

Eşref Can GÜRBÜZ*

* Avukat, Ankara Barosu. (esrefcangurbuz@gmail.com)

ORCID: 0000-0002-8372-5909.

GİRİŞ

Bir malın belirli kişi ya da kişilere ait olması ve söz konusu mal üzerindeki hâkimiyetin bu kişi ya da kişilere bahşedilmesi gerektiğine ilişkin anlayış, tarihsel süreç içerisinde özel mülkiyeti doğurmuş ve mülkiyet konusunu oluşturabilecek şeylerin “birilerine aidiyeti” anlayışı gelişmiştir. Zamanla bir hak olarak kabul edilmeye başlayan mülkiyetin başkaları tarafından yapılan ihlallere karşı korunması gerektiği kabul edilmiş ve Anayasa başta olmak üzere temel normlarda mülkiyeti koruyucu düzenlemeler yapılmıştır.

Dünyadaki hukuk düzenleri tarafından kabul görmüş genel anlayış, zaman içerisinde Türk hukukunda da kendisini göstermiş ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı koruma altına alınarak herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkı, temelde dokunulmaz ve kutsal kabul edilse de diğer haklar gibi sınırsız ve mutlak sayılmamış, hakkın toplum yararına aykırı olamayacağı ve kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

Hakkın konusunu oluşturan şeyin türüne göre “Taşınır Mülkiyeti” ve “Taşınmaz Mülkiyeti” şeklinde tasnife tabi tutulabilen mülkiyet hakkının kazanılması, kaybedilmesi ve kapsamı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Bu makalede, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı durumlardan anlatılmış olup bu durumlara ilişkin detaylı açıklamalarda bulunulmuştur.

I. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

Mülkiyet hakkı; hukuk düzeni tarafından, hak sahibine, şey üzerinde kurulmasına izin verilen ve hukuki niteliği itibarıyla en geniş ve en kapsamlı yetkileri tanıyan bir ayni haktır.^[1] Her ne kadar mülkiyet hakkı, malik olan kimseye, şey üzerinde en geniş ve kapsamlı yetkileri tanımakta ise de bu yetkilerin sınırsız bir şekilde kullanımına izin verilmemiş; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683/1 maddesinde de ifade edildiği üzere, malik tarafından bu yetkilerin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kullanılabilmesi kabul edilmiştir.^[2]

Mülkiyet hakkı, hakkın konusu şeyin türüne göre "Taşınır Mülkiyeti" ve "Taşınmaz Mülkiyeti" olmak üzere ikiye ayrılmakta olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704-761. maddeleri arasında "Taşınmaz Mülkiyeti", 762-778. maddeleri arasında ise "Taşınır Mülkiyeti" düzenlenmiştir.

Mülkiyetin kazanılması konusunda çeşitli tasnifler yapılmış olmakla birlikte taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında yapılan en önemli tasniflerden birisi, "Tescille Kazanma – Tescilsiz (Tescilden Önce) Kazanma" ayrımıdır.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, kural olarak, tapu siciline yapılacak tescille mümkün olmaktadır. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 705/1 maddesinde, "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*" denilmek suretiyle taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescilin kurucu bir etkiye sahip olduğuna işaret edilmiştir. Hakeza "*Aynî haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır.*" hükmünü havi 4721 sayılı Kanun'un 1022/1 maddesinde de aynı hususa işaret edilmiştir. Aynı Kanun'un 716. maddesinde de taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiş olup burada

[1] Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 4; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2018), 274.

[2] 19. yy'a kadar mutlak ve sınırsız bir hak olarak görülen mülkiyet hakkının, özellikle 20. yy'da mutlak ve sınırsız bir hak olduğuna ilişkin anlayıştan yavaş yavaş vazgeçilmiş ve zaman içerisinde bünyesinde bazı ödevler ve sınırlamalar barındıran bir sosyal hak olduğu anlayışı kabul görmeye başlamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Suat Şimsek, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 91, (2010), 181-228.

öngörülen şekil, ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır.^[3] 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26/1 maddesine göre ise mülkiyetin devrini amaçlayan bu sözleşmeler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilecektir. Tapu dışında yapılan satışlar ise “Harici Satışlar” olarak adlandırılmakta olup bu tür satışlarda mülkiyet hakkının devredilmesi mümkün olmayacaktır.^[4]

Tescilsiz (tescilden önce) kazanma halleri ise, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılabileceği kuralının istisnalarını teşkil etmektedir.^[5] Bu tür

[3] Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 186.

[4] Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: BETA Yayıncılık, 2008), 429; Turan Çınar, *Tapu İptali ve Tescili Davaları*, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2008), 44.

[5] Kemal Tahir Gürsoy, *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), 242; Yargıtay 14. HD., E. 2016/9709, K. 2017/3104, T. 17/04/2017: “Türk Hukukunda tescil ilkesi mutlak değildir. Bazı hukuki sebeplerin varlığı halinde tescil yapılmadan önce de taşınmaz mülkiyeti devredilmiş ve kazanılmış olur. Ancak, tescil prensibinin istisnasından söz edebilmek için bu istisnanın mutlaka kanun tarafından öngörülmüş olması gerekir. Taşınmaz mülkiyetinin tescile dayanmayan kazanımı hallerinin neler olduğu, TMK'nın 705/2. maddesi ile aynı Kanununun 54, 105 ve 599 maddelerinde, kısmen de mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesinde gösterilmiştir. TMK'nın 705/2. maddesi gereğince; “Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.” Türk Medeni Kanununun 705/1 maddesi gereğince miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hallerinde mülkiyet, tescilden önce kazanılır. Bu durumda taşınmaz, tescil ya da şerh edilmiş olan bütün yükleriyle birlikte yeni malike geçer. İyiniyetli olması şartıyla tescilsiz kazanımda bulunan kişiye karşı, kütükten anlaşılmayan bir hak ileri sürülemez, yani TMK m.1023 hükmü bu kişi hakkında da uygulanır. Mülkiyeti tescilsiz olarak kazanan kişi, tescilden önce de bir malikin sahip olduğu bütün hak ve yetkilerden yararlanır fakat bu hak ve yetkiler mülkiyet hakkı tapuya tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, çünkü henüz açıklık kazanmış değildir. Bu sebeptir ki bu kişinin, tescilsiz kazanmış olduğu mülkiyet hakkını vakit geçirmeden hemen tescil ettirmesinde büyük yarar vardır. Sonradan yapılan tescilin sadece bildirici mahiyeti vardır (Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku, Aynî Haklar, İkinci Kitap, Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.121-122*). Bununla birlikte, tescile dayanmayan kazanımlarda tescil yapılmadığı sürece tasarruf işlemleri yapılamaz, çünkü taşınmazı tescilsiz iktisap eden kişi, tapu kütüğünde malik olarak gözükmemektedir. Nitekim bu husus Türk

durumlarda malik, bir taşınmazın mülkiyetini tapu siciline yapılacak tescilden önce kazanmaktadır. Tescilden önce taşınmaz mülkiyetinin kazanıldığı hallerinin neler olduğu, 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinde sayılmış olmakla birlikte bu durumlar, maddede belirtilenle sınırlı değildir. Nitekim Kanun maddesinde, "... ile kanunda öngörülen diğer hallerde ..." denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Bununla birlikte bir durumun tescille kazanmanın istisnası olarak kabul edilebilmesi için, bu istisnanın kanunda öngörülmüş olması şarttır.^[6] Bu nedenle, taşınmaz mülkiyetinin tescilden kazanılabileceği kanunlarda ifade edilen bu durumlar tahdidi nitelikte olup bunların yorum yoluyla örnek verilerek çoğaltılması ve böylece kanunlarda açıkça düzenlenmeyen durumlarda da taşınmaz mülkiyetinin kazanılabileceğinin kabul edilmesi söz konusu değildir.^[7]

Tescilden önce yapılacak olan kazandırmalarda, her ne kadar hakkın kazanılması için tescil kurucu nitelikte olmasa da mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkilerinin kullanılabilmesi için tapu siciline tescil şart koşulmuştur. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinin ikinci cümlesinde, "*Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.*" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Tescili isteme yetkisi ise Kanun gereği aynı hakkı tapu dışında tescilsiz olarak kazanmış kişiye ait olacaktır.^[8] Söz konusu tescil işlemi yapılan kadarki süreçte ise mevcut tapu sicili hak durumu itibarıyla doğruyu yansıtmayacağı için mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı an ile sicile yapılan tescil arasındaki dönemde "yolsuz tescil" durumu söz konusu olacaktır.

Medeni Kanununun 705/2. maddesinde "ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır" şeklinde ifade edilmiştir." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

- [6] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 404; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 303.
- [7] Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991), 475.
- [8] Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: BETA Yayıncılık, 2009), 297.

Önemle ifade etmek gerekir ki, tescilden önce yapılan kazandırmalarda tapu siciline yapılacak tescil, kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[9] Nitekim bu durumlarda malik, taşınmazın mülkiyetini, tapu siciline yapılacak tescilden önce zaten kazanmıştır; sadece, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkilerinin kullanılabilmesi için hakkın tescilden önce kazanılmış olduğunun tescil edilmesi gerekmektedir. Tescilden önce yapılan kazandırmalarda da malik, tasarruf yetkisi dışında, mülkiyet hakkının bahsettiği diğer hak ve yetkilere sahip olmaktadır.^[10] Bu nedenle açıklayıcı (bildirici) tescil yapılmadan önce, her nasıl olmuşsa, mülkiyet hakkını tescilden önce kazanmış malikin yapmış olduğu tasarruf işlemleri geçerli kabul edilecektir.^[11] Hakeza taşınmazın mülkiyetini tescil öncesinde kazanmış olan malik, tapu sicilinde değişiklik yapılmasını gerektirmeyen diğer iş ve işlemleri (müdahalenin meni davası açmak, taşınmazı kiraya vermek gibi) de yapabilecektir.^[12]

Tescilden önceki kazanımlarda tapu siciline yapılacak olan tescilin bir diğer fonksiyonu da aleniyettir. Nitekim böyle bir durumda tescil, taşınmazın mülkiyetini tapu siciline yapılacak tescilden önce kazanmış ve böylece mülkiyet hakkının tanıdığı hak ve yetkileri kullanabilecek durumda bulunan malikin sicilde de hak sahibi olarak görünmesini sağlayarak 4721 sayılı TMK'nin 1023. maddesi uyarınca iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanımlarına engel olacaktır.^[13] Hukuk düzenimiz, söz konusu tescil işlemi yapılmadan önceki bir dönemde iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından, tapu sicilindeki mevcut tescile güvenerek aynı hakkın kazanılmış olması durumunda, iyi niyetli üçüncü kişinin kazanımına üstünlük tanımakta ve mülkiyeti tescilden önce

[9] Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 267; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 344; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 485.

[10] Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 198; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 405.

[11] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 344; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 304.

[12] Halil Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 960; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 254.

[13] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 245; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 344.

kazanmış olan malikin böyle bir durumda mülkiyet hakkını ileri sürmesini engellemektedir.^[14]

Bir taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanmış bulunan malikin, tapuda kendi adına tescil yaptırabilmesi için mahkeme kararı ibraz etmesine gerek yoktur. Bu tür durumlarda malik, kazanma sebebini ispat etmek suretiyle doğrudan doğruya tapu memurundan taşınmazın kendisi adına tescil etmesini talep edebilmektedir. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 716/2 maddesinde, “*Bir taşınmazın mülkiyetini işgal, miras, kamulaştırma, cebri icra veya mahkeme kararına dayanarak kazanan kişi tescili doğrudan doğruya yaptırabilir.*” denilmek sureyle tescil öncesi kazanımlarda malikin doğrudan doğruya tescil isteyebileceği ifade edilmiştir.

II. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 705. MADDESİNDE SAYILAN DURUMLAR

A) MİRAS

4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinde düzenlenen taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerinden ilki mirastır. Miras, mirasbırakanın ölümüyle birlikte açılmakta ve hem kanuni hem de atanmış mirasçılar, terekedeki mevcut malları kendiliğinden (ayrıca bir irade beyanında bulunmalarına gerek kalmaksızın) kazanmaktadır.^[15] Gerçekten de Türk Miras Hukuku sistematığında mirasçılar, murisin vefatı sonrasında mirası kabul ettiklerine ilişkin ayrıca bir irade beyanında bulunmalarına gerek kalmaksızın terekedeki malvarlıklarının mülkiyetini iktisap etmektedir. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 599/1 maddesine göre, “*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.*” Böylece murisin vefatı sonrasında mirasçıların mirası kabul ve iktisap ettikleri kural, mirası reddetmiş oldukları ise istisnadır. Zira mirasçılarının, murislerinden kendilerine intikal eden mirası reddetmiş sayılmaları için 4721 sayılı TMK'nin 606 vd. maddeleri uyarınca süresi içerisinde ret iradelerini ortaya koymaları (mirasın gerçek reddi) ya da aynı Kanun'un 605/2 maddesi uyarınca ölümü

[14] Gürsoy, *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*, 244.

[15] Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, (İstanbul: DER Yayınları, 2018), 342; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 497; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 198.

tarihinde mirasbırakanın ödemedi aciz halde bulunduğunu ispat etmeleri (mirasın hükmen reddi) gerekmektedir.

Murisin vefatı ile terekedeki malvarlığının doğrudan kazanılması, terekede mevcut bulunan taşınmazlar için de geçerli bir ilkedir. Bu kapsamda mirasçılar, murislerinin vefatı sonrasında terekede mevcut bulunan taşınmaz malın mülkiyetini, tapu sicilinde kendi adlarına yapılacak tescilden önce kazanmaktadırlar.^[16] Ancak söz konusu kazanım, bozucu şarta bağlı bir kazanım niteliğindedir.^[17] Buradaki bozucu şart ise mirasçılarının, mirası ret haklarının devam ettiği süre içerisinde mirası reddettiklerine ilişkin iradelerini ortaya koymalarıdır. Nitekim murisin vefatı ile terekedeki malların mülkiyetini kazanan mirasçılar mirası reddettiklerinde, terekedeki malların mülkiyetini geçmişe etkili olmak üzere kazanmamış sayılacaklardır.

Her ne kadar murisin vefatı sonrasında mirasçılar, terekedeki taşınmazların mülkiyetini tescilden önce ve devren kazanmış olsalar da taşınmaza ilişkin tasarruf işlemlerinde bulunabilmeleri için yine de tapu siciline tescil işlemini sağlamaları şarttır. Tescili talep eden mirasçılarının, mirasçılık sıfatlarını ve başkaca mirasçı bulunmadığını ispat etmeleri gerekmektedir.^[18]

Murisin tek bir mirasçısı var ise, terekedeki malvarlıkların mülkiyeti doğrudan doğruya bu mirasçıya geçmektedir. Böyle bir durumda mirasçı, doğrudan doğruya tescili talep edebilmekle birlikte tapu siciline yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik taşıyacaktır. Buna karşılık murisin birden fazla mirasçısı bulunuyor ise tescilden önce kazanım, miras ortaklığı için söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, 4721 sayılı TMK'nin 640/2 maddesi uyarınca miras ortaklığı çerçevesinde terekedeki malvarlıklarına elbirliğiyle malik bulunan mirasçılar açısından şahsi kazanım, miras ortaklığının sona ermesiyle gerçekleşecektir. Miras ortaklığının tescilden önceki kazanımı sonrasında her bir mirasçı adına yapılacak olan

[16] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2007), 246; Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 447; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 482.

[17] Imre ve Erman, *Miras Hukuku*, 342; Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 369.

[18] Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 961; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 198.

tescil ise açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelik taşıyacak olup bu tescilin bütün mirasçılar tarafından talep edilmesi gerekecektir.^[19]

Miras yoluyla taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması, külli halefiyet prensibinin bir sonucu olduğu için sadece yasal ve atanmış mirasçılar için geçerli olacaktır. Buna karşılık vasiyet alacaklıları (musalehler), murisin vefatı ile kendilerine bırakılan taşınmazın mülkiyetini doğrudan iktisap edememekte; sadece taşınmazın kendileri adına tescilinin talep edilebilmesi hususunda nispi bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Böylece vasiyet alacaklısının kendisine vasiyet olunan taşınmazın mülkiyetini kazanabilmesi için tescili talep etmesi ve tapu sicilinde kendisi adına tescilin yapılmış olması gerekmektedir.^[20] Bu durumda da tapu siciline yapılacak olan tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır.

4721 sayılı TMK'nin 600/1 maddesi uyarınca vasiyet alacaklısı, tescili, varsa vasiyeti yerine getirme görevlisinden; yoksa yasal veya atanmış mirasçılardan isteyecektir.^[21] Vasiyet alacaklısının tapuda kendisi adına tescilin yapılmasını isteme hakkı sicil dışı aynı hakka değil, kişisel hakka dayalı olduğu için tescil isteminin yerine getirilmemesi durumunda 4721 sayılı TMK'nin 1025. maddesi uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası değil, aynı Kanun'un 716. maddesi uyarınca tescile zorlama davası açabilecektir. Vasiyet alacaklısının mülkiyet hakkını mahkeme kararı ile kazanmış olduğu böyle bir durumda da tapu siciline yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[22]

[19] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 406; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 247; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 268.

[20] Imre ve Erman, *Miras Hukuku*, 342; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 379; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 199.

[21] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 268; Yargıtay 2. HD., E. 2000/4961, K. 2000/ 5626, T. 01/05/2000: “Medeni Yasanın 541. maddesi gereğince vasiyet lehtarları mirasçılardan menkullerin teslimini, gayrimenkullerin de adına tescilini dava ile isteyebilir.” (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[22] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 248; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 500.

B) MAHKEME KARARI

4721 sayılı TMK kapsamında taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı ikinci durum, mahkeme kararına dayalı kazanımlardır. Bir taşınmazın mülkiyetinin mahkeme kararı ile tescilden önce kazanıldığından bahsedilebilmesi için, geleceğe etkili hüküm ve sonuç doğuran kazanıma konu mahkeme kararının hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran (inşai) bir karar olması ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir.^[23] Böylece yenilik doğuran (inşai) nitelikte olmayan mahkeme kararlarına dayanılarak taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılmış olduğu ileri sürülemeyecektir.

Tek taraflı bir irade açıklamasıyla yeni bir hukuki durum yaratan veya mevcut bir hukuki durumda değişiklik yapan yahut mevcut bir hukuki durumu ortadan kaldıran ve böylece bir başkasının hukuki durumunu, o kişinin ayrıca bir irade beyanında bulunmasına gerek kalmaksızın etkileyebilen haklar olarak tanımlayabileceğimiz yenilik doğuran hakların kullanılabilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için, kural olarak, hak sahibinin irade beyanı yeterli olup ayrıca dava açmaya gerek yoktur.^[24] Bununla birlikte bazı hallerde yenilik doğuran hakların kullanılması ve hukuki anlamda bir sonuç doğurabilmesi için hak sahibinin irade beyanı yeterli görülmemiş; açılacak dava neticesinde mahkeme tarafından verilecek olan hükme ihtiyaç duyulacağı kabul edilmiştir.^[25]

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 108. maddesinde düzenlenmiş bulunan inşai dava, aynı maddenin ikinci fıkrasında da ifade edildiği üzere^[26], bir yenilik doğuran hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu

[23] Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 305; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 408; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 252; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, s. 962; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200.

[24] Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1979), 57; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 65.

[25] Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 254.

[26] 6100 sayılı HMK m.108/2: "Bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşai dava açılır."

olduğu hâllerde açılan bir dava türüdür. Bu tür davalarda, davaya konu yenilik hakkın hukuki sonuçları, ancak mahkeme kararı ile doğmaktadır. Mahkemenin, davanın kabulüne ilişkin kararı inşai hüküm niteliğinde olup hükmün sonuçlarını doğurabilmesi için kesinleşmesi yeterlidir; ayrıca icra edilmesine gerek yoktur.^[27]

4721 sayılı TMK'nin 1013/1 maddesine göre tapu siciline tescil yapılabilmesi için, kural olarak, taşınmaz malikinin yazılı beyanda bulunması şarttır. Böylece hukuken geçerli bir borçlandırıcı işlemle, taşınmazın mülkiyetini devir borcu altına girmiş olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine alacaklı adına tescil işlemi yapılabilecektir. Kural bu olmakla birlikte aynı Kanun'un 1013/2 maddesi ile taşınmaz mülkiyetini devir borcu altına giren taşınmaz malikinin yazılı beyanda bulunmaktan kaçınması ihtimaline karşın alacaklılara bir güvence getirilmiştir. Buna göre alacaklı, kesinleşmiş mahkeme ilamı ibraz etmesi durumunda, taşınmaz maliki tarafından yazılı beyanda bulunulmasa dahi taşınmaz mülkiyetinin kendisi adına tescil edilebilmesini isteyebilecektir. Böyle bir durumda açılacak olan dava, aynı Kanun'un 716. maddesinde düzenlenmiş bulunan "Tescile Zorlama" davasıdır.^[28]

Tescile zorlama davasında davacı, davalı taşınmaz maliki ile aralarında hukuken geçerli ve mülkiyetin devir borcunu doğuran bir sözleşme (satış, bağış, taşınmaz satış vaadi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi) veya alım, önalım, geri alım gibi bir yenilik doğuran hakka sahip bulunduğunu ve davalının haksız bir şekilde taşınmazın kendisi adına tescilini istemeye ilişkin edimini ifa etmediğini ispat edecek olup taşınmaz mülkiyetinin kendisine aidiyetine karar verilmesini mahkemeden talep edecektir.^[29] Ancak, bu davanın borçlu taşınmaz malikine karşı açılabilmesi için davanın açıldığı tarihte davalının taşınmazın maliki olması şarttır. Eğer davalı, dava açılmadan önce taşınmazın mülkiyetini devretmiş ise kendisine veya davanın açıldığı tarihte malik olarak gözüken kişiye karşı tescile zorlama davası açılmayacaktır.^[30] Nitekim böyle bir durumda sicil dışı şahsi hak iddiasında bulunan davacı,

[27] Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanğası, *Medeni Usul Hukuku*, 304.

[28] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345.

[29] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 252; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 257.

[30] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 407; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 345.

bu hakkını sadece borç ilişkisinin diğer tarafına karşı ileri sürebilecektir. Bununla birlikte, taşınmazın kendisi adına tescil edilmesine ilişkin şahsi hakka sahip olan alacaklı, uğramış olduğu zararları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 112 vd. hükümlerine göre borçludan isteyebilecektir.

Davacı, tescile zorlama davası sırasında 4721 sayılı Kanun'un 1010. maddesi çerçevesinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin tapu kütüğüne işlenmediği ve davalının taşınmazı üçüncü kişiye devrettiği bir ihtimalde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125/1 maddesi çerçevesinde taşınmazı devralan kişiye karşı davasını devam ettirebileceği gibi taşınmazı devreden kişiye karşı açmış olduğu tescile zorlama davasını tazminat davasına çevirerek uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Tescile zorlama davasının, devralan malike karşı devam ettirilmesi durumunda devralan malik, 4721 sayılı Kanun'un 1023. maddesi çerçevesinde iyi niyetli ise dava reddedilecektir. Böyle bir ihtimalde davacı, tekrardan devreden malike karşı tazminat davası açarak uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilir. Tescile zorlama davası sırasında 4721 sayılı Kanun'un 1010. maddesi çerçevesinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin tapu kütüğüne işlenmesi durumunda ise bu şerh, üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldıracığı için şerh sonrasında taşınmazı devralan üçüncü kişilere karşı da tescile zorlama davasının devam ettirilmesi mümkün olacaktır.^[31]

Mahkeme tarafından tescile zorlama davasının kabulüne ilişkin karar, inşai bir karar olup hükmün kesinleşmesiyle birlikte davacı, taşınmaz mülkiyetini kazanmış olacaktır. Buna karşılık davalı taşınmaz malikinin, tescil talebinde bulunmaktan kaçınmasının haklı bir nedene dayandığını ispat ederek davanın reddini talep edebilmesi de her zaman mümkündür. Taşınmaz mülkiyetini mahkeme kararı ile tescilden önce iktisap eden kişi, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 20/1-e maddesi uyarınca kesinleşmiş mahkeme ilamını sunarak taşınmazın kendisi adına tescil edilmesini isteyebilir ki böyle bir durumda yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır. Tescile zorlama davası, hukuki niteliği itibarıyla bir alacak davası olduğu için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi çerçevesinde, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Mahkeme tarafından verilen karara dayanarak yapılacak tescil istemi ise herhangi bir zamanaşımına tabi olmayacaktır; nitekim mahkeme kararı ile

[31] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 259.

mülkiyet kazanılacak olup aynı hakka dayanan işbu taleplerde zamanaşımı söz konusu olmayacaktır.^[32]

Paylı ya da elbirliğiyle mülkiyete konu taşınmazın paylaşımına ilişkin mahkeme kararı da 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesi anlamında taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile tescilden önce kazanıldığı durumlardan birisidir.^[33]

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin mahkeme huzurundaki sulh ve kabullerin de mülkiyetin tescilden önce kazanılması sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir.^[34] Nitekim mahkeme huzurundaki sulh ve kabuller, 2004 sayılı Kanun'un 38. maddesi dairesinde ilam niteliğindeki belgelerdendir. 6100 sayılı Kanun'un 408. maddesi uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmadığı için bir taşınmaz mülkiyetinin tahkim kararı ile kazanılması mümkün olamayacaktır.^[35]

C) CEBRİ İCRA

4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinde öngörülen ve taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı üçüncü durum, cebri icra yoluyla yapılan satışlardır. Buna göre rehnedilen, haczedilen veya iflas masasına kaydedilen bir taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi durumunda mülkiyet,

[32] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 258; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 314.

[33] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 408; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 253.

[34] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 408; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 253; G.Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 298; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200.

[35] Yargıtay 15. HD., E. 2007/2680, K. 2007/4137, T. 18/06/2007: "Tapu iptal ve tescil davaları, kamu düzenini ilgilendiren davalardan olup, hakemlerce bu davalara bakılması mümkün değildir. Nitekim gayrimenkulün aynına ilişkin olduğundan bu tür davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinde görüleceği HUMK'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

tapu siciline yapılacak olan tescilden önce kazanılacaktır.^[36] Nitekim cebri icra yoluyla yapılacak olacak satış, tarafların özgür iradelerine dayalı bir satış sözleşmesi olmayıp resmi bir kamu tasarrufu niteliğindedir.^[37] Cebri icra yoluyla yapılan satışlarda, 4721 sayılı TMK'nin 733/1 maddesi uyarınca, önalım (şufa) hakkının da kullanılmayacak olması da bu durumu teyit eder niteliktedir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 123. maddesine göre taşınmazlar, icra dairesi tarafından açık artırma yoluyla satışa çıkarılmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 279/1 maddesinde artırmadan alınan taşınmazın mülkiyetinin tapu siciline yapılacak tescille birlikte alıcıya geçeceği ifade edilse de aynı maddenin üçüncü fıkrasında, cebri artırma sonucunda yapılan ihalelerde mülkiyetin geçmesine ilişkin özel hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiş; 2004 sayılı İİK'nin 134/1 maddesinde ise icra dairesi tarafından yapılan açık artırma neticesinde taşınmaz kendisine ihale edilen alıcının ihale anında taşınmazın mülkiyetini kazanacağı belirtilmiştir. Yine İİK'nin 135/1 maddesine göre, ihale bedeli ödendikten sonra icra dairesi tarafından, taşınmazın alıcı adına tescil edilmesi için tapu idaresine yazı yazılır; mülkiyet hakkı ise icra memurunun bu yazısı üzerine tapu siciline tescil edilir.^[38] Bu bildirim üzerine yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[39]

[36] Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 337; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 325; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 337; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 346; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 481.

[37] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 272; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 251; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 260; Yargıtay İBK. E. 1952/14, K. 1953/6, T. 24/06/1953: "Cebri ihalelerin akit olmayıp, amme hukukuna ait bir tasarruf olduğu belirtilmiş bulunduğu göre, meselenin halinde bu mebeden hareket etmek zarureti vardır." (<https://www.kazancihukuk.com/>, 15/04/2022)

[38] G.Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 298; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200.

[39] Yargıtay 4. HD., E. 2010/8077, K. 2011/10720, T. 19/10/2011: "İhalenin kesinleşmesiyle mülkiyet ihale alıcısına geçer, mülkiyetin kazanımı için ayrıca tapuya tescil şartı gerekli değildir. Bu bağlamda tescil işlemi, mülkiyeti geçiren değil mülkiyet

İhale, icra dairesinin müdahalesi olmaksızın gerçekleşiyorsa, yani ihtiyari ihale niteliğinde ise taşınmazın mülkiyeti ihale anında alıcıya geçmeyecektir; böyle bir durumda mülkiyet, ancak alıcı adına yapılacak tescille birlikte kazanılacaktır.^[40] Bu nedenle ihtiyari ihalelerde tapu siciline yapılacak tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır. Buna karşılık iflas masasına kaydedilen taşınmazın pazarlık yoluyla satılması durumunda ise mülkiyetin alıcıya geçebilmesi için tapu siciline tescilin yapılması şart olup böyle bir durumda yapılacak tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır.^[41]

Ayan'a göre hacizde iyiniyetin korunması söz konusu olmamakla birlikte cebri icra yoluyla yapılan satışlarda iyiniyete koruma sağlanacaktır.^[42] Örneğin aslında A'ya ait olan bir taşınmaz, her nasıl olmuşsa, B adına yolsuz bir şekilde tescil edildikten sonra B'nin alacaklısı olan C, söz konusu kayda iyiniyetle güvenerek taşınmaz üzerine haciz koyduktan sonra A'nın açtığı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası neticesinde C adına kayıtlı haciz de terkin edilecek; C'nin iyiniyetli olması bu neticeyi değiştirmeyecektir. Buna karşılık B adına yapılan yolsuz tescil düzeltilmeden önce haciz kesinleşir ve cebri icra yoluyla D'ye ihale edilirse, D'nin iyiniyeti korunacak ve B adına yapılan tescilin yolsuz olduğu D'ye karşı ileri sürülemeyecektir. Böyle bir durumda A, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi çerçevesinde uğradığı zararların tazminini Devlet'ten isteyebilecektir.

D) İŞGAL

4721 sayılı TMK'ye göre taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı dördüncü durum, işgaldir. Kelime anlamı “bir yeri ele geçirmek” olan işgal, tapuya kayıtlı olup da malikin kendi istek ve iradesiyle sahipsiz hale

sahibinin o tapu kaydıyla ilgili olarak tasarruf muamelesi yapabilmesine olanak sağlayan bir işlemdir.” (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022); Ertuş, *Eşya Hukuku*, 313.

[40] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 273; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 963; 6098 s. TBK m. 279/1-c.2: “Artırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti, ancak tapu siciline tescille alıcıya geçer.”

[41] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 260.

[42] Ayan, *Eşya Hukuku II*, 261.

getirilen bir taşınmaza, bir kimsenin malik olma isteğiyle zilyet olması ve bu yolla taşınmazın mülkiyetini aslen iktisap etmesidir.^[43] Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla tescilden önce kazanılabilmesi için; tapuya kayıtlı bir taşınmaz bulunmalı, tapuya kayıtlı olan bu taşınmaz malikin isteği ile terkin işlemi yapılarak sahipsiz hale getirilmeli ve bir kimse tarafından böyle bir taşınmaza malik olma arzusuyla zilyet olunmalıdır.

Söz konusu terkin işlemi, sicilde hak sahibi olarak gözüken malikin mülkiyet hakkından vazgeçmesi sonucunu doğuracağı için, terkin işleminin malikin hür istek ve iradesine dayalı olması gerekmektedir. Nitekim bu husus, 4721 sayılı TMK'nin 707/1 maddesinde, "*Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması, ancak kaydının malikin istemiyle terkin edilmiş olmasına bağlıdır.*" denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Terkin işlemi, sicilde hak sahibi olarak gözüken kişinin, adının üzerinin çizilmesi anlamına gelmektedir. Ancak malikin adının çizilmiş olması, söz konusu taşınmazın mülkiyetinin işgal suretiyle kazanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Buna ek olarak, söz konusu terkin işleminin, mülkiyet hakkını terk etmek sebebiyle yapılmış olması da gerekmektedir. Bu çerçevede sicilde hak sahibi olarak gözüken kişinin adının üzeri çizilmiş olmakla birlikte bu terkinin hangi sebeple yapıldığı anlaşılamiyorsa yahut malikin adının üzeri çizilmemiş olmakla birlikte söz konusu kayıttan malikin kim olduğu tespit edilemiyorsa, bu türden bir taşınmaz işgal suretiyle değil, 4721 sayılı TMK'nin 713. maddesi çerçevesinde olağanüstü kazandırıcı zamaşımı yoluyla iktisap edilebilecektir.^[44]

Taşınmaz malikin mülkiyet hakkından vazgeçerek adına yapılmış tescili terkin ettirmiş olması, söz konusu taşınmaz üzerinde hâlihazırda mevcut bulunan sınırlı ayni haklar ile tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hakların sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Böyle bir durumda işgal suretiyle taşınmazın mülkiyetini kazanan kişi, her türlü sınırlamalardan arı bir şekilde

[43] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 253; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 347; Ertas, *Eşya Hukuku*, 304.

[44] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 410-411; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 255; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 348; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 262; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 202.

değil, terkenden önce mevcut bulunan sınırlı aynı haklar ve şerh edilen kişisel haklarla yüklü olarak mülkiyet hakkına sahip olacaktır.^[45]

Terkin işlemi sonrasında sahipsiz hale gelmiş bulunan taşınmazın mülkiyetinin kazanılabilmesi için, söz konusu taşınmaz üzerinde malik olma arzusu ile zilyetlik kurulmuş olmalıdır. Olağan (4721 s. TMK m.712) ve olağanüstü (4721 s. TMK m.713) kazandırıcı zamanaşımından farklı olarak, işgal suretiyle taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için zilyetliğin belirli bir süre ile devam etmiş olması şart değildir. Böylece, sicilden terkin işlemi yapılarak sahipsiz hale getirilen bir taşınmaz üzerinde malik olma arzusuyla fiili hâkimiyet kurulduğu an mülkiyet kazanılmış olunacaktır.^[46] Taşınmaz üzerinde kurulacak olan fiili hâkimiyetin malik olma arzusuna dayanmış olması şarttır. Bu kapsamda, geçici bir süre için kullanmak yahut belirli bir süre ile taşınmazdan yararlanmak amacıyla yapılmış olan eylemler, işgal suretiyle taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sonucunu doğurmayacaktır.

Bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması, tescilden önce ve aslen kazanma hallerinden birisidir. Nitekim taşınmaz mülkiyetinin bu yolla kazanılmasında, kendi istek ve iradesiyle terkin işlemi yaptırarak taşınmazı sahipsiz hale getiren eski malik ile işgal suretiyle taşınmazın mülkiyetini iktisap eden yeni malik arasında bir hukuki bir işlem bulunmamaktadır.^[47] Bu nedenle de işgal suretiyle taşınmazın mülkiyetini kazanan kişi, 4721 sayılı TMK'nin 1013/2 maddesi uyarınca ayrıca bir irade beyanına ihtiyaç kalmaksızın aynı Kanun'un 716/2 maddesi uyarınca tapu müdürlüğüne giderek kendi adına doğrudan doğruya tescil yaptırabilecektir. Burada yapılacak olan tescil de kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır. İşgal sonucunda taşınmazın mülkiyeti aslen kazanılmakla birlikte bu kazanım, taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hakların varlık ve geçerliliğini etkilemeyecek; sınırlı aynı haklar varlığını aynen devam ettirecektir.^[48]

[45] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 414; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 254.

[46] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 414; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 256; Ertas, *Eşya Hukuku*, 304.

[47] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 254.

[48] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 349.

Tapu kütüğünden sahipsiz hale geldiği anlaşılan bir taşınmazı bir kimse sahiplenip de bu hususu Tapu Müdürlüğü'ne bildirmeden önce, bir başka kimsenin bu taşınmazı işgal ettiğini Tapu Müdürlüğü'ne bildirerek adına tescili sağlaması durumunda, kimin hakkına öncelik tanınması gerektiği hususunu incelemekte fayda vardır. Hatemi/Serozan/Arpacı'ya göre, sonradan işgal bildirimini yaparak adına tescil işlemini yaptıran kişinin tapu siciline duyduğu güven korunacak ve taşınmazı önceden işgal eden ancak bu hususu Tapu Müdürlüğü'ne bildirmeyen kimsenin tescilden önce kazanmış olduğu mülkiyet hakkı, bu kimsenin o taşınmaza zilyet olduğunu ve bunun üçüncü kişiler tarafından bilinmesi gerektiğini gösterir belirtiler yoksa, tapu siciline iyi niyetle güvenerek mülkiyet hakkı iktisap etmiş üçüncü kişinin edinimi karşısında ortadan kalkacaktır.^[49]

4721 sayılı TMK'nin 704. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturmaktadır. İşgal yoluyla mülkiyeti iktisap edilecek olan taşınmazlar, işgal eyleminin zilyetliğe dayalı fiili hâkimiyet kurmaya dayalı olması ve ancak maddi varlıkları olan şeyler üzerinde zilyetliğin kurulabilecek olması nedeniyle, araziler ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir.^[50]

4721 sayılı TMK'nin 707/2 maddesi, “*Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde işgal yoluyla mülkiyet kazanılamaz.*” hükmünü havidir. Böylece tapuda kaydı bulunmayan bir taşınmazın mülkiyetinin işgal suretiyle kazanılması hukuk düzeni tarafından engellenmiştir. Buradaki “tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlardan” kasıt; özel mülkiyete konu edilemeyen, tarıma elverişli bulunmayan ve tapuya kaydedilmesi gerekmeyen sahipsiz yerlerdir.^[51]

4721 sayılı TMK'nin 715/2 maddesine göre,

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.” Aynı Kanun'un 999/1 maddesine göre ise, “Özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun

[49] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 478.

[50] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 347.

[51] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 257; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 263.

yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynı hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz.

Böylece, özel mülkiyete konu edilemeyen ve Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler ile tapuya kaydedilmesi gerekmeyen kamu malı niteliğindeki taşınmazların işgal suretiyle mülkiyetlerinin kazanılması mümkün olamayacaktır.^[52]

Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazların, sicile tescili gereken bir aynı hakkın tesisi zorunlu olmadıkça, tapu kütüğüne kaydedilmesi zorunlu değil iken özel mülkiyette bulunan ve kamunun yararlanmasına ayrılmamış taşınmazların tapu kütüğüne kaydedilmesi zorunludur. Bu çerçevede, tapu kütüğüne kaydedilmesi zorunlu iken kaydedilmemiş olan ve böylece tapusu bulunmayan taşınmazların işgal suretiyle kazanılmaları mümkün değildir. Nitekim bu yerler, sahipsiz yerlerden değildir. Bu yerlerin ancak olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.^[53]

Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan sahipsiz arazilerin ve yararı kamuya ait malların mülkiyetinin işgal suretiyle kazanılması mümkün olmamakla birlikte 3402 sayılı Kadastro Kanunu uyarınca ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen sahipsiz yerlerin mülkiyetinin kazanılmasına imkân tanınmıştır.^[54] 3402 sayılı Kanun'un 17/1 maddesine göre orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmazlar Kanun'un 14. maddesindeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına tespit edilecektir. Böylece bir taşınmazın ihya yoluyla kazanılabilmesi için; ihya edilen taşınmazın, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olmakla birlikte orman sayılmayan ve kamu hizmetine tahsis edilemeyen bir arazi olması, bu taşınmazın emek ve masraf sarf edilerek tarım arazisine dönüştürülmesi, taşınmazın il, ilçe veya kasabaların imar planının kapsadığı

[52] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 411; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 257; Çınar, *Tapu İptal ve Tescili Davaları*, 47.

[53] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 411; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 257; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 348.

[54] Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 411-415.

alanlarda bulunmaması, ihya olgusunun ispatlanması ve imar ve ihyanın tamamlanmasından itibaren yirmi yıl süreyle malik sıfatıyla zilyet olunması gerekmektedir.^[55]

E) KAMULAŞTIRMA

4721 sayılı TMK'ye göre, bir taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı beşinci durum, kamulaştırmadır. Kamulaştırma; özel mülkiyette bulunmakla birlikte, kamu yararı gereksinimi sebebiyle devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından gerçek değeri peşin ödenmek kaydıyla bir taşınmazın mülkiyetinin tamamının ya da bir kısmının iktisap edilmesidir.^[56] Bir idare hukuku tasarrufu olan kamulaştırma işlemi ile kamu tüzel kişileri, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın mülkiyetini idari ve adli aşamalardan oluşan bir süreç neticesinde kamu gücüne dayanarak zorla devralmaktadır.^[57]

Kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesi ile koruma altına alınan mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale niteliğinde olmakla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrası^[58] ve 46/1 maddesi^[59] uyarınca Kanunla getirilmiş ve böylece hukuki meşruiyet kazanmış bir sınırlamadır. Bu nedenle, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırma yoluyla idareye devredilmesi, mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Malikin mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla ve karşılığında bir bedel ödenerek sona

[55] Detaylı bilgi için bkz. Süleyman Sapanoğlu, *3402 Sayılı Kadastro Kanunu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), s. 374-420; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 263.

[56] Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017), 298; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 248; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 349; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 199.

[57] Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), 19; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 250.

[58] Anayasa m.35/2: Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

[59] Anayasa m.46/1: Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

erdirdiği için kamulaştırma işlemi hakkın özüne müdahale eden bir işlem niteliğinde değildir.^[60]

Kamulaştırma usulünde idare, öncelikle, kamulaştırma bedeli için yeterli ödeneği temin etmektedir. Bunun akabinde ise belirli bir işin yapılmasında kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle kamu yararı kararı almaktadır. Kamu yararı kararını alan idare, daha sonrasında bu işin yapılacağı ve kamulaştırılacak olan taşınmazı belirlemektedir. Kamulaştırılacak taşınmaz belirlendikten sonra, taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alınmakta ve söz konusu taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alındığını tapu müdürlüğüne bildirerek bu konuda tapu siciline şerh düşülmektedir. Ancak söz konusu şerh, taşınmaz mülkiyetinin idareye geçmesi sonucunu doğurmamakta; sadece, ilgili taşınmaz hakkında kamulaştırma işlemlerine başlanıldığını sicili inceleyecek olan üçüncü kişilere haber vermektedir.^[61] 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 7/3 maddesine göre, kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge, şerh tarihinden itibaren altı ay içinde tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinecektir.

Kamulaştırma kararı alındıktan sonra 2942 sayılı Kanun'un 8/1 maddesine göre idare, kamulaştırma işleminde öncelikle satın alma usulünü uygulamak zorundadır. Satın alma usulü, pazarlık suretiyle olabileceği gibi aynı Kanun'un 8/4 ve 26. maddeleri uyarınca trampa yoluyla, yani taşınmaz malikine kamulaştırma bedeli yerine, mülkiyeti idareye ait olan ve kamu hizmetine tahsis edilmemiş bulunan bir başka taşınmazın verilmesi suretiyle de olabilecektir. Pazarlık suretiyle ödemede, Anayasa'nın 46/2 maddesi gereğince, kamulaştırma bedelinin nakden ve peşin olarak ödenmesi esastır. Ancak aynı hükmün ikinci cümlesindeki atıf doğrultusunda 2942 sayılı Kanun'un 3/2 maddesinde belirtilen hallerde kamulaştırma bedelinin taksitle ödenmesi de mümkün kılınmıştır. Bunula birlikte, Anayasa'nın 46/3 maddesi gereğince, kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli her halde peşin ödenmek zorundadır.

Taşınmazın maliki ile idarenin kamulaştırma konusunda anlaşmaları durumunda taşınmaz maliki tapuya gelerek ferağ vermekte ve ferağ sonrasında da idare kamulaştırma bedelini ödemektedir. 2942 sayılı Kanun'un

[60] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 88.

[61] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, 301.

8/7 maddesine göre bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmayacaktır. Pazarlık veya trampa usullerinin uygulanarak özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin kamu tüzel kişilerine geçirilmesi durumunda mülkiyet, taşınmaz malikinin tescil beyanı ile kazanılacaktır.^[62] Böyle bir durumda ise mülkiyet, tescilden önce kazanılmış olunmayacağı için sicile yapılacak tescil açıklayıcı (bildirici) değil, kurucu nitelikte olacaktır.

Kamulaştırmanın satın alma usulü ile gerçekleştirilememesi durumunda ise idare, 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi çerçevesinde, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat ederek taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle birlikte bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesini talep edecektir. Aynı Kanun'un 25/1 maddesine göre ise mülkiyetin idareye geçmesi, mahkemece verilen tescil kararıyla birlikte gerçekleşecektir. Mahkeme ise idare tarafından kamulaştırma bedelinin taşınmaz maliki adına bankaya yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi durumunda taşınmazın idare adına tesciline karar verecektir. Böylece idare, asliye hukuk mahkemesince verilen tescil kararı üzerine taşınmaz mülkiyetini tescilden önce kazanmış olacak; akabinde tapu müdürlüğüne yapılacak bildirim ise kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik teşkil edecektir.

Taşınmaz malın mülkiyetini mahkemenin vereceği tescil kararıyla birlikte kamulaştırma yoluyla elde eden idare, mülkiyeti devren değil aslen kazanmış olacaktır. Nitekim kamulaştırma işlemiyle birlikte taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı sona erecek ve mülkiyet, idare adına verilen tescil kararı öncesinde mevcut ayni ve şahsi haklardan ari bir şekilde idareye geçecektir.^[63] Buna karşılık 2942 sayılı Kanun'un 7/3 maddesi uyarınca yapılması gereken şerhin ihmal edilmesi durumunda, mahkeme tarafından verilecek olan tescil kararı, şerhten önce mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanmış kişilerin kazanımlarını etkilemeyecek; böyle bir durumda, kendilerine yeniden kamulaştırma işlemi yapılması gerekecektir.^[64] Dava sırasında davalı taşınmaz malikinin başka bir şahıs olduğunun anlaşılması durumunda, idare tarafından ayrıca dava açılması gerekmeyecek; 2942 sayılı Kanun'un 14/5 maddesi gereği gerçek

[62] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 249; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 308.

[63] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 251; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 312.

[64] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 417.

malik derdest davaya dâhil edilerek yargılamaya devam edilecektir. Söz konusu düzenleme gereğince, davalı taşınmaz malikinin taşınmaz üçüncü kişiye devretmesi ve bu durumun yargılama sırasında tespit edilmesi durumunda da idarenin yeni malike karşı ayrıca dava açmasının gerekmeyeceği, yeni malikin davaya dâhil edilmesi sağlanarak yargılamaya devam edileceği kabul edilmektedir.^[65]

İdare tarafından asliye hukuk mahkemesinde dava açılmadan önce satın alma usulünün uygulanması Kanundan kaynaklanan bir zorunluluktur. Yargıtay, satın alma usulünün 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca açılacak davalarda bir dava şartı olduğunu ve bu usul denenmeksizin doğrudan dava açılması durumunda dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğini ifade eden içtihatları bulunmaktadır.^[66]

Bir taşınmazın kamulaştırılmış olması, o malın doğrudan doğruya kamu malı niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim kamu malı,

[65] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 202; Yargıtay HGK. E. 2007/5-744, K. 2007/743, T. 17/10/2007: "Dava konusu mal veya hakkı başkasına devretmiş olan tarafın, o davaya (eski hali ile) taraf sıfatıyla devam edemeyeceği veya kendisine karşı o davaya (eski hali ile) devam edilemeyeceğine dair genel ilkeye istisna olarak; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda özel düzenleme getirilmiş ve anılan Kanunun 14.maddesinde, idarece açılan davalarda gerçek hak sahibinin davalı olmadığına anlaşılması halinde gerçek malikin davaya dâhil edilmek suretiyle devam olunacağı kuralı getirilmiştir." Yargıtay 5. HD. E. 2006/13045, K. 2007/1681, T. 15/02/2007: "4650 sayılı Kanunla değişik Kamulaştırma Kanununun dava hakkını düzenleyen 14/5 maddesi uyarınca kamulaştırma davalarında aleyhine dava açılan tapu malikinin başka bir şahıs olduğu anlaşılırsa davaya bu gerçek malik dâhil edilmek suretiyle devam olunur Bu durum dikkate alınarak davanın gerçek hasma yöneltilmek üzere davacı vekiline süre verilerek, taraf teşkilinin sağlanması ve bundan sonra işin esasına girilerek hüküm kurulması gerekirken kararda yazılı düşüncelerle davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir."

[66] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 204-205; Yargıtay 5. HD. E. 2005/2203, K. 2005/3061, T. 22/03/2005: "4650 sayılı Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na göre, davacı idarenin kamulaştırma bedelinin tespitini ve kamulaştırılmasına karar verilen taşınmazın tescilini isteme hakkının doğması için, sözü edilen Yasanın 8. maddesi uyarınca anlaşarak satın alma teşebbüsünün sonuçsuz kalması gerekir. Açıklanan nedenlerle dava şartı yerine getirilmeden açılan davanın reddine karar verilirken, karar yoklukla malul olduğundan, davalılar adına yatırılan bedelin davacıya iadesine, taşınmazın davacı adına tesciline ilişkin kaydın da iptali ile davalılar adına tapuya tesciline karar verilmek üzere hükmün Bozulması gerekmiştir."

doğrudan kamunun kullanımına veya bir kamu hizmetinin ifasına tahsis edilen ve kamu tüzel kişilerine ait olan mallardır.^[67] Böylece bir malın kamu malı niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için mülkiyetinin kamu tüzel kişisine ait olması yeterli olmayıp ayrıca doğrudan kamunun kullanımına veya bir kamu hizmetinin ifasına (kısacası kamu yararına) tahsis edilmiş olması da gerekmektedir. Kamulaştırma süreci sonunda idarenin mülkiyetine geçen taşınmaz mal, kamu malı değil, idarenin özel malı statüsünde olacaktır.^[68] Bu türden bir taşınmazın kamu malı statüsüne kavuşabilmesi için ayrıca kamu yararına tahsis işleminin yapılması gerekmektedir. 2942 sayılı Kanun'un 18/6 maddesine göre kamulaştırılması yapılan taşınmaz mal tahsis edildiği kamu hizmeti itibariyle sicile kaydı gerekmeyen bir niteliğe dönüşmüşse istek halinde mahkemece sicil kaydının terkinine karar verilecektir.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre taşınmazın maliki, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde idare tarafından kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmamışsa veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılmışsa, bu beş yıllık sürenin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kamulaştırma bedelini aldığı günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek taşınmaz malını geri alabilecektir. Malikin taşınmazı geri almaya ilişkin talebinin idare tarafından reddedilmesi durumunda, taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde dava açılabilir. Açılan bu davada da mahkeme, kanuni şartlar oluşmuşsa, kamulaştırma karşılığının kanuni faiziyle birlikte ödenmesi koşuluyla tapu kaydının iptaline ve taşınmazın mal sahibine iadesine karar verecektir.^[69] Burada da taşınmaz maliki, mahkemenin kararı ile taşınmazın mülkiyetini iktisap edecek olup tapuya yapılacak bildirim kurucu değil, açıklayıcı (bil-dirici) nitelikte olacaktır.

[67] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, 283.

[68] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 417; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 250; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 351.

[69] Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 360.

III. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 705. MADDESİNDE SAYILMAYAN DURUMLAR

Bir taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı haller, 4721 sayılı Kanun'un 705. maddesinde sayılan durumlarla sınırlı olmayıp başka kanunlarda yapılmış düzenlemeler de mevcuttur. Yukarıda izah edilen durumlar dışında, yeni arazinin oluşması, tüzel kişiliğin sona ermesi, taşınmaz mülkiyetinin vakfa özgülenmesi, eşler arasında mal ortaklığı rejiminin seçilmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi, ticari işletmenin devri, ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak taşınmazın konulması ve 5543 sayılı İskân Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılacak olan tahsis durumlarında da bir taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılmış olunacaktır.

A) YENİ ARAZİNİN OLUŞMASI

Bir taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce ve aslen kazanıldığı durumlardan birisi de yeni arazinin oluşmasıdır. 4721 sayılı Kanun'un 708. maddesinde düzenlenen yeni arazinin oluşumunda Devlet; birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerde yeniden oluşan ve yararlanmaya elverişli bulunan arazinin mülkiyetini tescilden önce ve aslen kazanmaktadır.^[70]

[70] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 479; Yargıtay 8. HD., E. 2001/9014, K. 2002/1344, T. 14/02/2022: "... Bu durumda uyumsuzluğun davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan MK.nun 636 ve 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK.nun 708. maddesi hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Anılan maddelerdeki yeni arazi oluşması mülkiyet hakkının edinme yollarından biri olan asli iktisap niteliğindedir. Gerek yürürlükten kaldırılan ve gerekse onun yerine yürürlüğe konulan TMK. hükmüne göre bu yolla mülkiyet iktisabı ancak Devlet bakımından söz konusu olabilir. Gerçekten de, TMK.nun 708. maddesinde aynen "birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerden yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi Devlete ait olur" denilmiştir. Gerçek kişilerin veya diğer Kamu Tüzel Kişilerinin yeni oluşmuş bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin kendileri tarafından kazanıldığı iddiası dinlenemez. Ancak bu yolda oluşan araziye, TMK.nun 708/2. maddesi hükmü uyarınca Devlet, kamusal bir sakınca bulunmadığı takdirde, öncelikle arazisi kayba uğrayan veya bitişik arazi malikine devredebilir." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

Devletin, yeni arazinin mülkiyetini tescilden önce kazanabilmesi için; sahipsiz yerlerde yeni bir arazi oluşmalı, oluşan yeni arazinin toprağı sahipsiz yerlerden gelmiş olmalı ve yeni oluşan arazi yararlanmaya elverişli olmalıdır.^[71]

Yeni arazi oluşumu, doğal olaylar neticesinde meydana gelebileceğı gibi insan emeğı sonucunda da meydana gelebilecektir. İnsan emeğı neticesinde meydana getirilen arazilerin 4721 sayılı Kanun'un 708. maddesi kapsamında kalacağı hükmün lafzında açıkça ifade edilmemiş olsa da mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda sadece doğal yollardan değil, diğer sair suretlerle oluşumlar da hükmün kapsamına alındığı için insan emeğıyle meydana getirilen yeni arazilerin de bu kapsamda olduğunun kabulü gerekmektedir.^[72]

Yeni arazinin sahipsiz yerlerde oluşmasından kasıt ise yeni arazinin, 4721 sayılı Kanun'un 715. maddesi çerçevesinde özel mülkiyete tabi olmayan yerlerde meydana gelmiş olmasıdır. Bu kapsamda yeni arazi, özel mülkiyete tabi olan yerlerde meydana gelmişse, belirlilik (muayyenler) prensibi gereğince bu arazinin mülkiyeti, özel mülkiyetin malikine ait olacaktır.^[73]

[71] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 419; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 259; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 200; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 318; Akıntürk, *Medeni Hukuk*, 427.

[72] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 419; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 356.

[73] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 420; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 260; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 265; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 356; Yargıtay HGK, E. 2004/4-306, K. 2004/307, T. 26/05/2004: "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 708. maddesinin 1. fıkrası "Birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerde yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi Devlete ait olur" şeklindedir. Hükmün açık ifadesine göre, orada sayılan yollarla yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazinin Devlete ait olabilmesinin temel koşulu, bu arazinin oluştuğı yerin "sahipsiz" olmasıdır. Sahipli yerler, bu hükümle düzenlenen durumun tamamen dışında bulunmaktadır. Bilindiğı üzere, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 636. maddesinin 1. fıkrası da bütünüyle aynı, düzenlemeyi içermekte idi. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 636/1. maddesindeki hükmün kapsamı ve içeriğı öğretide ayrıntılı biçimde işlenmiştir. Buna göre, bir olayda bu hükmün uygulanabilmesi için; yeni bir arazi oluşmuş bulunmalı, bu yeni arazinin oluştuğı yer sahipsiz yerlerden olmalı, oluşan bu yeni arazi yararlanmaya elverişli bulunmalıdır. Sahipsiz yerlerden amaç, 641. maddede (4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 715. maddesinde) belirtilen, özel mülkiyete konu olmayan, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerdir. Eğer, yeni arazi, üzerinde özel mülkiyet kurulmuş olan yerlerde oluşmuşsa, bütünleyici parça ilkesine

Nitekim böyle bir durumda yeni arazi, özel mülkiyete tabi arazinin bütünlüleyici parçası haline gelmiştir.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 8, 11 ve 14. maddeleri ile 4721 sayılı Kanun'un 708. maddesindeki düzenlemeye birtakım istisnalar getirilmiştir. İlgili hükümlere göre idari makamlardan alınan izinle deniz, göl veya nehir kıyılarında doldurma yapılmışsa, bu doldurma ile oluşacak yeni arazi dolduran adına tapu siciline tescil edilecektir. Aynı Kanun'un 9. maddesinde ise doldurma işlemi için idari makamlardan izin alınmamış olmakla birlikte doldurmada sakınca olmadığına dair idari bir karar verilmişse, doldurulan yerin 1/10'unun değeri ödenmek kaydıyla yeni oluşan arazi dolduran kişi adına tapu siciline tescil edilecektir. Buna karşılık 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 7. maddesinde deniz, göl ve akarsularda doldurma veya kurutma yoluyla arazi elde edilebilmesi mümkün olmakla birlikte bu suretle elde edilecek arazilerin Devlet'e ait olacağı ve özel mülkiyete konu edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

Oluşan yeni arazinin toprağı, sahihsiz yerlerden gelmiş olmalıdır. Eğer yeni oluşan arazinin toprağı özel mülkiyete konu bir başka araziden koparak meydana gelmişse 4721 sayılı Kanun'un 708/3 maddesine göre malik, bu durumu öğrendiği tarihten başlayarak bir ve herhâlde oluşumun gerçekleştiği tarihten başlayarak on yıl içinde toprak parçalarının kendi arazisinden koptuğunu ispat etmek suretiyle bu parçaları geri alma hakkına sahip olacaktır. Ancak kopan bu parçalar diğer arazi ile ayrılmaz bir bütün haline gelmişse artık geri alma hakkı kullanılamayacaktır.^[74] Burada sadece geri alma hakkı tanınmış olup bu durum, toprak parçasını geri alma hakkına sahip olan malikin, toprak parçasının bulunduğu taşınmazı kullanma hakkı bahşetmemektedir.^[75]

Yeni oluşan arazinin yararlanmaya elverişli de olması gerekmektedir. Buradaki yararlanma, mutlaka tarıma elverişli olmak anlamına gelmediği

göre, içinde bulunduğu arazinin maliki, bu yeni arazinin de maliki olur (Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy–Prof. Dr. Fikret Eren–Prof. Dr. Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, sh: 542 ve devamı).” (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[74] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 357; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 973.

[75] Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 976.

için taşınmazdan herhangi bir şekilde yararlanılması mümkündür.^[76] Eğer meydana gelen arazi, diğer şartları da taşımak kaydıyla, yararlanmaya elverişli ise Devlet'in özel mülkiyetinde olacak ve bu durum tescilden önce aslen kazanma teşkil edecek; yararlanmaya elverişli değilse 4721 sayılı Kanun'un 715. maddesi çerçevesinde Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlerden olacaktır.^[77]

Oluşan yeni arazi, Devlet adına tapu kütüğüne tescil edilmişse artık bu türden bir taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık oluşan yeni arazi tapuya tescil edilmemişse ve bir kamu hizmetine tahsis edilmesi de söz konusu olmamışsa bu yeni arazinin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün olacaktır. Ancak yeni arazi tapuya tescil edilmemekle birlikte kamu hizmetine ve kamunun yararlanmasına tahsis edilmişse, artık böyle bir taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması mümkün olmayacaktır.^[78]

Fırtına, deprem, heyelan gibi nedenlerle arazi kaymalarının meydana gelmesi durumunda, sadece zeminin kayması söz konusu olmuş ise 4721 sayılı Kanun'un 709/1 maddesine göre sınırlarda herhangi bir değişiklik olmayacak ve mevcut sınırlar koruncaktır. Buna karşılık, arazi kayması neticesinde bir araziden diğerine toprak, duvar, ağaç, çit gibi değerler geçmişse, aynı Kanun'un 709/2 maddesine göre bu cisimlere sürüklenen şeylere ve karışmaya ilişkin hükümler (4721 sayılı TMK m. 752, 774, 776) uygulanacaktır. Arazi kayması sebebiyle sınırlar değişmiş ve mevcut sınırlar gerçeği yansıtmıyor ise ilgili taşınmaz maliki, sınırın yeniden belirlenmesini isteyebilecektir. Bu istem üzerine yapılacak tespit neticesinde ise fazlalık ve eksiklikler denkleştirilecektir. 4721 sayılı Kanun'un 710. maddesine göre arazi kaymasının sınır değişikliğine yol açmayacağı ilkesi, yetkili makamlarca heyelan bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmayacak; bir taşınmazın böyle bir yörede bulunduğu, ilgililere uygun biçimde bildirilip tapu kütüğünün beyanlar sütununa da yazılacaktır.

[76] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 262; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 357; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 970.

[77] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 421; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 262; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 358.

[78] Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 974.

B) TÜZEL KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı bir diğer durum, tüzel kişiliğin sona ermesidir. Bir tüzel kişilik, kanunda sayılan sebeplerin varlığı halinde kendiliğinden sona erebileceği gibi kendisini feshederek veya mahkeme kararı ile de sona erilmektedir. Derneklerin sona erme sebepleri, 4721 sayılı Kanun'un 87-89. maddeleri arasında; vakıfların sona erme sebebi ise aynı Kanun'un 116. maddesinde düzenlenmiştir.

4721 sayılı Kanun'un 54/1 maddesine göre, bir tüzel kişilik kanun gereği kendiliğinden veya yetkili organlarının alacağı kararla kendisini feshetmek suretiyle sona ermişse, bu tüzel kişiliğin malvarlığının akıbeti hususunda öncelikle özel bir kanun hükmü olup olmadığına bakılacaktır. Özel kanunda bir hüküm bulunmaması durumunda, derneklerde kuruluş tüzüğünde, vakıflarda ise vakıf senedinde bir düzenleme olup olmadığı kontrol edilecektir. Kuruluş belgelerinde de bir hüküm bulunmaması durumunda, sona eren tüzel kişiliğin yetkili organı tarafından tüzel kişiliğe ait malvarlığının ne şekilde tahsis edileceğine ilişkin bir karar alınıp alınmadığı önem arz edecektir. Sona eren tüzel kişiliğin yetkili organı tarafından da bir karar alınmamış ise malvarlığı, sona eren tüzel kişiliğe en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçecektir.

4721 sayılı Kanun'un 54/3 maddesine göre bir tüzel kişilik, hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç güttüğü için mahkeme kararıyla sona erdirilmişse bu tüzel kişiliğin malvarlığı, kendi iradesini önem taşımaksızın doğrudan doğruya ilgili kamu kuruluşuna geçecektir. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 15/1 maddesine göre mahkeme kararı ile kapatılan derneğin malvarlığı, derneğin amacına en yakın ve kapatıldığı tarihte en fazla üyeye sahip derneğe; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 27. maddesine göre ise mahkeme kararı ile sona erdirilen vakfın malvarlığı Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne intikal edecektir.

Kanun gereği kendiliğinden veya alınan fesih kararı ile sona eren tüzel kişiliğin malvarlığını kanunda veya kuruluş belgesinde bir düzenleme bulunmaması ve yetkili organının da bir karar almamış olması nedeniyle kazanan kamu kurum ve kuruluşunun bu iktisabı, tescilden önce kazanma hallerinden birisidir. Böylece, tüzel kişiliğe ait bulunan taşınmazın mülkiyeti, tapuda yapılacak tescilden önce kamu kurum ve kuruluşunca kazanılacaktır. Hakeza mahkeme kararı ile sona erdirilen bir tüzel kişiliğin malvarlığının doğrudan

kamu kurum ve kuruluşuna intikal etmesi ihtimalinde de taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılmış olunacaktır.^[79]

C) TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN VAKFA ÖZGÜLENMESİ

4721 sayılı Kanun'un 101/1 maddesine göre vakıf, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Bir vakfın ortaya çıkabilmesi için, belirli ve sürekli bir amaca özgülenecek bir malvarlığının bulunması şarttır. Vakfa vücut verecek bir mal bulunmadığı müddetçe vakfın varlığından bahsedilemeyeceği gibi böyle bir vakfın tesciline de karar verilemeyecektir.^[80]

Bir malvarlığının tahsis edilmesi, malların mülkiyetinin vakfa geçtiği anlamına gelmemektedir. Nitekim tahsis işlemi, sadece malvarlığının bir vakıf tüzel kişiliğini meydana getirmek üzere ayrılması olup bu aşamada vakıf henüz tüzel kişilik kazanmamıştır.^[81] Vakıf, vakfedenin yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesi nezdinde tutulan sicile yapılacak olan tescille birlikte tüzel kişilik kazanacaktır. 4721 sayılı Kanun'un 105/1 maddesine göre de vakıf, kendisine özgülünen malların mülkiyetini, tüzel kişilik kazandığı (yani sicile tescil edildiği) an iktisap etmiş olacaktır.^[82] Aynı Kanun'un 105/2 maddesine göre ise tescile karar veren mahkeme, vakfedilen taşınmazın vakıf tüzel kişiliği adına tescil edilmesini tapu idaresine bildirecektir. Tapu idaresine yapılacak olan bildirim üzerine gerçekleşecek tescil ise kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[83] Nitekim vakıf, tüzel kişilik

[79] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 418; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 263; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 291.

[80] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015), 358.

[81] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 369; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 482.

[82] Yargıtay HGK, E. 2012/18-1929, K. 2013/782, T. 29/05/2013: "Dava konusu vakfın vakıf senedinde, 1119 parsel sayılı taşınmaz vakfa özgülünmüş olup, TMK m. 105 gereğince taşınmazın mülkiyeti, vakfın tüzel kişiliğini kazanmasıyla vakfa geçmiş bulunmaktadır." (<https://www.kazancihukuk.com/>, Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[83] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 418; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 262; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 292.

kazandığı an kendisine tahsis edilen taşınmazların mülkiyetini tescilden önce kazanmış olmaktadır.

D) EŞLER ARASINDA MAL ORTAKLIĞI REJİMİNİN SEÇİLMESİ

Mal ortaklığı rejimi, ortaklığa konu malvarlığı unsurlarının niteliğine göre genel mal ortaklığı (4721 sayılı TMK m.257), sınırlı mal ortaklığı (4721 sayılı TMK m. 258) ve diğer mal ortaklığı (4721 sayılı TMK m. 259) olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

4721 sayılı Kanun'un 205/1 maddesine göre mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmaktadır. Ancak taraflar, evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak bildirmek suretiyle de bir mal rejimi tercihi yapabilir. Mal rejimi olarak mal ortaklığının seçilmesi durumunda eşler, ortaklığa giren malvarlığı unsurlarının elbirliğiyle mülkiyetine sahip olurlar.^[84] Mal ortaklığı rejiminin kurulmasıyla birlikte elbirliğiyle mülkiyeti kazanan eşler, ortaklığa dâhil olan malvarlığı unsurları içerisinde taşınmazların da bulunması durumunda 4721 sayılı Kanun'un 716/3 maddesi uyarınca bu değişikliği doğrudan tapu kütüğüne tescil ettirebileceklerdir. Bu şekilde yapılacak olan tescil ise, elbirliğiyle mülkiyet mal ortaklığı rejiminin kurulmasıyla kazanılmış olunacağı için, kurucu değil açıklayıcı (bildirici) nitelik taşıyacaktır.

E) TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ VE BÖLÜNMESİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124/1 maddesinde göre, “*Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.*” Ticaret şirketlerinin birleşmesi; bir şirketin diğerini devralarak devrolunan şirket malvarlığının aktif ve pasifleriyle birlikte devralan şirkete geçmesi ve bu suretle devrolunan şirketin tasfiyesiz dağılması (devralma şeklinde birleşme) şeklinde olabileceği gibi iki şirketin bir araya gelerek sahip oldukları aktif ve pasifleriyle birlikte yeni bir şirketi oluşturmaları ve

[84] Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016), 246; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 419; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 263; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 292.

bu suretle tasfiyesiz dağılımları (yeni kuruluş şeklinde birleşme) şeklinde de olabilir.^[85]

Ticaret şirketlerinden kollektif ve komandit şirketler “şahıs şirketi”, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler “sermaye şirketi” olarak adlandırılmaktadır. 6102 sayılı Kanun sistematığında her şirketin birbiriyle serbest bir şekilde birleşmelerine izin verilmemiş olup Kanun 137.maddesinde hangi şirketlerin hangi şirketlerle birleşebileceği izah edilmiştir. İlgili hükme göre sermaye şirketleri; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla kollektif ve komandit şirketlerle birleşebilirken şahıs şirketleri; şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla sermaye şirketleriyle ve yine devrolunan şirket olmaları şartıyla kooperatiflerle birleşebileceklerdir.

Usulüne uygun bir şekilde alınmış birleşme kararı, ticaret siciline tescil edilir ve ardından da Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Birleşmenin ticaret siciline tesciliyle birlikte devrolunan şirketin varlığı sona ermekte ve ticaret sicilindeki kaydı silinmektedir. Devrolunan şirketin varlığı birleşmeyle birlikte sona ererken hiçbir şekilde tasfiye işlemi yapılmamaktadır. Bu nedenle birleşme, tasfiyesiz infisah halini teşkil etmektedir.^[86]

Devralan şirket ise birleşmenin tesciliyle birlikte devrolunan şirketin malvarlığını aktif ve pasifleriyle birlikte bir bütün olarak kendiliğinden devralmaktadır. Bu devralmada külli halefiyet ilkesi geçerli olmaktadır.^[87] Böylece, devrolunan şirketin malvarlığında bulunan taşınmaz malların mülkiyeti, ticaret siciline yapılacak tescilden önce devralan şirkete geçecek ve tapu kütüğüne yapılacak tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik arz edecektir.^[88]

[85] Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 124.

[86] Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 129.

[87] Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 129; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422.

[88] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 263; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 968; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 295.

Ticaret şirketlerinin bölünmesi; bir şirketin sahip olduğu bütün malvarlığının bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devredilmesi ve bölünen şirket ortaklarının devralan şirketin pay ve haklarını iktisap etmesi (tam bölünme) şeklinde olabileceği gibi bir şirketin sahip olduğu malvarlığının tamamı yerine bir ya da birden fazla bölümünün devredilerek bölünen şirket ortaklarının devralan şirketin pay ve haklarını iktisap etmesi veya devredilen malvarlığı bölümü karşılığında devralan şirketteki pay ve hakları elde ederek yavru şirket oluşturmaları (kısmi bölünme) şeklinde olabilir.

Tam bölünme halinde devrolunan şirket sona ermekte ve unvanı ticaret sicilinden silinmektedir. Kısmi bölünmede ise devrolunan şirket tüzel kişiliği sona ermemekte, sadece devredilen malvarlığı oranında sermayesi azalmaktadır. 6102 sayılı Kanun'un 179/4 maddesine göre bölünme, ticaret siciline tescille birlikte geçerlilik kazanacaktır. Bölünmenin ticaret siciline tesciliyle birlikte bölünen şirkete ait malvarlığı, devralan şirkete kısmi külli halefiyet yoluyla intikal etmektedir.^[89] Böylece bölünmeye konu malvarlığına dâhil olan taşınmaz malların mülkiyeti, tapu kütüğüne yapılacak tescilden önce devralan şirkete geçecek ve sicile yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelik taşıyacaktır. Gerçekten de 31/10/2012 tarih ve 28453 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ'in 4/1 maddesine göre bölünen şirketin malvarlığı içerisinde taşınmaz bulunması durumunda bu taşınmazın devralan şirket adına tescilinin yapılması amacıyla bölünme kararı tapu müdürlüğüne bildirilmekte; ticaret sicil müdürlüğünün bu bildirisini alan tapu müdürlüğü de aynı Tebliğ'in 6/1 maddesi uyarınca taşınmaz devralan şirket adına tescil edilinceye kadar bu hususta tapu kütüğüne şerh koymaktadır. Buradaki şerh, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce devralan şirkete geçtiğini açıklamakta olup böyle bir kayıt beyan niteliği taşımaktadır.^[90]

F) TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11/1 maddesine göre, "*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*"

[89] Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 139; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353.

[90] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 353.

Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir işletmenin ticari işletme sıfatını haiz olabilmesi için; esnaf işletmeleri için öngörülen sınırı aşacak düzeyde gelir sağlamayı hedeflemeli, yürütmekte olduğu faaliyeti devamlı bir şekilde yapmalı ve faaliyetlerini bağımsız bir şekilde, yani işletmeye dair iş ve işlemleri sadece kendi iradesi etkin olacak şekilde yapmalıdır.

6102 sayılı Kanun'un 11/3 maddesine göre, “*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. ... Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*” Böylece, devredilen ticari işletmenin malvarlığında bulunan ve devri kanunen özel şekillere tabi kılınmış bir malın bulunması durumunda, bu mal, söz konusu şekil şartlarının ayrıca yerine getirilmesine gerek kalmaksızın ticari işletmeyle birlikte doğrudan devredilmiş olunacaktır. Maddede ayrıca, bir ticari işletmenin devrini konu alan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak öngörülmüş; devrin gerçekleşebilmesi için bu yazılı sözleşmenin ayrıca ticaret siciline tescil edilip Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanması gerektiği belirtilmiştir.

Ticari işletmenin devrini konu alan sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür.^[91] Bizce de isabetli olan görüşe göre, ticari işletmenin devrini konu edinen sözleşme borçlandırıcı işlem, bu sözleşmenin ifası amacıyla ticaret siciline yapılan tescil ise tasarruf işlemidir. Devrin ticaret siciline tescili anında işletmenin malvarlığında bulunan taşınmaz malların mülkiyeti devralana geçecek; daha sonrasında tapu kütüğüne yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.^[92]

G) TİCARET ŞİRKETLERİNE AYNI SERMAYE OLARAK TAŞINMAZIN KONULMASI

Ticaret şirketlerinde her ortak, sermaye getirmekle yükümlüdür. Bir ticaret şirkete sermaye olarak nelerin getirilebileceği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 127. maddesinde sayılmış olup maddenin birinci fıkrasının

[91] Görüşler için bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 354.

[92] Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018), 43; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 293.

c bendinde, “*Taşınırlar ve her çeşit taşınmaz*” denilmek suretiyle taşınmaz mülkiyetinin de sermaye olarak getirilebileceği ifade edilmiştir.

6102 sayılı Kanun’un 128/2 maddesine göre, bir taşınmazın aynı sermaye olarak şirkete getirilebilmesi için şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerinin yer alması ve taşınmazın sermaye olarak getirileceği taahhüdünün tapuya şerh verilmesi gerekmektedir. Aynı Kanun’un 128/3 maddesinde, sermaye olarak taşınmaz mülkiyetinin getirilmesi durumunda, buna ilişkin şirket sözleşmesi hükmünün resmi şekil şartı aranmaksızın geçerli olacağı ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun’un 128/5 maddesinde, aynı sermaye olarak taşınmaz mülkiyetinin konulması durumunda, şirketin bu taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için tapu siciline tescilin yapılmasının şart olduğu ifade edilmiş; 128/6 maddesinde ise mülkiyet hakkıyla ilgili yapılacak tescillere ilişkin bildirimlerin ticaret sicili müdürü tarafından resen yapılacağı belirtilmiştir.

İzah edilen kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere, bir şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin sermaye olarak getirileceğinin taahhüt edilmesi durumunda bu şirket, ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazandığı anda taşınmazın mülkiyetini de tescilden önce kazanmış olacaktır.^[93] Tescil sonrasında ticaret sicili müdürü tarafından tapu müdürlüğüne yapılacak bildirim ve bu bildirim üzerine yapılacak tescil ise kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) nitelikte olacaktır.

H) 5543 SAYILI İSKÂN KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE YAPILACAK OLAN TAHSİS

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun E. 1944/9, K. 1944/30 sayı ve 1/11/1944 tarihli içtihadı birleştirme kararında, “*1331 ve 1771 ve 2510 sayılı kanunların zımni ve sarih hükümlerine göre; usulü dairesinde yapılp kat ileşen tahsis ve tefvizler tescilden önce de mülkiyet ifade ettiklerine ve bu misillü müfevvez gayrimenkuller mütefevvizin malı addolunacağı*” ifade edilmek suretiyle tahsis (özüleme) ve tefviz (peşin para ile ihale) işlemlerinin kesinleşmesi durumunda lehine tahsis ve tefviz olunan kişilerin taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanacağı kabul

[93] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 355; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 295.

edilmiştir.^[94] 1331 ve 1771 sayılı Kanunlar mülga olmuş, 2510 sayılı Kanun ise yürürlükten kaldırılarak 5543 sayılı Kanun kabul edilmiş olsa da 5543 sayılı Kanun'un 19/1 maddesi uyarınca taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanılacağına kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.^[95]

[94] <https://www.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 24/04/2022)

[95] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 422; Kılıç, *Gayrimenkul Davaları*, 968; Yargıtay 1. HD. E. 1987/4429, K. 1987/6913, T. 06/07/1987: “Bilindiği üzere, temlikli onaylanmış iskân kayıtları, tapuya tescil edilmese dahi ilgisine veya ilgililerine (tahsis yapılan veya yapılanlara) mülkiyet hakkı bahşeder. Anılan yön, 1.11.1944 tarih, 9/30 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararında belirtilmiş bulunmaktadır.” Yargıtay 14. HD. E. 2006/5151, K. 2006/7075, T. 20/06/2006: “2510 sayılı İskân Kanunu'nun 23. maddesi gereğince; dağıtış defter veya kararlarının, vali veya kaymakamlarca tasdik edilmesi taşınmazın temlikli anlamına gelir. Başka bir deyişle, davalılar taşınmazın mülkiyetini tapuda adlarına tescil edilmeden önce, temlikin onaylandığı 4.3.2003 tarihinde tescilsiz olarak kazanmışlardır.” (<https://www.kazancihukuk.com/>) (Erişim Tarihi: 24/04/2022)

SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun genel sistematığına göre bir taşınmazın mülkiyeti, kural olarak, sicile yapılacak tescille birlikte kazanılmaktadır. Nitekim Kanun'un 705/1 maddesinde, "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Bu kapsamda tescil, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında kurucu etkiye sahip olmaktadır. Tescil yapılmadıkça taşınmazın mülkiyetinin kazanılması, kural olarak, mümkün olmayacaktır. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasındaki kabul bu olmakla birlikte, 4721 sayılı Kanun'un 705. Maddesi başta olmak üzere çeşitli Kanunlarda birtakım istisnalar düzenlenmiş ve bazı durumlarda taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanılabileceği ifade edilmiştir. Böylece, taşınmazın mülkiyetinin tescille birlikte kazanılacağını öngören genel kurala yine bizzat Kanunlar ile istisnalar getirilmiştir.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılmasına imkân tanıyan bu istisnalar, taşınmazların kayıt altına alınarak derli toplu bir halde sicil nezdinde tutulmalarında gözetilen menfaati tehlikeye atabilecek bir boyut taşımaktadır. Nitekim, söz konusu durumlarda mülkiyet kazanılmakla birlikte sicile tescil yapılırca kadarki süreçte bu durum aleniyet kazanamamakta ve iyi niyetli üçüncü kişiler açısından bazı ihtilaflara yol açabilmektedir. Zira her ne kadar taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılacak olsa da mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanılabilmesi için tapu sicilinde tescilin yapılmış olması gerekmektedir. Nitekim 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesinin ikinci cümlesinde, "*Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.*" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Tescili isteme yetkisi ise Kanun gereği aynı hakkı tapu dışında tescilsiz olarak kazanmış kişiye ait olacaktır. Bu durumda yapılacak tescil ise, taşınmazın mülkiyeti daha önceden kazanıldığı için, kurucu değil, açıklayıcı (bildirici) etkiye sahip olacaktır. Yani tescil, taşınmazın mülkiyetinin kazanılması sonucunu doğurmayacak; taşınmazın mülkiyetinin kazanıldığını üçüncü kişilere bildirecek ve tescille birlikte bu husus aleniyet kazanacaktır. Tescili isteme yetkisine sahip olan kişi bu yöndeki istemini dile getirmediği sürece de mevcut tescil gerçek durumu yansıtmayacak ve bir bakıma mevcut tescil, yolsuz tescil niteliğinde olacaktır. İyi niyetli üçüncü kişiler de mevcut duruma güvenerek hak iktisap etme yoluna gidecek; ancak mevcut sicil durumuna yansımamış bir aynı hak iddiasıyla karşı karşıya kalabileceklerdir.

Taşınmaz mülkiyetinin tapu siciline yapılacak tescilden önce kazanıldığı durumlarda, tapu siciline yapılması gereken açıklayıcı (bildirici) tescil yapılmadıkça hak sahibinin tasarruf yetkisine sahip olamayacağını ifade eden 4721 sayılı TMK'nin 705/2 maddesi de uygulamada bir başka soruna yol açabilecektir. Nitekim hak sahibinin, kendisi adına yapılması gereken açıklayıcı (bildirici) tescili yaptırmaksızın, her nasıl olmuşsa, taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, üçüncü kişi adına yapılan tescilin yolsuz olduğunun kabul edilip edilmeyeceği hususunda bir kafa karışıklığı ortaya çıkabilmektedir. Zira, bir yandan Kanun'un açık hükmü karşısında tasarruf yetkisine sahip olmayan bir kimsenin tescil işlemini yaptırmayı nedeniyle mevcut tescilin yolsuz olduğu ileri sürülebilir; diğer yandan da mülkiyet hakkını sicile yapılacak tescilden önce kazanmış olan kimsenin bir tasarrufu mevcut olduğu için hakka dayanan bir tasarruf işlemi bulunduğundan bahisle, sırf açıklayıcı (bildirici) tescilin yapılmamış olması nedeniyle mevcut tescilin yolsuz olmayacağı iddia edilebilecektir.^[96]

İzah edilen bu tereddütlü durumların yaşanmasının engellenmesi ve tapu sicilinin daha sağlıklı tutulabilmesi için, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde, yeni kazanımın derhal sicile yansıtılması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu hususta, özellikle tescili isteme hakkına sahip olan sicil dışı aynı hakkı kazanmış kişinin, bu tescili bir an önce yapmaya zorlanması için birtakım müeyyideler öngörülmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

[96] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 485; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 256.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Çınar, Turan. *Tapu İptali ve Tescili Davaları*. Ankara: Kartal Yayınevi, 2008.
- Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan ve Mustafa Alper Gümüüş. *Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Akipek Jale G. ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukukuna Giriş*. Bursa Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Gürsoy, Kemal Tahir. *Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Gürsoy, Kemal Tahir, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991.

- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul: DER Yayınları, 2018.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertuş ve Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Kılıç, Halil. *Gayrimenkul Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2007.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Kutlu Gürsel, Meltem. *Kamulaştırma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015.
- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Sapanoğlu, Süleyman. *3402 Sayılı Kadastro Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şimşek, Suat. “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. no. 91, (2010): 181-228.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

Örgüt Suçlarının İnfazında Denetimli Serbestlik Uygulaması ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar

Fatih GÖKÇE*

* Avukat, Ankara Barosu. (avfatihgokce@gmail.com).
ORCID: 0000-0001-5330-4591.

GİRİŞ

Ülkemizdeki ceza infaz sistemi oldukça dinamik bir yapıya sahip olup infaz sisteminde sürekli değişiklikler yapılmaktadır. Genel itibarıyla bu değişiklikler mevcut siyasi iktidarların düşüncelerine ve güncel politikalarına göre şekillenmekte, infaz sistemi buna göre oluşturulmaktadır.

İnfaz sisteminin bu yapısı dolayısıyla, yasal mevzuatta sürekli değişiklikler yapılmakta infaz sisteminin yapısı günün koşullarına göre yeniden düzenlenmektedir.

İnfaz sisteminin yapısında değişiklik konusu gündeme alınarak infazın biçimlerine ve türlerine dair düzenlemeler yapılırken, yaptığımız gözlemler neticesinde kişilerin mahkum oldukları suç türlerine göre bir ayırım yapılarak buna göre bir infaz sistemi benimsenmekte olduğu ve hükümlülerin almış oldukları cezaların infazında bu doğrultuda kriterler getirildiği görülmüştür. Bu değerlendirmenin yapılmasında ve suç türlerine göre getirilen kriterlerin belirlenmesinde, ülkenin yönetimini elinde bulunduran siyasi partilerin ve bunların siyasal görüşünün oldukça öne çıktığı da gözlemlenmektedir.

Bunun bir sonucu olarak da yapılan kimi değişikliklerde belli suç türlerinden mahkum olmuş kişilerin diğerlerine göre *daha muteber* olarak ele alındığı, hatta kimi zaman bazı suç türlerinden hüküm almış kişilerin *kader mahkumları* olarak adlandırıldıkları da gözlemlenmiştir.^[1] Bu durum az önce ifade ettiğimiz üzere, mevcut siyasi iktidarların düşüncelerine ve güncel politikalarına göre iktidarı elinde bulunduran siyasal düşüncenin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak siyasi iktidarlar ve buna bağlı olarak da infaz sistemi değişikliklere uğrasa da belli bazı suç türlerinden mahkumiyet hükmü almış kişiler bakımından uygulama pek değişmemekte hatta bu kişilerin aleyhlerine olacak şekilde düzenlenmeler getirildiği görülmektedir.

[1] <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/mhpden-8-maddelik-af-teklifi-1239290#>:“MHP’den 8 maddelik af teklifi; MHP’nin seçim vaatleri arasında yer alan ve “kader mahkumları”nın affını öngören kanun teklifi taslağı tamamlandı. MHP’nin, seçim vaatleri arasında yer alan ve “kader mahkumları”nın affını öngören kanun teklifi hazırlıklarında sona geldi. Taslak halindeki teklif 8 maddeden oluşurken, affın kesinlikle FETÖ, PKK ve diğer terör örgütleri ile çocuk istismarı ve kadın cinayetleri mahkumlarını kapsamayacağı bildirildi.” Erişim 6 Aralık 2022.

Bunlardan biri de *terör ve örgüt suçları* olarak ifade edilen suçlamalardan hükümlü kişiler bakımından karşımıza çıkmaktadır.

Ülke yönetimini elinde bulunduran siyasal düşünce ve günün koşullarına bağlı olarak ceza infaz sisteminde sürekli bir değişiklikler yapılmakta ve genel olarak hükümlülerin hakları ile mevcut durumlarında kimi iyileştirmeler ile koşullu salıverme, denetimli serbestlik gibi uygulamalarla infazın ceza infaz kurumu dışında tamamlanmasına yönelik çalışmalar yapılmakta ise de özellikle *terör ve örgüt suçu* olarak tabir edilen suçlamalardan hükümlü olarak bulunan kişilerin durumlarında iyileştirmeler yerine aksine infazı zorlaştırıcı ve kişinin daha fazla ceza infaz kurumunda tutulmasına yönelik bir girişim içerisinde olunduğu gözlemlenmiştir.

Bu uygulamanın temelinde yer alan argümanlara bakıldığında ise çeşitli siyasi gerekçeler, genel itibariyle *suç örgütleriyle ve terörle mücadele* gibi argümanlar ileri sürüldüğü görülmektedir.

Ancak günümüz ceza yargılamaları uygulamasına bakıldığında, özellikle *terör suçuna* gerekçe olarak ele alınan ve *terör faaliyeti* olarak değerlendirilen durumların aslında pek çoğunun *ifade özgürlüğü, toplantı gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, örgütlenme özgürlüğü, siyasi faaliyette bulunma hakkı, din ve vicdan özgürlüğü* gibi *Anayasal Haklar* kapsamında kaldığı aslında hakkın kullanılması kapsamında olan fiillerin dahi *terör faaliyeti* olarak ele alınarak faillerin de *terör suçlusunu* olarak kabul edildiği gözlemlenmiştir.

Bu sakıncalardan ötürü her ne kadar kişilerin *Anayasal Hakları* kapsamında kalan eylem ve faaliyetlerinin *terör faaliyeti* olarak değerlendirilmesi ve faillerinin *terör suçlusunu* olarak kabul edilmesi bizce yerinde değilse de yasal mevzuatta *terör suçlusunu* tabiri kullanıldığından eleştirilerimiz ve şerhlerimiz baki kalmak kaydıyla yazımızda bu tabiri kullanmak durumunda kalmaktayız.

Yukarıda da zikredilen nedenlerden ötürü, ceza infaz sistemimizde koşullu salıverme ve denetimli serbestlik uygulamasında da kişilerin mahkum oldukları suç türlerine göre ayırım yapılmıştır. Buna göre 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik müessesesi, terör veya örgütlü suçlardan mahkum olan kişiler bakımından diğer suçlardan mahkum olan kişilere nazaran yararlanılmasını zorlaştırmaya yönelik bir anlayış benimsenmiştir.

Bu yazıda da 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik müessesesi ve terör veya örgütlü suçlardan mahkum olan kişiler hakkındaki uygulaması ile hükümlülerin pratikte yaşadıkları sorunlar ele alınacaktır. Bu çalışma ile yaşanan sorunların çözümüne katkı sunmak amaçlanmaktadır.

I. DENETİMLİ SERBESTLİK VE AMACI

Ceza yargılaması neticesinde, hakkındaki verilen mahkumiyet kararı kesinleşen kişi bakımından cezanın infazı ile ulaşılmak istenen temel amaç 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 3. maddesinde düzenlenmiştir:

“Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.”

Yasada belirtilen bu amaç doğrultusunda, hükümlülerin dış dünyayla uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek gayesiyle hükümlülerin belli şartları sağlaması halinde kesinleşen cezalarının bir kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezaevi dışında infaz edilmesine 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesi gereğince imkan sağlanmıştır.

A) DENETİMLİ SERBESTLİKTEN YARARLANMANIN GENEL KOŞULLARI

5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesinin 1. fıkrasında hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanabilmesi belirli koşullara tabi tutulmuştur. İlgili yasa maddesi uyarınca hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için;

- *Hükümlünün* açık ceza infaz kurumunda *veya çocuk eğitimevinde bulunması,*
- *Hükümlünün koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalması,*
- *Hükümlünün iyi hâlli olması ve hükümlünün talebinin*

bulunması gerekmektedir.

Her ne kadar 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesinin 1. fıkrası uyarınca kişinin denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için açık ceza infaz kurumunda bulunması gerekmekte ise de, aynı maddenin 2. fıkrasında “açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli hükümlülerin, diğer şartları da taşımaları hâlinde, birinci fıkrada düzenlenen infaz usulünden yararlanabileceği” düzenlenmiştir.

B) TERÖR VE ÖRGÜTLÜ SUÇLARDAN MAHKUM OLAN KİŞİLER BAKIMINDAN DENETİMLİ SERBESTLİKTEN YARARLANMANIN ÖZEL KOŞULU

5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesinde denetimli serbestlik uygulamasının genel şartlarına yer verilmişse de bazı suçlardan hükümlü olanlar bakımından mevzuatta birtakım özel şartlara da yer verildiği görülmektedir.

5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesinde hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanma koşulları genel olarak belirlenmişse de Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliğinde getirilen düzenleme ile örgütlü suçtan ya da *terör suçundan* hükümlü olan kişilerle ilgili yukarıda belirttiğimiz saiklerle ayrıca özel bir şartta daha yer verilmiştir.

Bu özel şartın getirilme amacına ilişkin olarak doktrinde birtakım görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde buna ilişkin olarak ileri sürülen ve uygulamada da dikkate alındığı gözlemlenen bir görüşte;

“Türkiye hukuk sisteminde, örgütlü suçlardan mahkum olan kişilerin genel olarak tehlikeli suçlu olarak kabul edilmesinden ötürü bunlar hakkında diğer hükümlülerden farklı infaz hukuku müesseselerinin uygulanmakta olduğu, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik gibi bazı genel infaz hukuku müesseselerinin örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında daha ağır şekilde tatbik edilecek ve ceza infaz hukukunun temel amacı olan suçlunun ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılmasının sağlanması noktasında, hükümlülere cezanın infazı sırasında tanınan bazı hakların da örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler için sınırlandırıldığına rastlanıldığına”

yer verilmiştir.^[2]

Buna göre Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/ç maddesinde hükümlünün açık cezaevine geçebilmesi için yani denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için özetle; “*terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olan kişilerin hükümlü olduğu dosyada mensup oldukları belirtilen örgütten ayrıldıklarının idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilmesi*” şartının aranacağına yer verilmiştir.

Buna göre, Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/ç maddesi uyarınca, kapalı ceza infaz kurumlarında örgütlü suçtan ya da *terör suçundan* almış olduğu mahkumiyet kararını infaz etmekte olan hükümlülerin 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlikten faydalanabilmesi için ön şart olarak *mensup olduğu belirtilen örgütten ayrıldığıının idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilmesi* gerekmektedir.

Bu şart öncelikli olarak yerine getirilmeden 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesinde yer alan diğer şartların varlığı gündeme dahi alınamayacak ve hükümlünün denetimli serbestlik talebi reddedilecektir.^[3]

Uygulamada,^[4] örgütlü suçtan ya da *terör suçundan* almış olduğu mahkumiyet kararını infaz etmekte olan hükümlülerin mensup olduğu örgütten

[2] Arif Emre Sümer, “Örgütlü Suçlar İçin Öngörülen İnfaz Rejimine İlişkin Ayrıksı Düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 2 (2022): 637.

[3] 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlikten faydalanabilmesi için ön şart olarak mensup olduğu belirtilen örgütten ayrıldığıının idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilmesi gerektiği konusunda Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Hüseyin Şık, hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi hâlin belirlenmesi konusu hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nda yapmış olduğu sunumunda şunları söylemiştir: “*Burada, iyi hâlden önce yani kişi açığa ayrılmazdan önce, açığa ayrılma değerlendirmesi yapılmazdan önce kişinin örgütle bağıını kopardığıının idare ve gözlem kurulunca tespit edilmesi gerekir yani bu bir ön aşama. Bu aşama geçildikten sonra artık iyi hâl değerlendirmesi ve diğer parametreler değerlendirilerek kişinin açık ceza infaz kurumuna ayrılması ve kimi yerlerde ya da kimi uygulamalarda eş zamanlı olarak denetimli serbestliğe ayrılması gündeme gelebilir.*” *Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi* D: 27, Y: 5, Toplantı:4.

[4] Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Hüseyin Şık, hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi hâlin belirlenmesi konusu hakkında Türkiye Büyük Millet

ayrılıp ayrılmadığına dair cezaevi idare ve gözlem kurulu tarafından yapılan tespit ve değerlendirmelere yer verilen bu karara *samimiyetin tasdiki kararı* adı verilmektedir.^[5]

Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/2-c maddesindeki; “29/7/2003 tarihli ve 4959 sayılı *Topluma Kazandırma Kanunu*, 30/7/1999 tarihli ve mülga 4422 sayılı *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu*nun 14 üncü maddesi ve 5237 sayılı *Kanunun 221 inci maddesinden yararlananların koşullu salıverilme tarihine iki yıldan az süre kalması*” düzenlemesi uyarınca yargılama sürecinde söz konusu yasa hükümlerinden yararlananlar yani aslında etkin pişmanlıkta bulunan hükümlüler bakımından samimiyetin tasdiki kararından söz edilmediğinden samimiyetin tasdiki kararının; *terör ve örgütlü suçlardan mahkum olup da yargılama sürecinde etkin pişmanlıktan yararlanmayan hükümlüler bakımından uygulanacağı* ifade edilmektedir.^[6] Nitekim Yargıtay da bir kararında;

“silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılan ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 3. maddesine göre terör suçlusu olarak kabul edilen hükümlü hakkında 5237 sayılı TCK'nin 221/4. Maddesindeki etkin pişmanlık hükümleri uygulandığından Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/2-c. maddesine göre açık ceza infaz kurumuna ayrılma imkanı bulunduğu, açık ceza infaz kurumuna ayrılma hakkı bulunan hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinden yararlanması için 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 105/A maddesi uyarınca iyi halli hükümlü olduğunun tespit edilmesinin yeterli olduğu, koşullu salıverilme tarihi 25.05.2019, hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin talep tarihi 19.03.2019 olduğu, açık ceza infaz kurumuna ayrılmasına karar verilen hükümlünün talep tarihi itibarıyla denetimli serbestlik tedbirinden de yararlanma imkanının bulunduğu

Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nda yapmış olduğu sunumunda samimiyetin tasdiki kararı ile şunları söylemiştir: Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Hüseyin Şık: “Burada kurumlar bunu belki terminoloji olarak “samimiyet tasdik kararı” olarak ifade ediyorlar.” *Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi* D: 27, Y: 5, Toplantı:4.

[5] Orhan Özdemir, “7242 Sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları,” *Adalet Dergisi*, no. 67, (Kasım 2021): 386.

[6] Özdemir, “7242 Sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları,” 386.

anlaşılma; kanun yararına bozma istem yazısında hükümlü hakkında idare ve gözlem kurulu tarafından düzenlenen ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan 27.03.2019 tarihli rapor dikkate alınmaksızın hükümlünün mensup olduğu örgütten ayrıldığına ilişkin tespit yapılmadığı gerekçesiyle hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz usulüne karar verilmesinin yerinde olmadığına yönelen ve haklı sebeplere dayanmayan kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi gerekmiştir.”

şeklinde karar vererek yargılama sırasında etkin pişmanlıktan yararlanan hükümlülerin denetimli serbestlikten yararlanabilmeleri için mensup olduğu örgütten ayrıldığına dair samimiyetin tasdiki kararı aranmasına gerek olmadığına karar vermiştir.^[7]

C) TERÖR VE ÖRGÜTLÜ SUÇLARDAN MAHKUM OLAN KİŞİLER BAKIMINDAN GETİRİLEN DENETİMLİ SERBESTLİKTEN YARARLANMANIN ÖZEL KOŞULUNUN İNFAZDA KANUNİLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa'nın 38. maddesinin 1. fıkrasında; *“kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçlu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* denilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin 2. fıkrasında ise; *“suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.”* denilmektedir.

Buna göre, yasada infaz kesinleşmiş mahkumiyet kararının yerinin getirilmesi olarak tanımlanmış olması dolayısıyla infaz müessesinin de ceza mahkumiyetinin bir sonucu olduğu, bu nedenle de suçta ve ceza kanunilik ilkesinin sonuçlarının infaz hukuku bağlamında da geçerli olacağı belirtilmektedir.^[8] Cezanın infazına ilişkin hususların suçta ve ceza kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kanun ile düzenlenmesi zorunludur.^[9]

[7] Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2019/3081, K. 2021/11213, 26/05/2021.

[8] Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 69.

[9] Bahattin Aras ve Sezgin Güvercin, *İnfaz Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 44.

Bu doğrultuda getirilen 5275 sayılı CGTİHK 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde; “*cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır. Hükümlünün kanun ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunilik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır.*” şeklinde yer alan düzenleme ile cezanın infazına dair tüm durumların kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Kanunda düzenleme bulunmayan durumlarla ilgili tüzük, yönetmelik, yönerge ve genelge gibi düzenleyici işlemlerle düzenleme getirilemeyecektir.^[10]

İnfazda kanunilik ilkesi, kişinin özgürlüğünü ilgilendirmesi dolayısıyla oldukça önem arz eden denetimli serbestlik ve koşullu salıverme konuları bakımından da uygulanacak olup, buna göre denetimli serbestlik ve koşullu salıverme bakımından da yasada yer almayan bir konuda tüzük, yönetmelik, yönerge ve genelge gibi düzenleyici işlemlerle düzenleme getirilemeyecektir.

Ancak Anayasa ve 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’unda yer verilmeyen bir durum hakkında Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği’nin 6/ç maddesinde düzenleme getirilerek açıkça infazın kanuniliği ilkesi yok sayılmıştır.

Ayrıca söz konusu yönetmelik hükmü ile aslında yasada yer almayan bir şart, yönetmelik hükmü ile getirilerek kişilerin yasayla düzenlenmiş hakkı, normlar hiyerarşisine ve Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması başlıklı maddesine açıkça aykırı şekilde sınırlandırılmıştır.

Bu yönüyle de Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği’nin 6/ç maddesinin açıkça hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

II. SAMİMİYETİN TASDİKİ KARARLARININ HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

İdare ve gözlem kurullarının vermiş olduğu samimiyetin tasdiki kararları pek çok yönden ciddi sorunlar ihtiva etmektedir. Burada sorun örgütlü suçtan ya da *terör suçundan* ceza alan hükümlünün 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlikten faydalanabilmesi için yönetmelikte ön şart olarak aranan *mensup olduğu örgütten ayrılma* durumundan ileri gelmektedir.

[10] Aras ve Güvercin, *İnfaz Hukuku*, 44.

Sorun temelde örgütlü suçtan ya da *terör suçundan* ceza alan hükümlünün *mensup olduğu örgütten ayrılması halinin* nasıl tespit edileceği noktasında karşımıza çıkmaktadır.

Ceza infaz kurumlarının devletin denetimi ve gözetimi altında olduğu gözetildiğinde, bir hükümlünün mensubu olduğu örgütten ayrılıp ayrılmadığının nasıl tespit edileceği hususunun belirsiz olduğu aşikârdır.^[11] Ayrıca bu tespiti yapacak kişilerin infaz koruma memurları ya da idare ve gözlem kurulu üyeleri olduğu düşünüldüğünde bu kişilerin yasal olarak böylesi bir tespit ya da değerlendirmeye ehil ve yetkili olup olmadıkları da ciddi bir sorun teşkil etmektedir.

Hükümlünün *mensup olduğu örgütten ayrıldığı* konusunda tespiti yapacak kişilerin infaz koruma memurları ya da idare ve gözlem kurulu üyeleri olması hali ciddi sakıncalar içerirken bir de üstüne bu tespitin somut olarak hangi olgulara göre yapılacağı ve hangi kriterlerin baz alınacağı konusunda ciddi bir belirsizlik söz konusudur. Böylesi bir belirsizliğin sonucunda idarenin geniş bir takdir yetkisi kullanması suretiyle hükümlülerin özgürlüğünün daha fazla kısıtlanması sonucunu doğurma ihtimali bulunduğu oldukça sakıncalı bir durum ortaya çıkmaktadır.^[12]

Bu belirsizliğin bir sonucu olarak da uygulamada bir birlik olmadığı gibi her cezaevinde bulunan idare ve gözlem kurulunda ve buna bağlı olarak da infaz hakimliklerinde farklı farklı uygulamalar ve kararlar olduğu gözlemlenmektedir.^[13]

Bu kararların tamamına yakınının, birbirinden farklı kriterler ve olgular içerdiği, hatta çoğunlukla birbiriyle çeliştiği, içerik olarak da hukuki denetime elverişli olmayan, sübjektif değerlendirmeler içeren, hukuk devletinin temel ilkelerinden olan belirlilik ve hukuki öngörülebilirlikten yoksun kararlar oldukları görülmektedir.

Hatta söz konusu yönetmelik hükmünün hangi suçlamadan hükümlü olarak cezaevinde bulunan kişilere uygulanacağı konusunda dahi ciddi

[11] Sümer, “Örgütlü Suçlar,” 652.

[12] Sümer, “Örgütlü Suçlar,” 652.

[13] Ersan Şen ve Berkün Beyza Başer, “Hükümlünün Örgütten Ayrıldığı Nasıl Tespit Edilir?” (Kasım, 2020). Erişim 24 Ağustos 2022. <https://www.sen.av.tr/tr/makale/hukumlunun-orgutten-ayrildigi-nasil-tespit-edilir>.

bir belirsizlik söz konusudur. Bu meseleyi ayrı bir başlıkta ele almak daha uygun olacaktır.

A) SAMİMİYETİN TASDİKİ KARARININ İŞLEDİKLERİ SUÇLARA GÖRE HANGİ HÜKÜMLÜLER BAKIMINDAN ARANACAĞI SORUNU

5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca örgütlü suçtan ya da *terör suçundan* mahkum olan hükümlünün denetimli serbestlikten faydalanabilmesi için Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/ç maddesi uyarınca ön şart olarak aranan samimiyetin tasdiki kararının *hangi suçlardan hükümlü olarak bulunan kişiler hakkında uygulanacağı* konusu uygulamada uzun süredir tartışılmakta ve bu durum ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yönetmelik hükmünde *terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olan* kişiler bakımından böylesi bir değerlendirme yapılacağı düzenlenmiştir. Burada öncelikle lafzi bir yorumdan hareketle kavramların hangi anlamlara karşılık geldiğinden yola çıkılarak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Terör Suçlususu: 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlendiği haliyle;

“cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozma amaçlarına ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi”

terör suçlususu olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca “*terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlususu*” sayılmıştır.

Örgüt Suçlususu: Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin j fıkrası uyarınca; “örgüt mensubu suçlu; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan

veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi” olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca yönetmelik hükmünde, örgütlü suçtan ya da *terör suçundan ceza alan hükümlünün “mensup olduğu örgütten ayrılması”* haline yer verilmiştir.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*mensup olmak; bir yerle veya bir kimseyle bağlantısı olan, ilişkili, -den olan, -e bağlı (kimse)*” olarak tanımlanmıştır.^[14]

Yine Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde; “*ayrılmak durumu; kişinin bulunduğu bir yerden, bir kimseden, bir şeyden uzaklaşması*” olarak tanımlanmıştır.^[15]

Söz konusu tanımlar ile ilgili yönetmelik hükmünde yer verilen düzenlemeden yola çıkılarak bir değerlendirme yapıldığında, Terörle Mücadele Kanunu’nun 2. maddesinde sayılan amaçları gerçekleştirmek amacıyla kurulan yasadışı örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi “*yasadışı örgütlerinin kurucusu, yöneticisi ya da üyesi olmaktan hükümlü olan ya da bir suç örgütünü kurmaktan, yönetmekten veya suç örgütünün üyesi olmaktan hükümlü olan kişiler bakımından 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlikten faydalanabilmeleri için mensup olduğu örgütten ayrıldıklarına dair bir tespit olması halinde bu kişiler açık cezaevine geçebilecek ve dolayısıyla da denetimli serbestlikten yararlanabileceği*” sonucuna varılmaktadır.

Söz konusu tanımlamaya göre, bizce aslında terör örgütüne ya da suç örgütüne üye olmaksızın yardım etmekten ya da örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüt propagandası yapma suçlarından hükümlü olarak bulunan kişiler bakımından Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği’nin 6/ç maddesi uyarınca ön şart olarak aranan samimiyetin tasdiki kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Doktrinde de Türk Ceza Kanunu’nun 220/7. maddesinde düzenlenen örgüte üye olmamakla birlikte örgüte yardım etmekten mahkumiyet hükmü alanlar ile terör örgütü propagandası yapmak suçundan hükümlüler örgüt üyesi olarak kabul edilmediğinden denetimli serbestlikten yararlanabilmeleri

[14] <https://sozluk.gov.tr/#SozluklerHakkinda> sitesinden alınmıştır. (Erişim tarihi: 03/08/2022)

[15] <https://sozluk.gov.tr/#SozluklerHakkinda> sitesinden alınmıştır. (Erişim tarihi: 03/08/2022)

için örgütten ayrıldıklarına dair samimiyetin tasdiki kararına ihtiyaç olmadığı belirtilmiştir.^[16]

Ancak uygulamada uzunca süre sadece örgüt üyeliği ya da yöneticiliği suçundan hükümlü bulunan kişiler yönünden değil, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardım etmek, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek ve hatta örgüt propagandası yapmak suçlarından hükümlü bulunan kişiler yönünden dahi “*mensup olduğu örgütten ayrılıp ayrılmadığına*” dair samimiyetin tasdiki kararı arandığı görülmüştür.

Hatta bu kararların bir kısmı yüksek mahkeme önüne dahi taşınmıştır.

Yargıtay’ın bir kararında *Terör örgütü propagandası yapmak suçundan hükümlü olarak cezaevinde bulunan kişi bakımından idare ve gözlem kurulu tarafından yapılan mensup olduğu örgütten ayrılıp ayrılmadığına* dair samimiyetin tasdiki kararı bakımından özetle;

- *Hükümlünün işlediği suçun niteliği gereği örgüt üyesi olarak değerlendirilemeyeceği,*
- *Mahkeme kararı gereğince hükümlünün bağlı bulunduğu bir örgüt olmadığından, örgütten ayrıldığına dair tespite gerek olmadığı,*
- *Yönetmeliğin 6/2-ç maddesinin örgüt mensupları için geçerli olduğu, örgüt mensubu olma suçlaması dışında bir suçlamadan hükümlü olan kişi hakkında idari ve gözlem kurulu kararıyla terör örgütünden ayrıldığına tespit edilmesine gerek olmaksızın diğer şartların mevcut olması durumunda doğrudan açık ceza infaz kurumuna ayrılacağı ve denetimli serbestlikten faydalanabileceği*

tespitlerine yer vererek yerinde olarak idarenin ve mahkemelerin verdiği kararları bozmuştur.^[17]

Ancak yüksek mahkeme yakın tarihli başka bir kararında ise bu görüşüne aykırı ve çelişen nitelikte bambaşka bir değerlendirmede bulunmuştur. Nitekim yüksek mahkeme kararında özetle; “*Örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçundan hükümlü olan kişinin de 3713 sayılı Terörle Mücadele*

[16] Şen Ersan, “Suç Örgütüne Yardım Etme Suçundan Verilen Cezaların İnfazı,” (Kasım, 2018). Erişim 24 Ağustos 2022. <https://www.hukukihaber.net/suc-orgutune-yardim-etme-sucundan-verilen-cezalarin-infazi-makale,6257.html>.

[17] Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2017/3312, K. 2019/2376, 29.04.2019.

Kanunu'nun 3. maddesine göre terör suçlusunu olarak kabul edildiği, nazara alındığında, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinin 6/2-ç maddesinde yer alan hükümlünün örgütten ayrıldığına ilişkin tespit kararının adı geçen hükümlü yönünden de aranması gerektiğinden, hükümlünün mensup olduğu terör örgütünden ayrılıp ayrılmadığına ilişkin yönetmelikte belirtilen kanunun aradığı şartları içeren iyi hal görüş bildirme kararı alınması gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ve araştırma ile hükümlünün cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazı talebinin reddine karar verildiği dikkate alındığında, mercince bu yönden itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken, ” denilmiştir.^[18]

Bu haliyle, Yargıtay'ın söz konusu kararının hukuki olarak hatalı değerlendirme sonucunda verildiği açık olması bir yana, kararın özü itibariyle de hukuken de ciddi sorunlar ihtiva ettiği uygulamadaki örneklerde gözlemlenmiştir. Bu kararlara ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

Özetle, ilgili yönetmelik hükmünde yer verilen düzenlemenin lafzından ve düzenleme ile güdülen amaç ile ulaşılmak istenen gayeden yola çıkılarak bir bütün halinde değerlendirme yapıldığında; *örgütlü suçtan* ya da *terör suçundan* yürütülen yargılama neticesinde kesinleşmiş mahkeme kararı ile kurucusu, yöneticisi ya da üyesi olduğu belirtilerek mahkumiyet kararı verilen kişi bakımından 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlik talebinin değerlendirilebilmesi için örgütten ayrıldığına dair bir tespit olması gerekmekte olup, böylesi bir tespit sonrasında diğer koşulları da sağlaması halinde kişi denetimli serbestlikten yararlanabilecektir.

Ancak uygulamada bu düzenlemenin daha da genişletilmesi yönünde bir düşünce hakim olduğu, bu düşüncenin temeli olarak da güya *terör örgütleri* ya da *suç örgütleriyle mücadele etme gayesi* olduğunun ifade edildiği de gözlemlenmektedir.

Oysaki böylesi bir uygulama ile yurttaşların pek çok temel ve insani hakkı ihlal edilmektedir. Ayrıca örgüt üyesi olmadığı yargılamayı yürüten mahkemece verilen kesinleşmiş karar ile tespit olunan kişi bakımından (*örneğin; her ne kadar kişi hakkında örgüt üyeliğinden dava açılmışsa da mahkemece kişinin örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardım ya da örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçu işlediğinden bahisle mahkumiyet kararı verilmesi hali gibi*) ya da hakkında örgüt

[18] Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2019/3064, K. 2021/6477, 08/04/2021.

üyeliğine dair hiçbir suçlama yöneltilmeyen (örneğin; kişi hakkında sadece örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardım ya da örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan dava açılması ve bu suçlardan ceza verilmesi hali ya da kişiye sadece propaganda suçu isnat edilerek ceza verilmesi hali gibi) bir suçlamadan mahkum olan kişi bakımından kişinin örgütten ayrılıp ayrılmadığının tespitinin gerektiği gibi bir sonucun ortaya çıkmasının hukuki olarak izahı oldukça güç ve anlamsızdır.

Ayrıca burada kişinin *mensup olduğu* örgütten ayrılıp ayrılmadığının nasıl tespit edileceği meselesi de ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmakta olup, bu durumun ayrı bir başlık halinde incelenmesi daha uygun olacaktır.

B) SAMİMİYETİN TASDİKİ KARARINDA HÜKÜMLÜNÜN ÖRGÜTTEN AYRILDIĞININ NASIL TESPİT EDİLECEĞİ SORUNU

İdare ve gözlem kurulunca verilen samimiyetin tasdiki kararında, *kişinin mensup olduğu* örgütten ayrılıp ayrılmadığının tespiti meselesinde ciddi bir belirsizlik söz konusudur.

İlgili yönetmelikte ya da yasal mevzuatta hangi olgular ve hangi kriterler baz alınarak böylesi bir tespit ve değerlendirme yapılacağı konusunda bir belirlilik olmadığı gibi ihtimal de olsa idare tarafından kişinin *mensup olduğu örgütten ayrılmadığına* karar verilmesi durumunda, ceza infaz kurumlarının devletin denetimi ve gözetimi altında olduğu değerlendirildiğinde ceza infaz kurumunda örgüt üyeliği suçunun işlenmeye devam edilmesinin nasıl ve ne şekilde meydana geldiği ayrı bir tartışma konusuyken böylesi bir karar sonrasında *mensup olduğu örgütle bağını devam ettiren* yani aslında örgüt üyesi olma halini devam ettiren kişinin hukuki durumu ve sonraki sürecin akıbeti konusunda mevzuatta hiçbir düzenleme yer almamaktadır.

Böylesi ciddi belirsizliklerin bulunduğu bir halde, konu hukuksal bir çerçevede irdelenmeye çalışılacaktır. Ancak burada konuyu daha detaylarıyla açıklayabilmek için bizce öncelikle örgüt üyeliği müessesesini, unsurlarını ve Yargıtay uygulamasına kısaca ele almak daha uygun olacaktır.

1- Örgüt Üyeliği Suçunun Unsurları

Örgüt üyeliği suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde düzenlenmiştir. Doktrinde örgüt üyeliği suçu; *"daha öncesinde suç işlemek için kurulmuş olan bir örgütün amaçlarını, faaliyet ve eylemlerini benimseyerek*

gönüllü bir şekilde örgüt hiyerarşisine dâhil olarak örgütün amaçlarının gerçekleşmesine katkıda bulunmak veya katkıda bulunmaya yönelik iradeyi somut bir şekilde ortaya koymak suretiyle gerçekleşen bir suç” olarak ifade edilmektedir.^[19]

Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında da örgüt üyeliği suçu;

“Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini Örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir.

Silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır.

Örgüte sadece sempati duymak, ya da örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmamak, örgüt liderine saygı duymak gibi eylemler, örgüt üyeliği için yeterli değildir. Örgüt üyesinin örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, onun bir parçası olmayı istemesi, katılma iradesinin devamlılık arz etmesi gerekir. Örgüte üye olan kimse, bir örgüte girerken kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir. Suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak için saikin suç işlemek amacı aranır.”^[20]

şeklinde tanımlanmaktadır.

[19] Ersan Şen, *Suç Örgütü*, 5. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 141-163; İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 22-23.

[20] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1809, K. 2017/5155, 26/10/2017.

Örgüt üyeliği suçunda, örgüt üyesinin örgütün *hiyerarşik yapısı içerisine* girmesi gerektiği her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tam bir teslimiyet duygusuyla hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir.^[21]

“*Suçta ve cezada kanunilik*” prensibi gereği somut olayın özellikleri ile failin hiyerarşik yapıya dahil olup olmadığı konusunda mevcut fiilleri tek tek ele alınarak kişinin eylem ve faaliyetleri değerlendirmeye alınması gerektiği, bunların gösterdiği yoğunluk, süreklilik ve çeşitlilikten hareketle örgütle organik nitelik gösteren bağın kurulmuş olup olmadığı saptanmaya çalışılması gerektiği belirtilmektedir.^[22]

Örgüt üyeliği suçu, örgüte üye olma fiilinin gerçekleştiği anda tamamlanmakla birlikte, üyelik süresince eylem temadi ettiğiinden suç mütemadi (kesintisiz) suç niteliğindedir.^[23] Örgüt üyeliği suçunun niteliği itibariyle kesintisiz olduğu değerlendirildiğinde suçun hangi durumlarda sona ereceği konusu önemlilik arz etmektedir.

Yargıtay kararlarında; “*Temadi eden suçlardan olan örgüt üyeliği, hukuk ve fiili kesinti gerçekleşinceye kadar tek suç sayılır. Örgüt üyeliği, yakalanma, örgütün dağılması, örgütten ihraç ya da kendiliğinden örgütten ayrılma gibi sebeplerden sona erer. Yakalanmayan sanık hakkında düzenlenen iddianame temadi eden suç için hukuk kesinti oluşturmaz. Örgüt üyeliğinden mahkum olduktan sonra tekrar örgütle hiyerarşik bağ kurup süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren faaliyetlere katılması halinde yeniden üyelik suçu oluşacaktır.*” şeklinde belirtilmektedir.^[24]

Buna göre, örgüt üyeliği suçunda suçun tamamlanmasında dikkate alınacak kesinti bakımından, *hukuki ve fiili* kesinti durumu birlikte aranmaktadır.

[21] Şen, *Suç Örgütü*, 147.

[22] Şen, *Suç Örgütü*, 150-159.

[23] Özgenc, *Suç Örgütleri*, 23, Şen, *Suç Örgütü*, 214.

[24] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/7162, K. 2017/4786, 18/07/2017, aynı yönde, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/6443, K. 2017/995, 07/03/2017.

a) Örgüt Üyeliği Suçunda Hukuki ve Fiili Kesinti Hali

Yukarıda da izah edildiği üzere, örgüt üyeliği suçu mütemadi yani kesintisiz suç olarak ifade edilmektedir.^[25] Örgüt üyeliği suçu kesintisiz bir şekilde devam etmekte olduğundan suçun tamamlanması bakımından Yargıtay uygulamaları doğrultusunda hukuki ve fiili kesinti dikkate alınmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında; örgüt üyeliği suçunda kesinti ce suçun tamamlanma meselesiyle ilgili "*Yargıtay'ın istikrar bulan ve süregelen kararlarında açıklandığı üzere; mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda, daha önce örgütün kendisini feshetmesi, kişinin örgütten ayrılması gibi bazı özel durumlar hariç olmak üzere kural olarak temadinin yakalanma ile kesileceği, dolayısıyla suçun işlendiği yer ve zaman diliminin buna göre belirlenmesi gerektiği,*" açıklamalarına yer verilmiştir.^[26]

Buna göre örgüt üyeliği suçundan mahkumiyet kararı verilmiş hükümlü bakımından yakalanma ile kesinti gerçekleşeceğinden bu tarihten sonra varsa kişinin eylem ve faaliyetleri yeni bir suç olarak değerlendirilecek ve bunlar yeni bir soruşturmaya/ kovuşturmaya konu edilebilecektir.^[27]

Söz konusu tanımlardan yola çıkarak konumuz değerlendirildiğinde; suç örgütü üyeliği ya da terör örgütü üyeliği suçundan mahkum olan hükümlü bakımından temadi yani hukuki ve fiili kesinti yakalanma ile gerçekleştiğinden bu tarih itibariyle hukuken artık kişinin örgüt üyesi olmadığı kabul edileceğinden ve bu tarihten sonraki fiil ve eylemlerin yeni bir soruşturma/ kovuşturmaya konu edilebileceği de değerlendirildiğinde ilgili yönetmelik uyarınca idare ve gözlem kurulunun yapacağı hükümlünün örgütten ayrılıp ayrılmadığı değerlendirmesinin hukuki olduğundan bahsetmek mümkün müdür?

Ayrıca burada hukuken sorunlu bir durum daha bulunmaktadır. Yukarıda detaylıca izah edildiği üzere, kişinin örgüt üyesi olup olmadığı durumu savcılık gözetiminde ve denetiminde olan kolluk birimleri aracılığıyla yürütülen soruşturma işlemleri neticesinde araştırılmakta ve elde edilen bilgi ve

[25] Özgenç, *Suç Örgütleri*, 23, Şen, *Suç Örgütü*, 214.

[26] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/16-956, K.2017/370, 26.09.2017.

[27] Şen, *Suç Örgütü*, 214.

belgelerden yola çıkılarak suç şüphesi hasil olması üzerine kişiler hakkında örgüt üyeliği suçlamasıyla davalar açılmakta, mahkemelerce yürütülen kovuşturmalar neticesinde kişinin örgüt üyesi olup olmadığı konusunda bir kanaate varılmaktadır.

Netice itibariyle yerleşik içtihatlar gereğince, mahkemelerce yapılan araştırma ve değerlendirmeler neticesinde failin hiyerarşik yapıya dahil olup olmadığı konusunda fiilleri tek tek ele alınarak örgüte yardım olarak görülebilecek eylem ve faaliyetleri değerlendirmeye alınarak bunların gösterdiği yoğunluk, süreklilik ve çeşitlilikten hareketle kişinin örgütle organik nitelik gösteren bağın kurulmuş olup olmadığı saptanmaya çalışılarak kişinin örgüt üyesi olup olmadığı konusunda bir karar verilmektedir. Ayrıca verilen bu kararlara karşı istinaf ve temyiz olağan kanun yolları ile hukukilik ve yerindelik denetimi de yapılarak kişinin durumu belirlenmektedir.

Mevzuat gereğince kişinin örgüt üyesi olup olmadığı böylesi ciddi bir araştırma ve değerlendirme gerektiren aslında ciddi bir emek ve uğraş gerektiren soruşturma ve kovuşturma işlemlerine tabi tutulurken, ilgili yönetmelik uyarınca *kişinin mensup olduğu örgütten ayrılıp ayrılmadığına* karar veren idare ve gözlem kurullarının tüm bu imkanlardan yoksun bir şekilde böylesi bir tespiti nasıl yapacağı bir sorun olmakla birlikte, bu tespiti yapacak kişilerin infaz koruma memurları ve diğer idare ve gözlem kurulu üyeleri olduğu düşünüldüğünde bu kişilerin yasal olarak böylesi bir tespit ya da değerlendirmeye ehil ve yetkili olup olmadıkları da bizce ciddi bir sorun teşkil etmektedir.

Yine idare ve gözlem kurulunun verdiği kararın yeterli şekilde hukukilik ve yerindelik denetiminden geçip geçmediği de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü idare ve gözlem kurulunun verdiği karara karşı infaz hakimliğine itirazda bulunmak mümkündür. İnfaz hakimliğinin verdiği karara ise bağlı bulunduğu ağır ceza mahkemesine itirazda bulunabilecektir. Ağır ceza mahkemesinin vermiş olduğu karar kesin karar olup bu karara karşı istinaf ya da temyiz kanun yolu öngörülmemiştir. Bu durum neticesinde uygulamada farklı yerlerdeki infaz hakimlikleri ve ağır ceza mahkemelerinin farklı mahiyetlerde hatta çoğunlukla birbiriyle çelişen kararlar verdikleri görülmektedir. Bu yüzden de içtihat birliğinden söz etmek mümkün olmamaktadır. Ancak kimi kararlara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma yoluna başvurularak Yargıtay

nezdinde bir içtihat oluşturulmaya çalışılmaktadır. Ancak bu da oldukça istisnai bir durum arz etmektedir.

Bir diğer hukuki sorun da *kişinin mensup olduğu örgütten ayrılıp ayrılmadığının* hangi olgulara ve kriterlere göre tespitinin ve değerlendirmesinin yapılacağı konusunda karşımıza çıkmaktadır. İlgili yönetmelikte ve mevzuatta bu yönde bir düzenleme olmadığından idarenin takdir yetkisi kapsamında uygulamada birtakım kriterler karşımıza çıkmaktadır. Bu konuyu ayrı bir başlık olarak ele almak daha yerinde olacaktır.

2- Hükümlünün Mensup Olduğu Örgütten Ayrılıp Ayrılmadığının Tespitinde Uygulamada Dikkate Alınan Kriterler

Hükümlünün 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlikten faydalanabilmesi için Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/ç maddesi uyarınca ön şart olarak kişinin *mensup olduğu örgütten ayrılıp ayrılmadığının* tespiti gerekmekte ise de bu tespitin hangi kriterlere göre yapılacağı konusunda ne ilgili yönetmelikte ne de mevzuatta düzenleme bulunmaktadır.

Bu durum ciddi bir sorun oluşturduğundan uygulamada idare ve gözlem kurullarınca farklı farklı kriterler oluşturulduğu gözlemlenmiştir. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü de bu sorunun çözümü için cezaevlerine çeşitli yazılar göndererek bu belirsizliği ve sorunu gidermeye çalışmıştır.

Bu yazıların içeriği tam olarak bilinmemekle birlikte uygulamada bazı ceza infaz kurumları idare ve gözlem kurullarının "*Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 20.04.2015 tarihli ve 66607 sayılı yazısına atıf yaptığı, bu yazının içeriğinde;*

a- Örgütten ayrıldıklarını veya tarafsız konuma geçtiklerini dilekçe ile beyan eden hükümlülerin öncelikle güvenlikleri de dikkate alınmak suretiyle konumlarına uygun bir bölüme alınmaları,

b- Kanun ve ilgili yönetmelik hükümlerine uygun olarak kesin bir kanaat oluşuncaya ve 60 güne kadar gözleme tabi tutulması,

c- Bu süre içinde, örgütsel konumlarının, ziyaretine gelen kişilerle irtibatlarının titizlikle gözlemlenmesi, telefon ve mektup gibi haberleşme faaliyetlerinin daha dikkatli takip edilmesi,

d- Örgüt içerisinde lider konumda bulunan veya aktif örgüt üyeliğini devam ettirenler ile irtibat ve ilişkilerinin kesilmesi...” gibi kriterler getirildiği görülmüştür.^[28]

Ayrıca kanun yararına bozma taleplerine istinaden Yargıtay incelemesine de konu olan kararlardan görüldüğü kadarıyla uygulamada verilen kimi kararlarda, hükümlünün “*bağımsız koşutta kalması, örgütle ilgili bilgi vermesi, pişmanlık göstermesi*” gibi kriterlerin de baz alındığı görülmektedir.^[29]

Bu kriterlerden uygulamada en çok karşılan durumlara ve durumlar sonucunda yaşılan sorunlara değinilecektir.

a) Hükümlünün Mensup Olduğu Örgütten Ayrılıp Ayrılmadığının Tespitinde Uygulamada Dikkate Alınan –Bağımsız Koşutta Kalma- Hali

Uygulamada hükümlünün *mensup olduğu örgütten ayrıldığı*nın tespit edilebilmesi için *bağımsız koşutta kalmasının şart olarak koşulduğu* görülmektedir. “*Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü’nün 20.04.2015 tarihli ve 66607 sayılı yazısında da yer alan;*

a- Örgütten ayrıldıklarını veya tarafsız konuma geçtiklerini dilekçe ile beyan eden hükümlülerin öncelikle güvenlikleri de dikkate alınmak suretiyle konumlarına uygun bir bölüme alınmaları” maddesinden yola çıkılarak böylesi bir kriter oluşturulduğu değerlendirilmektedir.

Bu konuyu biraz açmak gerekirse, 5275 sayılı CGTİHK’nin 24. ve 63. maddeleri uyarınca hükümlülerin almış oldukları cezaya, özellikle de işledikleri suça göre gruplandırılacağı ifade edilmektedir. Buna göre hükümlüler;

- İlk defa suç işleyenler, *mükerrirler, itiyadî suçlular veya suç işlemeyi meslek edinenler,*
- *Aklî ve bedensel durumları nedeniyle veya yaşları itibarıyla özel bir infaz rejimine tâbi tutulması gerekenler,*
- *Tehlike hâli taşıyanlar,*
- *Terör suçluları,*

[28] Şen ve Başer, “Hükümlünün Örgütten Ayrıldığı Nasıl Tespit Edilir?”.

[29] Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/10147, K. 2021/12401, 17/09/2021, Benzer yönde; Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/12405, K.2021/14618, 03/12/2021

— *Suç örgütlerine veya çıkar amaçlı suç örgütlerine mensup olan suçlular ile ayrıca yaşları, hükümlülük süreleri ve suç türleri itibarıyla*

gruplandırılmaktadır.

Söz konusu düzenlemeye göre farklı suçlardan mahkum olan hükümlüler bir arada kalamamakta, yasa gereği hükümlüler gruplandırılmakta ve aynı suçtan mahkum hükümlüler birlikte kalabilmektedir.

Mevzuata göre örneğin, terör örgütüne üye olma suçundan mahkum olan kişi ile kasten öldürme ya da adi suç örgütüne üye olma suçundan mahkum olan kişi birlikte kalamayacaktır. Hatta terör örgütüne üye olma suçundan mahkum olan kişiler, mahkum oldukları terör örgütlerinin farklı olması halinde de bu yasa hükmüne göre birlikte kalamayacaklardır.

Ancak her ne kadar söz konusu gruplandırma yasa hükmüne göre yapılmışsa da özellikle *terör örgütüne üye olma* ya da *adi suç örgütüne üye olma* suçundan mahkum olan kişilerin kaldıkları koğuşların uygulamada *örgütlü ya da örgüt üyelerinin kaldığı koğuş* olarak adlandırıldığı gözlemlenmektedir.

Bu uygulamanın bir sonucu olarak da hükümlünün *mensup olduğu belirtilen örgütten ayrıldığı* tespit edilebilmesi için, hükümlünün *örgütlü ya da örgüt üyelerinin kaldığı koğuş* olarak adlandırılan koğuştan ayrılması ve *bağımsız koğuş* olarak tabir edilen koğuşta kalmasının şart olarak koşulduğu gözlemlenmiştir.

Uzun yıllardır bu durumun hukuki olmadığına dair uygulamada yapılan eleştiriler neticesinde Yargıtay 1. Ceza Dairesi yakın tarihli kararları ile bu hukuksuzluğa bir son vermiştir. Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede;

“hükümlülerin gruplandırılarak cezaevinde barındırılmalarında, cezaevi yönetiminin yetkili olarak 5275 sayılı Kanun’un 24 ve 63. maddeleri ile Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 57/1. maddesindeki düzenlemeler kapsamında takdir hakkına sahip olduğu, terör suçundan hükümlü olanların açığa ayrılmaları için gerekli olan mensup oldukları örgütten ayrıldıkları idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilmesi şartının sağlanması için hükümlünün bulunduğu koğuştan bağımsız bir koğuşa alınmasının gerekli olmadığı, bu yönde kanuni bir zorunluluk bulunmadığı gözetilmeden”

denilmiştir. Yani bu değerlendirmenin hukuki ve kanuni olmadığı tespit olunmuştur.^[30]

Ancak bu uygulama halen pek çok ceza infaz kurumunda uygulanmaya devam etmektedir. Yakın tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonu toplantısında da bu durumun devam ettiği bizzat bakanlık yetkilileri tarafından;

“Terör hükümlülerinin infaz rejimi şu şekilde yapılmaktadır: Kişi, ceza infaz kurumuna geldiğinde bir gözleme tabi tutulur, işte A örgütü, B örgütü şeklinde bu gözlemler yapılır. Mesela A örgütünün B örgütüyle herhangi bir mensubunun karşılaşması hâlinde muhtemel çatışma, hasımlık durumu da dikkate alınır yani birbiriyle geçinemeyen örgütleri bir araya koyduğunuzda idare eliyle aslında bir çatışma ortamı da yaratmış olursunuz. Yine, aynı zamanda örgütten ayrılmak isteyen varsa, tarafsız koşu çıkarmak isteyen varsa bunu da sağlamanız gerekiyor ve uygulama da bu yöndedir. Niçin böyledir? Örgüt içerisinde, suç örgütleri içerisinde, terör örgütleri içerisinde bir mahalle baskısından söz ediyoruz yani burada herhangi birimiz bir yapı içerisinde ayrılmaya çalıştığımızda o mahalle baskısını üzerimizde hissedebiliriz. Yani idarenin pozitif yükümlülüğü bu imkânı sağlamaktır, zaten infaz anlayışının da temel amacı, muradı budur yani kişi eğer örgütten ayrılmak istiyorsa, bu radikalleşme sürecinden çıkmak istiyorsa idare de bu imkânı sağlıyor. Tabii ki, bu bir kriterler, uygulamalar manzumesinin sonucudur; işte, kişinin telefon görüşmelerine bakılır, emanet para hesaplarına bakılır, mektuplaşmalarına bakılır, örgütle ortak hareket edip etmediğine dair reflekslerine bakılır ve bu değerlendirmelerin hepsi bir bütün hâlinde değerlendirilerek idare ve gözlem kurulu tarafından bir denetime tabi tutulur ve bir karar verilir.”

şeklinde ifade edilmiştir.^[31]

[30] Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/10147, K. 2021/12401, 17/09/2021, Benzer yönde; Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/12405, K.2021/14618, 03/12/2021, Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/12585, K. 2021/14861, 10/12/2021, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12596, K. 2021/15300, 21/12/2021, Yargıtay 1. Ceza Dairesi E.2021/12383, K. 2021/14626, 03/12/2021, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12656, K. 2021/15299, 27/12/2021, Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/7839, K. 2021/9849 04/06/2021.

[31] Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi Dönem: 27, Yasama Yılı:5, 4'üncü Toplantı 24 Şubat 2022 Perşembe, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Hüseyin Şık (S.29-30), (<https://>

Oysaki, hükümlülerin bu koşullarda kalma yönünde aslında herhangi bir talebi bulunmamakta, yasal mevzuat gereğince idarenin yaptığı gruplandırma sonucunda hükümlüler belli koşullara konulmaktadır. İdarenin yasal mevzuat doğrultusunda yaptığı bir işlem sonucunda hükümlülerin yerleştirildiği bu koşunun, *örgütlü ya da örgüt üyelerinin kaldığı koşul* olarak değerlendirilerek farklı bir misyon yüklemesinin hukuki olmadığı açıktır. Nitekim Yargıtay'da son tarihli içtihat halini almış kararlarında bu duruma yer vermektedir. Ancak Yargıtay önüne gelmiş benzer nitelikteki pek çok karardan, ceza infaz kurumlarının bu hukuka aykırı uygulamaya devam ederek kişilerin yasal hakkı olan denetimli serbestlikten yararlanmalarını olabildiğince sınırlandırılmaya çalışıldığı görülmektedir.^[32]

b) Hükümlünün Mensup Olduğu Örgütten Ayrılıp Ayrılmadığının Tespitinde Uygulamada Dikkate Alınan –Pişmanlık Göstermesi– Hali

Yine uygulamada karşılaşıldığı üzere; kişinin *mensup olduğu örgütten ayrıldığı* tespit edilebilmesi için *pişmanlık göstermesi hatta örgüte dair bilgileri vermesi* gibi kriterler baz alındığı görülmektedir. Ancak bu durumun da ciddi sakıncaları ve hukuki olmayan sonuçları bulunmaktadır.

Hükümlü denetimli serbestlikten yararlanıp cezasının bir kısmını dışarda çekebilmek için yani *tahliye* olabilmesi için, aslında bir menfaat karşılığında pişmanlık göstermeye zorlanmaktadır. Hatta bazı ceza infaz kurumlarında etkin pişmanlık müessesinden faydalanmayan kişilerin taleplerinin reddedildiğine dair kararlara da rastlanılmaktadır.^[33]

www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2918
(Erişim tarihi: 03/08/2022)

[32] Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/12585, K. 2021/14861, 10/12/2021, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12596, K. 2021/15300, 21/12/2021,

[33] Yargıtay 1. Ceza Dairesi E.2022/10081, K.2022/8182, 21/10/2022 ” *Somut olayda, hükümlünün silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan ... 15. Ağır Ceza Mahkemesinin 27/11/2017 tarihli ve 2017/352 Esas, 2017/165 sayılı kararı ile 7 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum edildiği, koşullu salıverilme tarihinin 09/03/2022 olduğu, hükümlü hakkında adı geçen Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun 07/01/2021 tarihli 2021/71 sayılı kararı ile gözlem altında tutulmasına karar verildiği ancak samimiyetine kanaat getirilemediği için 08/10/2021 tarihli ve 2021/6457 sayılı karar ile hükümlünün etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmadığı, adı geçen örgütle ilgili bilgi ve belge paylaşımı yapmadığı ve örgütten*

Maalesef ki Yargıtay uygulaması ile de hukuki olmayan bu kararlara meşruiyet kazandırılmaya çalışılmaktadır.

Nitekim Yüksek mahkeme bir kararında; “FETÖ silahlı terör örgütüne üye olduğu mahkeme kararı ile tespit edilerek cezalandırılan hükümlünün, 01/06/2020 tarihli dilekçesi ile örgüt üyeliğini hiçbir şekilde kabul etmediği ve söz konusu örgüt ile bağının kalmadığını beyan ederek tarafsız koşula geçme talebinde bulunduğu, bunun üzerine hükümlünün mevcut durumunun, ilk olarak adı geçen Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun 01/06/2020 tarihli ve 2020/2724 sayılı kararı hükümlünün durumunun gözlemlenerek değerlendirilmesine karar verildiği, belirtilen süre boyunca hükümlünün Kurum görevlileri ile görüştüğü ve gözlemlendiği, ancak hükümlünün kurumda kaldığı müddetçe telefon görüşmeleri ve mektupları incelendiğinde terör örgütünden ayrıldığına dair somut herhangi bir veriye rastlanmadığından bahisle hakkında yeterli kanaat elde edilememesi üzerine de örgütten ayrıldığına ilişkin samimiyetinin tasdikinin reddine dair kararın verildiği, söz konusu değerlendirmenin cezanın infazı sırasında idarece yapılan görüşmelere ve gözleme dayanılarak verildiği gibi, örgüt ile bağının ve mensubiyetinin bulunmadığını beyan eden hükümlünün söz konusu örgüte dair herhangi bir bilgi paylaşımında da bulunmadığı anlaşılacakla, itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle,” denilmiştir.^[34]

Böylesi bir kriter getirilmesi bizce hukuki olmadığı gibi vicdani olarak da sorunludur. Çünkü kişi hakkındaki yargılama süreci bitmiş, atılı suçtan hakkında bir yargılama yürütülerek mahkumiyet kararı verilmiştir. Etkin pişmanlıktan yararlanan hükümlüler bakımından samimiyetin tasdiki

ayrıldığına ilişkin talebinin samimi görülmediğinden bahisle 6 ay deneme süresine tabii tutulmasına dair incelemeye konu kararın verildiği, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna ayrılabilmesi için Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinin 6. maddesindeki düzenlemeler gereği, iyi halli olduğu ve mensup olduğu örgütten ayrılıp ayrılmadığı konusunda idare ve gözlem kurulu tarafından, koşullu salıverilme tarihine 1 yıl kalana kadarki süre içerisinde, hükümlünün cezaevi ya da cezaevlerinde bulunduğu süre içerisindeki gözlem ve raporlar değerlendirilerek bir tespitin yapılması gerektiği,”

[34] Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12596, K.2021/15300, 27/12/2021. Benzer yönde, Yargıtay 1. Ceza Dairesi E.2021/12656, K. 2021/15299 27.12.2021. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12401, K.2021/14867, 10.12.2021.

kararından söz edilmediğinden bu kişiler hakkında denetimli serbestlik uygulaması öncesinde zaten samimiyetin tasdiki kararı aranmayacaktır.^[35] Etkin pişmanlıktan yararlanmayan kişi ise zaten yargılamanın her safhasında etkin pişmanlıktan faydalanabilecekken bundan yararlanmamıştır.

Dolayısıyla etkin pişmanlıktan yararlanmayan hükümlü bakımından bulunduğu ceza infaz kurumundan olduğundan daha erken çıkabilmesi için örgüte dair bilgi vermesi ya da *etkin pişmanlık göstermesi* şartına bağlı kılınarak denetimli serbestlikten faydalandırılması uygulamasının sonucunda bazı hukuksal sorunlar gündeme gelmektedir.

Öncelikle hükümlünün yasada yer almayan bir konuda yönetmelik hükmü ile bulunduğu ceza infaz kurumundan olduğundan daha erken çıkabilmesi için örgüte dair bilgi vermesi ya da *etkin pişmanlık göstermesi* şartına bağlı kılınarak denetimli serbestlikten faydalandırılması gibi bir duruma maruz bırakılması infazın kanuniliği ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Bir diğer hukuksal sorun da, yargılama sürecinde etkin pişmanlıktan yararlanmayan kişi bakımından, hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunduğu aşamada denetimli serbestlikten yararlanarak, olduğundan daha erken cezaevinden çıkabilme saikiyle etkin pişmanlıktan yararlanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Burada da hükümlünün etkin pişmanlıktan yararlanarak birtakım beyanlarda bulunması neticesinde bu beyanların sonrasında yaşanabilecek süreç oldukça belirsizdir. Ayrıca kişinin verdiği bu beyanların delil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Burada önemle ele alınması gereken konulardan birisi de hükümlünün etkin pişmanlığa dair beyanının hukuki niteliği ve delil olarak dikkate alınıp alınamayacağıdır. Çünkü hükümlü olduğundan daha erken cezaevinden çıkabilme saikiyle etkin pişmanlıktan yararlanmış durumdadır. Yani aslında kişi hukuksal bir menfaati dolayısıyla ve özgür iradesi dışında bir zorlama neticesinde böylesi bir yola girişmiştir. Keza ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün ruh halini etkileyen çeşitli sosyolojik ve psikolojik etkilerin de bulunduğu gözönünde bulundurulduğunda hükümlünün etkin pişmanlığa dair bu beyanının hukuki delil olarak değerlendirilebilecek midir? Bizce bu

[35] Orhan Özdemir, “7242 Sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları,” 386.

durumlardan ötürü hükümlünün etkin pişmanlığa dair beyanının hukuki delil olarak dikkate alınamayacağı değerlendirilmektedir.

Ancak uygulamada denetimli serbestlikten yararlanarak olduğundan daha erken cezaevinden çıkabilme saikiyle etkin pişmanlıktan yararlanan hükümlünün beyanları doğrultusunda savcılıkça yeni bir soruşturma başlatıldığı gözlemlenmiştir.

Dolayısıyla bu kişi her ne kadar denetimli serbestlikten yararlanabilmek için de olsa aslında örgüt üyesi olduğunu kabul ettiğinden ve örgüte dair bilgiler verdiğinden hem kendisi hakkında hem de aleyhine ifade verdiği kişiler bakımından yeni bir soruşturma başlatılmasına da neden olmaktadır.

Uygulamada, bu sorunlarla sıkça karşılaşıldığından yönetmelikte bir düzenlemeye gidilmesi ve etkin pişmanlıktan yararlanmayan kişilerin denetimli serbestlikten yararlandırılmamasını ancak bu kişiler hakkında yeni soruşturma başlatılmasının önüne geçmek sadece infaza ilişkin sonuç doğurmak üzere bir madde eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.^[36]

Ancak yukarıda da yer verildiği üzere, almış olduğu hapis cezası nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün, içerisinde bulunduğu ruh hali ile cezaevi ortamının kişi üzerinde yarattığı sosyolojik ve psikolojik etkileri de dikkate alındığında böylesi ruh hali içerisinde bulunan kişinin etkin pişmanlıktan yararlandırmaya zorlanması hukuka aykırı ifade alma yöntemi olduğu gibi bu beyanın özgür iradeye dayandığını ileri sürmek mümkün olmadığından böylesi düşüncelerin var olan sorunları daha da arttıracaklarını düşünmekteyiz. Ayrıca infazda kanunilik ilkesi uyarınca yasada yer almayan bir konuda yönetmelikle düzenlemesi de getirilmesinin önerilmesi bizce yerinde değildir.

Yine burada yargılamanın tüm safhalarında üzerine atılı örgüt üyeliği suçunu kabul etmeyen kişilerin durumlarını da ele almak gerekmektedir. Uygulamada sıkça görüldüğü üzere, idare ve gözlem kurulu kararlarında hükümlü peşinen örgüt üyesi olarak kabul edilmekte ve değerlendirme bu ön kabul üzerinden yapılmaktadır. Her ne kadar ortada kesinleşmiş

[36] Çetin Arslan ve Kayançiçek Murat, “Örgüt ve Terör Suçlarının Tarafsızlık Olgusu ve Örgütten Ayrılıp Ayrılmadıklarının Tespitine İlişkin Sorunlar İle Çözüm Önerileri,” (Mayıs, 2022) Erişim 24 Ağustos 2022, <https://www.cetinarslan.com.tr/orgut-ve-teror-suclularinin-tarafsizlik-olgusu-ve-orgutten-ayrilip-ayrilmadiklarinin-tespitine-iliskin-sorunlar-ile-cozum-onerleri-acik-yon-m-6-2-c/>.

bir mahkumiyet kararı olsa da ve artık yargı kararı ile kişinin örgüt üyesi olduğuna karar verilmişse de yargılamanın tüm safhalarında örgüt üyesi olduğunu kabul etmeyen kişinin *mensup olduğu* örgütten ayrılıp ayrılmadığının nasıl değerlendirilerek bir kanaate varılacağı meselesi bizce bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buna göre uygulamada gözlemlendiği üzere, hükümlü hakkında yargılamaya konu dava dosyasının tüm safhalarında atılı suçlamayı reddetmesine ve örgüt üyesi olduğunu kabul etmemesine rağmen hakkındaki verilen kararın kesinleşmesi sonrasında, cezaevi idareleri yönetmelik hükmü gereğince hükümlüyü kesinleşmiş mahkumiyet kararına dayanarak örgüt üyesi olarak kabul ettiğinden, hükümlünün *mensup olduğu örgütten ayrılma* durumunun değerlendirilebilmesi için öncelikle hükümlüden örgüt üyesi olduğunu kabul etmesi istenmekte, bunu kabul etmeyen kişiler hakkında örgütle bağıını devam ettirdiğine dair kararlar verilerek denetimli serbestlik talebi reddedildiği görülmektedir. Örgüt üyesi olmadığını hiçbir aşamada kabul etmeyen kişinin önce örgüt üyesi olduğunu ikrara zorlanması akabinde de örgütten ayrıldığına dair beyanının alınarak bu beyandan yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmasının hukuksal bir değerlendirme olmadığı düşünülmektedir.

Buna ilişkin olarak da uygulamada kimileri tarafından, *“yargılamanın tüm aşamalarında örgütle bağıını reddeden hükümlünün, cezanın infazı sürecinde dış dünyaya yansayan tutum ve davranışları itibarıyla kurumun bütün kurallarına uyması, hiç disiplin suçu işlememesi, örgütsel haberleşmeden kaçınması ve hatta örnek kişilik özellikleri sergilemesinin örgütten ayrıldığına değil olsa olsa 5275 sayılı CGTİHK’nun 89. maddesi uyarınca iyi halli olduğunun karinesi sayılabileceği, yani hükümlünün aktif davranışı olmadığı sürece, sırf iyi halli oluşunu sağlayan davranışlarının tek başına tarafsız konumda olduğu ve örgütten ayrıldığı anlamına gelmediği”* ileri sürülmektedir.^[37]

Oysaki kişi hakkında görülen davanın tüm safhalarında, örgütle bağıını reddettiği dikkate alındığında ve ayrıca cezaevinde bulunduğu süre zarfında örgütsel herhangi bir faaliyette bulunmadığı da değerlendirildiğinde bu kişinin örgüt üyesi olduğunu kabul etmediği gerekçesiyle örgütle bağıını

[37] Arslan ve Kayaççek, “Örgüt ve Terör Suçlarının Tarafsızlık Olgusu.”

devam ettirdiğine karar verilmesinin hukuki ve doğru olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Yine yukarıda zikredilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun örgüt üyeliği suçunun kişinin yakalanması ile hukuki ve fiili olarak kesintiye uğrayacağına dair kararları da dikkate alındığında, kesinti tarihinden sonraki bir tarihte hukuken artık kişinin örgüt üyesi olmadığı kabul edildiğinden bu yönden de bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Ayrıca Yargıtay 3. Ceza Dairesi yakın tarihli bir kararında hükümlü olarak cezaevinde bulunan kişi bakımından yapmış olduğu değerlendirmesinde; *“sanığın hükümlü olup ceza infaz kurumunda devletin gözetimi ve denetimi altında bulunması, örgüt üyeliği suçlarında temadinin fiili olarak yakalanma ile kesildiği düşünüldüğünde, sanığın iradi dışı olarak örgütten ayrıldığına kabul edilmesinin gerektiği, bu anlamda içinde el yapımı patlayıcı düzenlediği krokisine yer verilen söz konusu not kâğıdının diğer DHKP-C terör örgütü mensubu hükümlülere gönderilmek istemesinin, sanığın tekrar örgüt ile bağ kurduğu anlamına gelmeyeceği gibi bu eyleminde tek başına örgüt üyeliği suçunu oluşturmayacağı, bu nedenlerle sanığın eyleminin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun ve bu Kanuna göre hazırlanan tüzük ve yönetmelik kapsamında disiplin cezasını gerektirdiği nazara alınmadan, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine yönelik hüküm kurulması,”* denilerek hükümlü olarak cezaevinde bulunan sanığın örgüt üyeliğinin yakalanması ile kesildiği ve iradesi dışında örgütten ayrıldığına kabul edildiği, kişinin devletin gözetimi ve denetimi altında olduğu da belirtilerek hükümlü olarak cezaevinde bulunan kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilemeyeceğine yer vermiştir.^[38]

Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesinin, örgütle bağının olmadığını beyan ederek tarafsız koğuşa geçme talebinde bulunan hükümlü hakkında, idare ve gözlem kurulunca mensup olduğu örgütten ayrıldığına dair kesin kanıya varılamadığından bahisle talebinin reddine karar verildiği ancak itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince kararın kaldırılmasına karar verilen olaya istinaden vermiş olduğu başka bir kararında; *27/04/2020 tarihli dilekçesi ile, FETÖ silahlı terör örgütüne üye olduğu mahkeme kararı ile tespit edilerek cezalandırılan hükümlünün, örgüt üyeliğini hiçbir şekilde kabul*

[38] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2021/2264, K. 2022/1573, 17.03.2022.

etmediği ve söz konusu örgüt ile bağının kalmadığını beyan ederek tarafsız koğuşa geçme talebinde bulunduğu, bunun üzerine hükümlünün mevcut durumunun, ilk olarak adı geçen Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun 27/04/2020 tarihli ve 2020/3311 sayılı kararı ile 60 gün süre ile gözlemlenerek değerlendirilmesine karar verildiği, belirtilen süre boyunca hükümlünün Kurum görevlileri ile görüştüğü ve gözlemlendiği ancak, hakkında yeterli kanaat elde edilememesi üzerine de örgütten ayrıldığına ilişkin samimiyetinin tasdikinin reddine dair kararın verildiği, söz konusu değerlendirmenin cezanın infazı sırasında idarece yapılan görüşmelere ve gözleme dayanılarak verildiği gibi, örgüt ile bağının bulunmadığını beyan eden hükümlünün söz konusu örgüte dair herhangi bir bilgi paylaşımında da bulunmadığı anlaşılmalı, itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle,” denilerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına açıkça aykırı şekilde karar verildiği görülmüştür.^[39] Söz konusu kararda örgüt üyeliğini hiçbir surette kabul etmeyen hükümlünün örgüte dair herhangi bir bilgi paylaşımında bulunmadığı gerekçesiyle örgütle bağını devam ettirdiğine karar vererek yerinde olmayan bir karar verilmiştir.

Oysaki doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız görüş, özellikle yargılama sürecinde örgütlü suça dair kabulü olmayan, herhangi bir örgüte mensup olduğu ve/veya örgüt adına suç işlediği iddialarını reddeden hükümlülerin, açık kuruma ayrılması için örgütten ayrıldığına veya tarafsız konuma geçtiğine dair beyanda bulunmasının şart koşulması, hükümlünün geçmişe dönük olarak suçu kabul etmesi ve kendisi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması anlamına gelecek olup, bu uygulama da genel itibarıyla Anayasa'nın 38/5. maddesinde yer alan; *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* hükmüne aykırılık teşkil edecektir.^[40]

Dolayısıyla bizce de kişinin *mensup olduğu örgütten ayrıldığının* tespit edilebilmesi için uygulamada aranan *pişmanlık göstermesi hatta örgüte dair bilgileri vermesi* hali gerek yerleşik Yargıtay içtihatlarına gerekse de Anayasa'ya açıkça aykırıdır.

[39] Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/8298, K. 2021/11584, 30.06.2021.

[40] Şen ve Başer, “Hükümlünün Örgütten Ayrıldığı Nasıl Tespit Edilir?”

C) SAMİMİYETİN TASDİKİ KARARININ HUKUKİ SONUÇLARI

Yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere, samimiyetin tasdiki kararı hükümlünün durumu bakımından oldukça önemlidir. Çünkü bu durum, *örgütlü suçtan* ya da *terör suçundan* mahkûm olan hükümlünün, 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlikten faydalanabilmesi için ön şart olarak arandığından kişinin olduğundan daha erken cezaevinden çıkabilmesi ve daha erken özgürlüğüne kavuşmasına anlamına gelmektedir.

Samimiyetin tasdiki kararının olumsuz sonuçlanması halinde hukuken ciddi bir sorunun da ortaya çıktığı değerlendirilmektedir. Çünkü idare ve gözlem kurulunca verilen kararın içeriği itibariyle de *hükümlünün mensup olduğu örgütten AYRILMADIĞINA* ve aslında *hükümlünün örgüt üyesi olduğuna ve örgütle bağımlı devam ettirdiğine* de karar verilmektedir.

Dolayısıyla bu karar ile hukuken aslında hükümlünün devletin denetimi ve gözetiminin bulunduğu bir ortamda hala yasadışı örgüt üyesi olmaya ve suç işlemeye devam ettiği sonucuna varılmaktadır. Bu durumun nasıl vuku bulduğu ayrı bir tartışma konusu olup, bu tespitten sonra idare ve gözlem kurulunun o hükümlü bakımından nasıl bir yol izleyeceği de bizce ciddi bir sorun teşkil etmektedir.

Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili mercilere bildirmemesi suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla aynı zamanda kamu görevlisi olan idare ve gözlem kurulu üyelerinin suç bildirme yükümlülüğü de bulunmaktadır.

İdare ve gözlem kurulunun verdiği karar ile aslında *hükümlünün örgüt üyesi olduğuna ve örgütle bağımlı devam ettirdiğine* yani hükümlünün suç işlemeye devam ettiğinin tespit edildiği düşünüldüğünde bu karar sonrasında Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi uyarınca idare ve gözlem kurulu üyesi kamu görevlilerinin suç yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü doğduğu kabul edilecek midir?

Olası idare ve gözlem kurulunun durumu yetkili savcılığa bildirmesi sonrasında, kişi hakkında *suç işlemediği* dolayısıyla kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmesi ya da açılacak dava sonrasında beraat kararı verilmesi halinde kişinin hukuki durumu nasıl olacaktır?

Bu karar üzerine kişi hakkında artık samimiyetin tasdiki kararı aranmayacak mıdır? Eğer samimiyetin tasdiki kararı yine de aranacaksa, bağımsız mahkemelerce örgüt üyesi olmadığı tespit olunan kişi hakkında verilen karar gözardı edilerek örgütten ayrılıp ayrılmadığının tespiti bakımından cezaevi idare ve gözlem kurulu tarafından verilen karar mı dikkate alınacaktır?

Bu sorulara hukuken verilecek cevaplar olsa da, verilecek cevaplar net ve tutarlı cevaplar olamayacak olup kişiden kişiye göre yani bakış açısına göre farklılık arz edebilecektir. Oysaki hukuk devletinin temelini hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri olduğu düşünüldüğünde, bu uygulamanın hukuk devletiyle bağdaşmadığı açıktır. Bu durumun da bu konudaki yaşanan ya da yaşanabilecek sorunlar ile ilgili yönetmeliğin getirdiği belirsizliği ortaya koyduğunu düşünüyoruz.

Uygulamada idare ve gözlem kurulu tarafından verilen ve aslında hükümlünün örgüt üyesi olduğuna ve *örgütle bağıını devam ettirdiğine* dair kararın(bizce bu sorulardan ve olası ihtimallerden kaçınmak maksadıyla) savcılıklara gönderilmediği, bu tespit ve değerlendirmelere istinaden kişi hakkında yeni bir soruşturma başlatılmadığı gözlemlenmektedir. Ancak yukarıda da yer verildiği üzere bu uygulama da hukuken sorunludur.

SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışıldığı üzere, 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesinin 1. fıkrasında hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanabilmesi belli koşullara bağlı kılınmıştır.

Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliğinde yer alan düzenleme ile *örgütlü suçtan* ya da *terör suçundan* hükümlü olan kişilerle ilgili, kişinin 5275 sayılı CGTİHK 105/A maddesi gereğince denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için *mensup olduğu belirtilen örgütten ayrıldığıının idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilmesi* ön şartı getirilmiştir.

Söz konusu yönetmelik hükmü ile aslında yasada yer almayan bir düzenleme getirilerek kişilerin yasayla düzenlenmiş hakkı normlar hiyerarşisine ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması konulu maddesine açıkça aykırı şekilde sınırlandırılmıştır. Bu haliyle de bizce ilgili yönetmelik hükmü açıkça Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca Anayasa ve 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'unda yer verilmeyen bir durum hakkında Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/ç maddesinde düzenleme getirilerek açıkça infazın kanuniliği ilkesi de yok sayılmıştır. Bu haliyle de ilgili yönetmelik hükmü Anayasa'nın 38. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Yine yönetmelik gereği idare ve gözlem kurulları tarafından verilen samimiyetin tasdiki kararlarının, mevzuatta hangi olgulara ve kriterlere göre bir değerlendirme yapılacağına dair bir düzenleme getirilmediğinden bu kararların tamamına yakınının, birbirinden farklı kriterler ve olgular içerdiği, hatta çoğunlukla birbiriyle çeliştiği, içerik olarak da hukuki denetime elverişli olmayan, sübjektif değerlendirmeler içeren hukuk devletinin temel ilkelerinden olan belirlilik ve hukuki öngörülebilirlikten yoksun kararlar olduğu gözlemlenmiştir.

Keza idare ve gözlem kurulları tarafından verilen samimiyetin tasdiki kararlarına karşı itiraz üzerine hukukilik ve yerindelik denetimi yapmakla görevli infaz hakimlikleri ve ağır ceza mahkemelerince de verilen kararların bir kısmında *idarenin takdir yetkisi kapsamında gözleme dayalı yazılı şekilde karar verildiği* şeklinde, bir kısmında da hukuki denetime elverişli olmayan, sübjektif değerlendirmeler içeren yoruma dayalı değerlendirmeler yapılarak yukarıda da örneklerle açıklanan bazı kriterlere dayanılarak kararlar

verildiği görülmektedir. Yine bu kararlara karşı istinaf ya da temyiz kanun yolu öngörülmediğinden bir içtihat birliğinden de bahsetmek mümkün olmayıp, farklı yerlerde bulunan mahkemelerce farklı içerikte ve çoğunlukla da birbiriyle çelişen kararlar verildiği görülmektedir. Bu yönüyle de ilgili yönetmelik gereği idare ve gözlem kurumlarınca yapılan değerlendirmelerin ve mahkeme kararlarının Anayasa'nın 2. Maddesine aykırılık oluşturduğu değerlendirilmektedir.

Ancak tüm bu Anayasa'ya aykırılıklara rağmen söz konusu kararlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda ise konunun esasına girilmeksizin kabul edilemezlik kararları verildiği görülmektedir.^[41] [42]

[41] AYM, *Halis Yurtsever*, B. No: 2015/17595, 29/11/2018, § 35-36 kararında özetle; “denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması için hapis cezasının süresi ve açığa ayrılmış olma koşulu yerine getirildikten sonra ceza infaz kurumu idaresinin iyi hal raporu üzerine başvurulmuş infaz hakiminin tedbirin uygulanması yönünde karar vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla denetimli serbestlik tedbiri kararı, yetkili infaz hakiminin takdir yetkisinde olduğundan Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında güvence altına alınmamıştır. Somut olayda başvuruya konu kararlar açık ceza infaz kurumuna ayırma talebinin reddine ilişkindir. Başvurucu açık ceza infaz kurumuna ayrılmış olsaydı bile infaz kurumunca hazırlanmış iyi hal raporu ve infaz hakimliğinin kararı olmadan doğrudan kendisine denetimli serbestlik tedbiri uygulanamayacağı için kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik açık ve görünür bir ihlal söz konusu değildir.” denilmiştir.

[42] AYM, *Mustafa Takyay* [GK], B. No: 2020/27974, 15/12/2021, § 49-51 kararında özetle; “Başvurucu hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş ve ceza yargılaması kesinleşerek sona ermiştir. İnfaz Hâkimliği kararına konu olan başvurunun açık ceza infaz kurumuna ayrılma ve denetimli serbestlikten yararlanma şartlarını taşıyıp taşımadığı, meselesi doğrudan doğruya başvurunun cezasının infaz edilme şekline ilişkindir. Başka bir ifadeyle denetimli serbestlikten yararlanma talebi ile ilgili meseleler tamamen infaz hukukunun şekline yönelik olup suçun esas ya da cezanın miktarı ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurunun suç isnadı altında bulunmadığı bir döneme ilişkin olarak açık ceza infaz kurumuna ayrılma ve denetimli serbestlikten yararlanma talebiyle ilgili ileri sürdüğü ihlal iddiasının cezai anlamda suç isnadı niteliği taşımadığı bu yönüyle başvuru konusu uyumsuzluğun adil yargılanma hakkının cezai boyutu kapsamında kalmadığı açıktır. Bu durumda suç isnadı niteliğinde olmadığı anlaşılan başvuru konusu uyumsuzluk çerçevesinde dile getirilen adil yargılanma hakkına dair şikâyetlerin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının dışında kaldığı ve bireysel başvuruya konu yapılamayacağı sonucuna varılmıştır.” denilmiştir.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına açıkça aykırı olmasına rağmen idare ve gözlem kurullarınca, hükümlülerin örgüt üyesi olma halinin devam ettiği durumundan hareketle bir değerlendirme yapılarak kararlar da vermektedir. Ayrıca verdikleri kararların mahiyetleri itibariyle aslında *hükümlünün örgüt üyesi olduğuna ve örgütle bağıını devam ettirdiğine* karar verildiğinden kararın olası sonuçlarının da hukuksal olarak oldukça sorunlu olduğu değerlendirilmektedir.

Yine uygulamada kişinin *mensup olduğu örgütten ayrıldığı* tespiti için aranan örgüte dair herhangi bir *bilgi paylaşımında bulunması* hali, özellikle yargılama sürecinde örgütlü suçta dair kabulü olmayan, herhangi bir örgüte mensup olduğu ve/veya örgüt adına suç işlediği iddialarını reddeden hükümlüler bakımından geçmişe dönük olarak suçu kabul etmesi ve kendisi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması anlamına geleceğinden bu uygulama da genel itibariyle Anayasa'nın 38/5. maddesinde yer alan; *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Bu haliyle de Açık Cezaevine Ayrılma Yönetmeliği'nin 6/2-ç maddesindeki; *"Terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, mensup oldukları örgütten ayrıldıkları idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilenlerin koşullu salıverilme tarihine bir yıldan az süre kalması,"* düzenlemesinin ilgili yönetmelikten tamamen çıkartılmasının hukuksal olarak daha yerinde olacağı, bu düzenlemenin kaldırılması ile birlikte uygulamada yaşanan sorunların önemli bir kısmının giderileceği ve denetimli serbestlik müessesinden yararlanabilmek için suç türü ayrımı yapılmaksızın bir değerlendirme yapılmasının hukuken daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Aras, Bahattin ve Sezgin Güvercin. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Arslan, Çetin ve Murat Kayaççiçek. “Örgüt ve Terör Suçlarının Tarafsızlık Olgusu ve Örgütten Ayrılıp Ayrılmadıklarının Tespitine İlişkin Sorunlar İle Çözüm Önerileri” (Mayıs, 2022). Erişim 24 Ağustos 2022. <https://www.cetinarslan.com.tr/orgut-ve-teror-suclularinin-tarfsizlik-olgusu-ve-orgutten-ayrilip-ayrilmadiklarinin-tespitine-iliskin-sorunlar-ile-cozum-onerleri-acik-yon-m-6-2-c/>.
- Özdemir, Orhan. “7242 Sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları.” *Adalet Dergisi*, no: 67, (Kasım 2021): 379-410.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*. 14. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022.
- Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Sümer, Arif Emre. “Örgütlü Suçlar İçin Öngörülen İnfaz Rejimine İlişkin Ayrıksı Düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 2 (2022): 637-677.
- Şen, Ersan. *Suç Örgütü*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022.
- Şen, Ersan ve Berkün Beyza Başer. “Hükümlünün Örgütten Ayrıldığı Nasıl Tespit Edilir?” (Kasım, 2020). Erişim 24 Ağustos 2022. <https://www.sen.av.tr/tr/makale/hukumlunun-orgutten-ayrildiği-nasil-tespit-edilir>.
- Şen, Ersan. “Suç Örgütüne Yardım Etme Suçundan Verilen Cezaların İnfazı.” (Kasım, 2018). Erişim 24 Ağustos 2022. <https://www.hukukihaber.net/suc-orgutune-yardim-etme-sucundan-verilen-cezalarin-infazi-makale,6257.html>.

Diğer Kaynaklar

- Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi D: 27, Y: 5, Toplantı: 4.
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/10147, K. 2021/12401, 17/09/2021,
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/12405, K.2021/14618, 03/12/2021,
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/12585, K. 2021/14861, 10/12/2021,

- Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12596, K. 2021/15300, 21/12/2021,
Yargıtay 1. Ceza Dairesi E.2021/12383, K. 2021/14626, 03/12/2021,
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12656, K. 2021/15299, 27/12/2021,
Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2021/7839, K. 2021/9849 04/06/2021.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2017/3312, K. 2019/2376, 29.04.2019.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2019/3064, K. 2021/6477, 08/04/2021.
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1809, K. 2017/5155, 26/10/2017.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/16-956, K.2017/370, 26.09.2017.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12596, K.2021/15300, 27/12/2021.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi E.2021/12656, K. 2021/15299 27.12.2021.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/12401, K.2021/14867, 10.12.2021.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2021/8298, K. 2021/11584, 30.06.2021.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2019/3081, K. 2021/11213, 26/05/2021.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2021/2264, K. 2022/1573, 17.03.2022.
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/7162, K. 2017/4786, 18/07/2017,
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/6443, K. 2017/995, 07/03/2017
AYM, *Halis Yurtsever*, B. No: 2015/17595, 29/11/2018.
AYM, *Mustafa Takyar* [GK], B. No: 2020/27974, 15/12/2021.

İnternet Kaynakları

- Anadolu Ajansı, erişim 10 Aralık 2022, <https://www.aa.com.tr/>
Yargıtay Başkanlığı, Karar Arama, erişim 10 Aralık 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, erişim 24 Ağustos 2022, <https://sozluk.gov.tr/>
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Kararlar Bilgi Bankası, erişim 24 Ağustos 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Sigorta Alacaklarında Zamanaşımı

Melisa GÜLHAN*

* Avukat, Ankara Barosu (melissagulhan96@gmail.com). Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora öğrencisi. Eski İcra Müdür Yardımcısı. **ORCID:** 0000-0002-9074-6599

SİGORTA ALACAKLARINDA ZAMANAŞIMI

ÖZ

Sigorta hukuku, ticaret hukukunun alt disiplinlerinden biridir. Sigorta hukukunun ana konularından olan sigorta sözleşmesinden başta sigorta tazminatı veya bedeli alacağı olmak üzere birçok alacak türü doğmaktadır. Bu alacakların tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde ise kimi zaman Türk Borçlar Kanunu kimi zaman Türk Ticaret Kanunu olmak üzere birden fazla düzenlemenin rol oynadığını söyleyebilmek mümkündür.

Birden fazla Kanunun uygulanabilirliği ve bu Kanunların kendi içlerinde dahi özel düzenlemeler barındırabildiği göz önüne alınarak bu çalışmada genel-özel nitelikteki düzenlemeler çerçevesinde hangi alacakların, hangi zamanaşımı süresine tabi olduğu, bu sürelerin ne zaman başlayacağı ve halefiyet durumunda sigortacının kendi sigorta ettireni ve üçüncü kişiler aleyhinde açabileceği davaların hangi zamanaşımı süresine tabi olduğu, bu zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı sigorta türleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar kelimeler:

sigorta

sigorta sözleşmesi

sigorta hukuku

zamanaşımı

halefiyet

PRESCRIPTION OF INSURANCE CLAIMS

ABSTRACT

Insurance law is one of the sub-disciplines of commercial law. Many kinds of claims arise from insurance law, especially insurance compensating or reimbursing the insured. These many kinds of claims' timeouts are determined by more than one regulation. These regulations are especially the Code of Obligations and the Turkish Commercial Code.

In a frame of private regulations versus general regulations and types of insurance contracts, also considering more than one regulations are applicable, in that article, these subjects are worked: The regulations –each of them may contain private regulations by themselves-which timeout regulations are applicable to which claims, the beginning of these timeouts, in the state of subrogation and when the insurersue against to insuredor third parties which timeout regulations are applicable and if it's possible to restrict these timeout regulations with an agreement.

Keywords:

insurance

insurance contract

insurance law

timeout

subrogation

GİRİŞ

Bu makalede ilk olarak sigorta sözleşmesinin tanımı ve sigorta sözleşmesinden doğan borçlar incelenmiştir. Sonrasında ise dar anlamda borcu sona erdiren bir sebep olarak zamanaşımı tanımlanmış ve hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki farklardan kısaca bahsedilmiştir.

Sonrasında ise ilk olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan zamanaşımına ilişkin düzenlemeler; bunları müteakip Türk Ticaret Kanunda ve Karayolları Trafik Kanununda yer alan zamanaşımına ilişkin düzenlemeler incelenmiştir.

Sigorta Hukukundaki zamanaşımına ilişkin düzenlemeler incelenirken sorumluluk sigortaları ve karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortaları olmak üzere sigorta türleri bakımından bir ayırım yapılmıştır. Bunun yanı sıra halefiyet durumunda zamanaşımı da Karayolları Trafik Kanunu da göz önüne alınmak suretiyle kapsamlı olarak incelenmiştir.

Sonuç olarak, Türk Borçlar Kanunu ile kıyaslandığında Türk Ticaret Kanunu özel bir kanun niteliğindedir. Bununla birlikte, sigorta ilişkisinden doğan alacaklarda zamanaşımına ilişkin olarak, Türk Ticaret Kanunu sistematüğinde “Altıncı Kitap” başlığı altında incelenen “Sigorta Hukuku” nun dahi kendi içerisinde daha da özel nitelikte düzenlemeler (Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu) barındırdığını söylemek mümkündür. Bütün bu düzenlemeler, bu çalışmada genel-özel düzenlemeler ayrımı çerçevesinde incelenmiştir.

Keyifli okumalar dilerim...

I. SİGORTA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

Sigorta sözleşmeleri, hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerdir.^[1] Sigorta sözleşmeleri, hem sigortacıya hem de sigorta ettirene borç yükler. Buna göre sigortacının borcu, riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatı veya bedelini ödemek iken sigorta ettirenin borcu ise sigorta primini ödemektir. Tarafların bu borçları, şahsi nitelikte bir borç olmakla birlikte aynı zamanda da dar anlamda borç olarak ifade edilmektedir.^[2]

Türk Ticaret Kanunda sigorta sözleşmesinin tanımı yapılırken de tarafların borçları açıkça belirtilmiştir. Buna göre: “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.*” (TTK. m. 1401/1).

Borç ilişkisinden doğan edimleri sona erdiren temel sebep ifa olmakla beraber Türk Borçlar Kanununda ifa dışında borcu sona erdiren birtakım sebepler düzenlenmiştir. Dar anlamda borcu sona erdiren sebepler başlığı altında incelenen bu sebepler; borcun yenilenmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas, sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı ve zamanaşımıdır.^[3] Kısacası, sigorta sözleşmesinin meydana getirdiği hukuki ilişkiden doğan ve ifa edilmesi gereken edimlerden birinin sona ermesi dar anlamda borcun sona ermesi olarak adlandırılmaktadır.^[4]

[1] Şaban Kayıhan, *Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), 35; Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri* (İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020), 100-101.

[2] Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 227.

[3] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 1263.

[4] Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Bursa: Dora Yayınları, 2017), 185.

II. ZAMANAŞIMI

A) GENEL OLARAK

Yukarıda da belirtildiği gibi sözleşme ilişkisinden doğan borçlar kural olarak edimlerin ifası ile sona erer. Dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerden biri olan zamanaşımında ise borç belirli bir sürenin geçmesi ile doğrudan doğruya sona ermez. Zamanaşımında belirli bir sürenin geçmesi ile alacak hakkının zayıflayarak borcun kısmen sona ermesi söz konusudur.^[5]

Zamanaşımı, alacağı ortadan kaldırmamakla birlikte, alacak hakkını zayıflatarak alacaklının, borçlu istemediği takdirde alacağını dava ve tahsil etme imkânını ortadan kaldırır. Kısacası, zamanaşımı borç ilişkisini etkilemez; yalnızca alacaklının alacağını dava ve tahsil kabiliyetini etkiler. Bu sebeptendir ki zamanaşımına uğramış bir borcun ifa edilmesi geçerli bir ifa olacaktır.^[6] Buna karşılık zamanaşımı süresinin geçmesi ile borçlu, borcunu ifa etmek istemediği takdirde, zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcunu ifa etmekten kurtulabilecektir.^[7]

Diğer bir deyişle, zamanaşımı alacak hakkını zayıflatarak, sözleşmeden doğan borcu eksik borç haline getirecektir.^[8] Bu noktada ise borçlunun sözleşmeden doğan edimini ifa etmesi geçerli bir ifa olarak kabul edilecekken borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcundan kurtulması da mümkün olabilecektir.

B) HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE VE ZAMANAŞIMI AYRIMI

“Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz.” (TBK. m. 161). Buna karşılık hak düşürücü süre söz konusu ise, bu sürenin geçmesi ile birlikte hak ortadan kalkmış olacağından^[9] bu

[5] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1281-1282.

[6] İsmail Kayar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku. Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 209.

[7] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1281-1282.

[8] M. Barış Günay, *Sigorta Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 138.

[9] Bilgili ve Demirkapı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 192.

husus hakim tarafından re'sen nazara alınır.^[10] Dolayısıyla zamanaşımı borçlu tarafından ileri sürülebilecek bir def'i niteliğinde iken hak düşürücü sürenin söz konusu olduğu durumlarda bu hususun ileri sürülmesi itiraz niteliği taşıyacaktır ve bu husus taraflarca ileri sürülmüş olmasa dahi hakim tarafından re'sen dikkate alınacaktır.^[11]

Bununla birlikte her ne kadar zamanaşımı def'inin, medeni yargılama usulüne göre her zaman ileri sürülebilmesi mümkünse de, yargılamanın sonraki safhalarında ileri sürüldüğü takdirde bu, savunmanın genişletilmesi anlamına gelecektir. Savunmanın genişletilmesi halinde ise bu husus alacaklının buna muvafakat etmesi halinde dikkate alınacak; aksi takdirde dikkate alınmayacaktır.^[12]

III. BORÇLAR KANUNUNDAKİ ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Borçlar hukukunda genel bir zamanaşımı süresi belirlenmiş ve sözleşme ile bu zamanaşımı süresinin değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre: “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” (TBK. m. 146). TBK. m. 147’de ise hangi alacakların TBK. m. 146 ile belirlenen genel zamanaşımı süresinin istisnasını teşkil ederek beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı düzenlenmiş ve TBK. m. 148 ile, bu ayırmada (TBK. m. 146 ve TBK. m. 147) belirlenmiş olan zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilmesi yasaklanmıştır.

Kısacası, Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiş bulunan bu on yıllık ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi, emredici bir düzenleme niteliğindeki^[13] TBK. m. 148 ile yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu sürelerin

[10] Günay, Cevdet İlhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 132.

[11] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1281-1282.

[12] İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2013), 189.

[13] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1287.

sözleşme ile kısaltılması mümkün olmadığı gibi sözleşme ile uzatılmaları da mümkün değildir.^[14]

IV. SİGORTA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

A) GENEL OLARAK

Sigorta sözleşmesine dayanan alacak talepleri hakkında TBK.'da yer alan düzenlemelerden ayrılarak TTK. ile birtakım özel zamanaşımı süreleri düzenlenmiş ve sigorta sözleşmesine dayanarak talepte bulunabilecek alacaklıların (sigorta sözleşmesinin tarafları ile sigortalı, lehtar ve sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişilerin) sigorta sözleşmesinden doğan bütün alacakları zamanaşımına tabi tutulmuştur.^[15]

Borçlar hukuku ile kıyaslandığında özel nitelikte olan sigorta hukukunda ise sigorta sözleşmelerine dayanan taleplere ilişkin olmak üzere TTK. m. 1420 ile genel bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Dolayısıyla bu düzenlemenin kural olarak tüm sigorta çeşitlerine uygulanması gerekmektedir.^{[16], [17]} Ancak yine aynı Kanun maddesi ile sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak zamanaşımını düzenleyen TTK. m. 1482 hükmü ve diğer kanunlardaki hükümler (örneğin KTK. m. 109) saklı tutulmuştur.

Buna göre: “*Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482. madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Diğer kanunlardaki hükümler saklıdır.*” (TTK. m. 1420).

Bu düzenleme ile sigorta sözleşmelerinden doğan bütün alacaklar, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlayacak olan iki yıllık bir zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Bu düzenlemedeki “sigorta sözleşmelerinden doğan bütün alacaklar” ifadesinden yola çıkarak bu düzenlemenin yalnızca sigorta sözleşmesinin tarafları bakımından bağlayıcı olduğunu söylemek

[14] Abdükerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Monopol Yayınları, 2018), 325.

[15] Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 229.

[16] Günay, *Sigorta Hukuku*, 139.

[17] Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 245.

mümkündür. Bu sebeple sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin sigortacı aleyhinde açacağı davalar genel hükümlere tabi olacaktır.^[18]

Bununla birlikte mal ve can sigortalarından doğan alacaklar muaccel olmuşlar ise, Türk Borçlar Kanununda yer alan zamanaşımına ilişkin düzenlemelere paralel olarak^[19] muacceliyet tarihinden itibaren başlayacak olan iki senelik zamanaşımı süresine tabi olacaklardır. Ancak eğer ki henüz riziko öğrenilmemişse veya alacağın muaccel olması için gerekli olan koşullar sağlanmamışsa bu durumda bu sözleşmelerden doğan alacaklar ne zaman muaccel olduklarına bakılmaksızın rizikonun gerçekleşmesinden itibaren başlayacak olan altı senelik zamanaşımı süresine tabi olacaklardır.^[20] (TTK. m. 1420/1).

TTK. m. 1420 ile düzenlenen zamanaşımı süresi alacağın muaccel olması ile başlar. Alacağın muaccel olması ise rizikonun gerçekleştiğinin bildirilmesine bağlanmıştır. Buna karşılık bazı hallerde sigortalı veya sigortadan faydalanan kişi olan lehtarın rizikonun gerçekleştiğini olay tarihinden itibaren uzun bir süre sonra öğrenebilme ihtimali bulunmaktadır. Bu ihtimal Kanunkoyucu tarafından öngörülerek, menfaatler dengesinin korunması amacıyla, bu iki yıllık zamanaşımı süresinin yanında aynı düzenleme ile altı senelik ve aynı düzenleme ile saklı tutulan TTK. m. 1482 uyarınca sorumluluk sigortaları bakımından ise on senelik olmak üzere azami zamanaşımı süreleri öngörülmüştür.^[21]

Sigorta sözleşmelerine dayanan taleplere ilişkin genel bir zamanaşımı süresi öngören TTK. m. 1420'e aykırı sözleşme şartları geçersizdir. (TTK. m. 1452/2) Yani, sigorta sözleşmesinde TTK. m. 1420'ye aykırı bir şart bulunması halinde sigorta sözleşmesi geçerliliğini koruyacak buna karşılık yalnızca TTK. m. 1420'ye aykırılık teşkil eden sigorta sözleşmesi şartı geçersiz olacaktır. Diğer bir deyişle TTK. m. 1420, mutlak emredici nitelikte bir düzenlemedir.

[18] Yargıtay 11. HD., E. 1979/495 K. 1979/1127 T. 08.03.1979.

[19] Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 229.

[20] Işıl Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 123-124.

[21] Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku* (Adana: Karahan Kitabevi, 2019), 125.

B) SORUMLULUK SİGORTALARINDA ZAMANAŞIMI

TTK. m. 1420/1 ile TTK. m. 1482 hükmü saklı tutulmuştur. TTK. m. 1482 ise “Sigorta Türlerine Göre Özel Hükümler” başlığı altında ve “Zarar Sigortaları” bölümünde yer alan sorumluluk sigortalarında zamanaşımına ilişkin bir düzenlemedir.

Sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak yapılmış olan bu zamanaşımını düzenlemesi şu şekildedir: “*Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar.*” (TTK. m. 1482).

Kanun koyucu sorumluluk sigortalarında sorumluluğun doğumunun ve tazminata konu zararın tespitinin zarar sigortalarına kıyasla daha uzun zaman alabileceğini öngörerek sorumluluk sigortaları bakımından azami zamanaşımı süresi olarak TTK. m. 1420’de yer alan genel zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre belirlemiştir.^[22] Nitekim TTK. m. 1473 ile de kanun koyucu tarafından, sorumluluk sigortalarında, zararın sigorta konusu olaydan daha sonra ortaya çıkabileceği açıkça kabul edilmiştir.^[23] Buna göre: “*Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.*” (TTK. m. 1473).

Kısacası, sorumluluk sigortaları hakkında uygulanmak üzere TTK. m. 1482’de azami zamanaşımı süresi on sene olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla TTK. m. 1420 ile düzenlenmiş olan altı senelik zamanaşımı sorumluluk sigortaları bakımından geçerli olmayacaktır.^[24] Buna karşılık her iki düzenlemede de azami zamanaşımı süresinin rizikonun gerçekleşmesi

[22] Çeker, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku*, 126.

[23] Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 331.

[24] Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 2 Zarar Sigortaları* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 386.

yani sorumluluğa yol açan olayın gerçekleşmesi^[25] ile başlayacağına dikkat edilmelidir.^[26]

Sorumluluk sigortalarında zamanaşımına ilişkin olan TTK. m. 1482'ye aykırı sözleşme şartları geçersizdir. (TTK. m. 1486/2) Yani, sorumluluk sigortasına ilişkin olmak üzere sigorta sözleşmelerinde TTK. m. 1482'ye aykırı bir şart bulunması halinde sigorta sözleşmesi geçerliliğini koruyacak buna karşılık yalnızca TTK. m. 1482'ye aykırılık teşkil eden sigorta sözleşmesi şartı geçersiz olacaktır. Diğer bir deyişle TTK. m. 1482, mutlak emredici nitelikte bir düzenlemedir.

Bu düzenleme sigortacıya yöneltilebilecek tazminat istemleri bakımından uygulanacağından, üçüncü kişilerin zarara uğramaları halinde, eğer ki sorumluluk sigortası söz konusu ise üçüncü kişilerin alacaklarının da TTK. m. 1482 uyarınca on senelik azami zamanaşımı süresine tabi olduğunu söylemek mümkündür.^[27] Zira, *“Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.”* (TTK. m. 1478).

Bununla birlikte şunu da belirtmekte yarar vardır ki, TTK. m. 1482, yalnızca sigortacıya yöneltilecek tazminat istemlerini kapsadığından, sigortacının prim alacağı TBK. m. 146'da düzenlenmiş olan on yıllık olağan zamanaşımı süresine tabi olacaktır.^[28]

C) ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTALARINDA ZAMANAŞIMI

TTK. m. 1420/2 ile Sigortacılıkta zamanaşımına ilişkin diğer kanunlardaki hükümler saklı tutulmuştur. Bu itibarla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunda yer alan zamanaşımına ilişkin 109. madde, hem TTK.'da açıkça saklı tutulması hem de TTK.'na göre daha özel nitelikte^[29] bir düzenleme

[25] İnci Deniz Kaner, *Sigorta Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 68.

[26] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 791.

[27] Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 229.

[28] Melisa Gülhan, *Sigorta Sözleşmesini Sona Erdiren Haller* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 136.

[29] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 124.

olması itibariyle motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler hakkında uygulama alanı bulmaktadır. (KTK. m. 109/1).

Buna göre: “*Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar.*” (KTK. m. 109/1).

Bu düzenleme her ne kadar iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmesi bakımından TTK. m. 1420 ile benzerlik gösterse de zamanaşımı süresinin başlaması farklılık arz etmektedir. Zira burada iki yıllık süre TTK. m. 1420’den farklı olarak alacağın muaccel tarihten itibaren değil; zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren başlamaktadır.

Kanun koyucu tarafından kimi hallerde zarar belli iken tazminat yükümlüsünün belli olmaması kimi hallerde ise tazminat yükümlüsü belli iken zararın tespitinin ve kapsamının hemen belirlenememesi göz önüne alınmış ve KTK. m. 109 ile düzenlenmiş olan iki yıllık zamanaşımı süresinin başlaması hem zararın ve hem de tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi şartına bağlanmıştır.^[30] Bununla birlikte aynı sebeple motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler hakkında kaza gününden başlamak üzere on senelik azami bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür.^[31] Zira, bu on senelik zamanaşımı süresinin uygulanmasında zararın veya tazminat yükümlüsünün geç öğrenilmesi dikkate alınmayacaktır^[32], kaza gününden başlamak üzere on senelik zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Ancak dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zaman aşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddi tazminat talepleri hakkında da uygulanacaktır. (KTK. m. 109/2). Bu durumda Türk Ceza Kanununda öngörülen dava zamanaşımı süreleri suç niteliğindeki eylemin gerçekleştiği günden itibaren başlayacaktır.^[33]

[30] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 1070.

[31] Çeker, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku*, 126-127.

[32] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 1070.

[33] Günay, *Sigorta Hukuku*, 139-140.

Bununla birlikte, zamanaşımı, tazminat yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı, tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayılır. (KTK. m. 109/3).

Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları ise kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar. (KTK. m. 109/4)

İşbu KTK.'da yer alan zamanaşımına ilişkin düzenlemelerden sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren taraf olarak yer alan araç işletenin yararlanmasına bir engel olmadığını da belirtmekte yarar vardır.^[34]

TTK. m. 1420 ve TTK. m. 1482'ye aykırı sözleşme şartlarının geçersiz olacağına ilişkin TTK.'da yer alan düzenlemelerden yukarıda bahsedilmiştir. Buna karşılık motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler hakkında Karayolları Trafik Kanunu m. 109 maddesi ile düzenlenmiş bulunan zamanaşımı süresinin sözleşme ile değiştirilip değiştirilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme, Karayolları Trafik Kanununda yer almamaktadır. Ancak KTK.'da öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmaların geçersizliğine ilişkin KTK. m. 111 uyarınca: KTK.'da öngörülen zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine ilişkin olarak yapılan anlaşmalar ile KTK.'da öngörülen hukuki sorumluluk kaldırıldığı veya daraltıldığı takdirde bu anlaşmalar geçersiz olacaktır.^[35]

Bununla birlikte, TTK. m. 1 uyarınca KTK. m. 109 ticari bir hüküm niteliğindedir. Zira, Türk Ticaret Kanunundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir. (TTK. m. 1). Dolayısıyla TTK. m. 6 uyarınca KTK. m. 109'da öngörülen zamanaşımı süresinin sözleşme ile değiştirilmesi mümkün olmayacaktır.^[36] Zira, “*Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez.*” (TTK. m. 6).

[34] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 1072.

[35] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 1074.

[36] Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 88.

V. HALEFİYET DURUMUNDA ZAMANAŞIMI

A) GENEL OLARAK HALEFİYET

Kural olarak, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi ile borç ve borca ait teminatlar sona erer. Ancak Kanunda açıkça öngörülen bazı hallerde üçüncü kişinin yapacağı ifa borcu yalnızca alacaklıya karşı sona erdirir. Yani, iç ilişkide borç sona ermez; ifa ile borç yalnızca dış ilişkide sona erer. Halefiyet, kanundan doğan bu borç intikalidir.^[37]

B) SİGORTACILIKTA HALEFİYET

Halefiyet, esasen bir borçlar hukuku kurumu^[38] olmasına karşılık, Kanunkoyucu tarafından, zarar sigortalarına ilişkin olmak üzere TTK. m. 1472 ve sorumluluk sigortalarına ilişkin olmak üzere TTK. m. 1481 ile sigorta hukukuna ilişkin olmak üzere “Halefiyet” başlıklı özel düzenlemeler öngörülmüştür.

Bununla birlikte bu iki düzenleme arasında bazı sözcük farklılıkları dışında bir fark olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla farklı sigorta tipleri için öngörülen bu düzenlemelerin aynı amaca hizmet ettiğini söylemek mümkündür.^[39]

Kısacası, sigortacılıkta halefiyet, sigortacının, sigorta tazminatını ödendiğinde, hukuken sigortalının yerine geçerek; sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hakkın, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal etmesinden ibarettir. (TTK. m. 1472 ve TTK. m. 1481).

Sigortacılıkta halefiyetin söz konusu olabilmesi için üç kümülatif şartın bir arada bulunması gerekir. İlk olarak geçerli bir sigorta sözleşmesi bulunmalı,

[37] Tamer Bozkurt, *Ticaret Hukuku C. IV Sigorta Hukuku* (Ankara: On İki Levha Yayınları, 2016), 173.

[38] Şaban Kayıhan, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016): 1599; Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 213.

[39] Zehra Şeker Öğüz ve Aslıhan Sevinç Kuyucu, *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011), 108; Bünyamin Gürpınar, *Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 45.

ikinci olarak sigorta tazminatı ödenmiş olmalı ve son olarak da sigorta ettirenin dava hakkı bulunmalıdır.^[40]

Halefiyete dayanan rücu davalarında halef, selefinin sahip olduğu haktan daha fazlasına sahip değildir. Sigortacılıkta halefiyete dayanan rücu davalarında ise sigortacı, selefinin yani sigorta ettirenin sahip olduğu haktan daha fazlasına sahip olamaz. Dolayısıyla sigortacı, sigorta ettirenin sahip olduğu bütün def'ileri ileri sürebilir.^[41] Bununla birlikte tazminat yükümlüsü bakımından kesilen zamanaşımı sigortacı bakımından; sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı ise tazminat yükümlüsü bakımından kesilmiş olur.^[42]

Halefiyette zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıç tarihinin belirlenmesinde sigortalı ile gerçekleşen zarardan sorumlu kişiler arasındaki ilişki önem taşımaktadır.^[43] Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki:HTTK. m. 1420 ile düzenlenmiş bulunan genel zamanaşımı süresi sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemleri kapsadığından yalnızca sigorta sözleşmesinin taraflarını ilgilendirmektedir. Bu sebeple halefiyete dayanan rücu davalarında ilgili düzenlemenin uygulanabilmesi mümkün değildir.^[44]

Sigortacılıkta halefiyete dayanan rücu davasında sigortacı, zarardan sorumlu kişilere karşı açacağı davada halefiyet yolu ile nasıl bir hak kazanmış ise o hakka sahip olur. Zira, sigorta tazminatının ödenmesi, halefiyetin bir şartıdır ve bu suretle sigortacı sigorta tazminatını ödeme tarihinden itibaren, sigorta ettiren kişinin mevcut alacağını talep etme hakkını devralmaktadır. Bu itibarla mevcut bir hakkın, başka bir deyişle esasen muaccel olan bir alacağın, tekrar muaccel hale gelmesi olanağı yoktur. Dolayısıyla sigortacı, başlamış olan zamanaşımı ile birlikte sigorta ettirenden dava

[40] Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 75 vd.

[41] Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981), 113.

[42] Tekin Memiş, "Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016): 1936.

[43] Bozer, *Sigorta Hukuku*, 114; Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 358; Kayıhan, *Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti*, 1604.

[44] Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 88.

hakkını devir almakta ve kalan zamanaşımı süresi içinde de halef sıfatıyla dava açmak durumunda bulunmaktadır. Zarara sebebiyet veren aleyhinde aynı olay sebebiyle, zarar gören ile onun halefi yönünden başlangıç ve sona erme tarihleri farklı iki türlü zamanaşımı kabul edilebilmesi mümkün değildir.^[45],^[46] Kısacası, sigorta ettiren kişinin sahip olduğu hakkın aynen sigortacıya intikal edeceğini söylemek mümkündür.^[47]

Son olarak şunu da eklemek gerekir ki sigortacılıkta halefiyete ilişkin genel bir düzenleme niteliğindeki TTK. m. 1472 hayat sigortalarında uygulanamaz. Zira, “Hayat sigortası sözleşmesi gereği, sigorta şirketinden kararlaştırılan sigorta bedelini tahsil eden sigorta ettiren ve mirasçıları ile rizikoya muhatap olan kişilerin mirasçılarının, rizikonun gerçekleşmesine neden olan üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tazminat alacağını sigorta şirketine temlik etmeleri geçersizdir.” (TTK. m. 1491/3).

C) ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTALARINDA HALEFİYET

1- Sigortacının Üçüncü Kişiler Aleyhinde Açacağı Davalarda

Yukarıda KTK.’da yer alan zamanaşımına ilişkin düzenlemelerden sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren taraf olarak araç işletenin yararlanmasına bir engel bulunmadığı belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu, Sigortacılık Kanunu ve Karayolları Trafik Kanununda karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafı olan sigortacının, olaydan sorumlu olan üçüncü kişilere halefiyete dayanarak açacağı rücu davalarına ilişkin bir zamanaşımı düzenlemesi yer almamaktadır. KTK. m. 109/5’de ise diğer hususlarda genel hükümlerin uygulanması gerekliliğine açıkça yer verilmiştir. Bu sebeple bu tür davalara sorumluluk sigortalarında halefiyete ilişkin TTK. m. 1472’nin uygulanması gerekecektir. Buna göre, sigorta tazminatını ödeyen sigortacının zarara sebebiyet veren kişi aleyhinde, sigorta ettirenin halefi sıfatı ile açacağı davada zamanaşımı,

[45] Yargıtay Hukuk Bölümü İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, E. 1970/2 K. 1972/1 T. 17.01.1972 RG. 20.03.1972 – 14134.

[46] Melisa Gülhan, “Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının Sigorta Ettirenin Halefi Sıfatıyla Açacağı Davada Zamanaşımı,” *Ankara Barosu Dergisi* 79, no. 2 (2021): 379-391.

[47] Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 349.

sigorta ettirenin aynı kişi aleyhinde açabileceği davanın tabi olduğu zamanaşımı süresine tabidir ve bu zamanaşımı süresinin aynı tarihte başlayacağı kabul edilmelidir.^[48] Zira TTK. m. 1472'e göre sigorta ettiren kişinin sahip olduğu hak aynen sigortacıya intikal edecektir. Dolayısıyla ilgili hak için işleme başlamış olan zamanaşımı süresi de hak sahibi hiç değişmemiş gibi işlemeye devam edecektir.^[49]

2- Sigortacının Kendi Sigorta Ettireni Aleyhinde Açacağı Davalarda

Karayolları Trafik Kanunu m. 109/4'te motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları düzenlenmiştir. Buna göre: *“Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.”* (KTK. m. 109/4)

Dolayısıyla sigortacının, kendi sigorta ettireni aleyhinde açacağı rücu davası KTK. m. 109'un kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu durumda KTK. m. 109/5 uyarınca, bu tür davalar TTK. m. 1420'de öngörülen iki ve altı senelik genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Bu halde zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi ise, sigortacının, sigorta ettirenin halefiyet hakkını önlemesini öğrendiği gün olacaktır.^[50]

[48] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 1072.

[49] Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 349.

[50] Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 1072-1073.

SONUÇ

Sonuç olarak sigorta hukukundan kaynaklanan alacakların tabi olduğu birden fazla yasal düzenleme mevcuttur. Bununla birlikte bu alacakların tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin ve bu sürelerin ne zamandan itibaren başlayacağını belirlemede de sigorta sözleşmelerinin türleri önemli rol oynamaktadır.

Zira, Ticaret Kanununda genel olarak sigortalara ilişkin zamanaşımı düzenlemelerine yer verilmiş ve bunu müteakip sorumluluk sigortalarına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Karayolları Trafik Kanununda ise Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin olmak üzere özel zamanaşımı düzenlemelerine yer vermiştir.

Bununla birlikte her iki Kanunda da hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunun uygulanacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Özellikle bir borçlar hukuk kurumunu olan halefiyet halinde bu zamanaşımı sürelerinin akıbetinin ne olacağı değerlendirilirken birden fazla Kanunun gözetilmesi gerekmektedir.

Son olarak, bu çalışmada bahsedilen sürelerin nitelik itibarıyla zamanaşımı süresi olduğuna dikkat edilmelidir. Zira zamanaşımı, hak düşürücü süre ile karıştırılmamalıdır. Bu sebeple bu çalışmada zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü süreler hakkındaki temel farklılıklara da yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Sigorta Hukuku, Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yay, 2019.
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Bursa: Dora Yayınları, 2017.
- Bozer, Ali. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981.
- Bozkurt, Tamer. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: ki Levha Yayınları, 2017.
- Bozkurt, Tamer. *Ticaret Hukuku, C.- IV Sigorta Hukuku*. Ankara: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Çeker, Mustafa. *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku*. Adana: Karahan Kitabevi, 2019.
- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2013.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Gülhan, Melisa. *Sigorta Sözleşmesini Sona Erdiren Haller*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Gülhan, Melisa. *Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının Sttirenin Halefi Sıfatıyla Açacağı Davadamdownload/issue-full-file/64405*. Erişim Tarihi: 15.09.2022.
- Günay, Cevdet İlhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Günay, M. Barış. *Sigorta Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Gürpınar, Bünyamin. *Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Kaner, İnci Deniz. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Kayar, İsmail. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku. Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

- Kayıhan, Şaban. *Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu*. Ankara: Seçkin Yay, 2004.
- Kayıhan, Şaban. “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti.” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 22, no. 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2016).
- Kayıhan, Şaban ve Özcan Günergök. *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*. İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020.
- Kender, Rayegan. *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Memiş, Tekin. “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler.” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 22, no. 3, (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016).
- Şeker Öğüz, Zehra ve Aslıhan Sevinç Kuyucu. *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.
- Ulaş, Işıl. *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Ünan, Samim. Türk Ticaret Kanunu Şerhi, *Altıncı Kitap Sigorta Hukuku-2 Zarar Sigortaları*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Monopol Yayınları, 2018.

Yitirdiklerimiz

In loving memory of our late colleagues

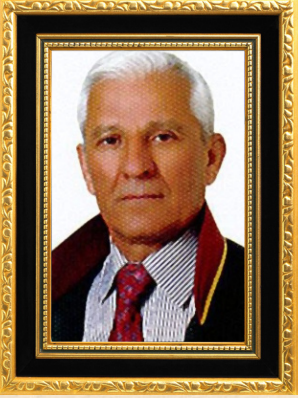
Yitirdiklerimiz



Av. Doğan YAĞIZ (4471)
1948-2022



Av. Esin ŞENTÜRK (3968)
1936-2022



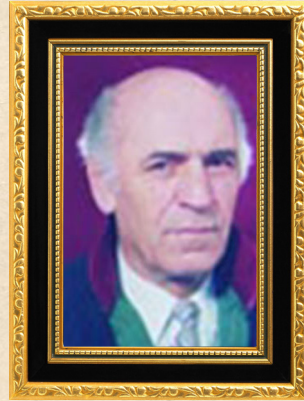
Av. Haydar ULUSOY (15176)
1949-2022



Av. Mustafa KOÇOĞLU (28467)
1951-2022

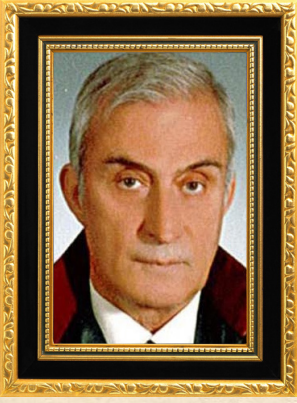


Av. Atılğan GÖYMEN (17649)
1980-2022



Av. Mustafa ONARLIOĞLU (7806)
1928-2022

Yitirdiklerimiz



Av. Okan GÜR (5493)
1940-2022



Av. Kemalettin ÇELİK (3797)
1925-2023



Av. Süleyman ATEŞ (6247)
1932-2023



Av. İbrahim TOPLAMA (7822)
1950-2023



Av. Yaşar Ertuğrul DESTAN (5462)
1941-2023