



ANKARA  
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ

# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

## Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852

Cilt/Volume: 2

Sayı/No: 2

ARALIK/December 2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

---

Ankara 2024

# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

## DERGİ KURULLARI

### Editörler

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

### Yardımcı Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Arş. Gör. Dr. Azime Ayça KAHRAMAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

### Yayın Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

### Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Rifat ERTEEN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Mertol CAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Yücel ACER (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK (Medipol Üniversitesi Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fak.)

Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

### Teknik İletişim

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

**Tasarım - Dizgi:** Kemal ERDOĞAN

**Basım Yeri:** Ankara

**Basım Tarihi:** Mart 2024

**Yayın Türü:** Süreli Yayın • **ISSN: 2792-0852**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4  
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

**İletişim Bilgisi:** hukuk.karardergi@hbv.edu.tr

## AMAÇ VE KAPSAM

Bilimsel araştırmalar ve incelemeler, araştırmanın ve incelemenin yapıldığı alanın ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Zira bilimsel araştırma ya da inceleme yapmanın amacı söz konusu bilim alanının daha etkin bir şekilde işlemlerini sağlamanın yanında yapılan yanışların giderilmesidir. Bu amaçla eleştiri ve öneriler büyük rol oynamaktadır.

Hukuk disiplini de normatif bir bilim dalı olarak kendine özgü özelliklere sahiptir. Hukuk, toplumsal ihtiyaçların giderilmesini sağlamak için kural ve normlar ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu kural ve normların etkin bir şekilde işleyişi de büyük ölçüde uygulayıcıların elindedir. Uygulayıcılar birincil kaynak niteliğindeki pozitif hukuk düzenlemelerini yorumlayıp farklı uygulamalar oluşturabilmektedir.

Hukuk alanında yapılan bilimsel çalışmalar da esas olarak bu uygulamalar üzerine temellendirilmektedir. Bilimsel bir makalede mevcut pozitif hukuk kuralları ile toplumsal normlar ve ihtiyaçlar ortak bir paydada buluşturulmakta; bunun ekseninde farklı veya benzer görüşler ortaya konularak hukuk kural ve normlarının olması gerektiği şekliyle uygulanmasına katkı sağlanmaktadır.

Hukuk kurallarının uygulanmasının en önemli aktörleri “yargı organlarıdır”. Yargı organları gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde mevcut hukuk kurallarını, önüne gelen somut olaya, hukuki yorum araç ve yöntemleri aracılığıyla uygulamaktadırlar. Bu anlamda içtihatlar ortaya çıkmakta ve hukuk düzeninde bir yardımcı kaynak olarak da yer almaktadır.

İçtihatların hukukun temel hedefi olan adalet ve eşitliği sağlayabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte pek çok karar aynı veya benzer konularda farklılık gösterebilmektedir. Söz konusu farklılıkların her zaman ulaşılabilir olması mümkün değildir. Bunu sağlayabilmenin yollarından birisi de bilimsel eleştiri ve önerilerdir. Bir başka ifadeyle hukukun bir başka yardımcı kaynağı olan doktrinin yargı kararları özelinde eleştirilerini ve önerilerini sistematik bir biçimde ortaya koyabilmesi gerekmektedir.

Bahse konu eleştiri ve önerilerin bir bilimsel makale içerisinde yer almasının mümkün olduğu düşünülebilir. Bu düşünce yanlış bir düşünce de değildir. Bununla birlikte eksik bir düşüncedir. Yani bilimsel makaleler yalnızca incelenen konuyla ilişkili olduğu ölçüde yargı kararlarına yönelik sınırlı bir değerlendirmede bulunabilmektedir.

İşte mevcut eksikliğin giderilebilmesi ve hukuk uygulamalarının etkinliğine katkı sağlanabilmesi için hukukun iki yardımcı kaynağından birisi olan doktriner düşüncenin yargı kararları üzerinde daha fazla ortaya çıkarılması adına bir “karar incelemeleri dergisi”nin akademiye kazandırılması yalnızca bir ihtiyaç değil zarurettir. Karar İncelemeleri Dergisi” bu amaçlarla yayın hayatına başlamayı hedeflemektedir.

Dergi’de yayımlanacak karar incelemelerinin nitelikli olması gerekmektedir. Bu sebeple yazarlardan araştırma makalesi niteliğinde eserler hazırlamaları beklenmektedir.

Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Bu bağlamda, Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir.

Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlene ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

## YAZIM KURALLARI

### KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAZIM KURALLARI

1. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, bu metinde yer verilen kurallara uygun olarak hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması halinde, Editör Kurulu yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenmesini talep edebilir.
2. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, Türkçe ise Türk Dil Kurumu'nun belirlediği yazım kurallarına, İngilizce, Almanca veya Fransızca ise o dillerin genel yazım kurallarına uygun olması gerekmektedir.
3. Dergi'ye gönderilen çalışmanın Türkçe veya İngilizce dışında bir dilde kaleme alınması halinde, hem yazıldığı dilde başlık, özet ve anahtar kavramlar hem de Türkçe ve İngilizce başlık, özet ve anahtar kavramlar içermesi gerekmektedir.
4. Belge Biçimi ve Yazı Karakteri:
  - a. Dergi'ye gönderilen eserler, "Microsoft Word" programında ve "Times New Roman" yazı tipi karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.
  - b. Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stille sayfa sonunda verilir.
  - c. Paragraflar arasında veya başlıkların öncesinde ya da sonrasında tek satır boşluk bırakılmamalıdır.
  - d. Dergi'ye gönderilen eserler, Latin harfleri kullanılarak yazılmış olmalıdır.
5. Eser İçeriği ve Kelime Sınırları:
  - a. Dergi'ye gönderilen eserler; başlık (Türkçe ve İngilizce), yazar bilgisi, özet (Türkçe ve İngilizce), anahtar kavramlar (Türkçe ve İngilizce), metin, dipnot ve kaynakça içermek zorundadır.
  - b. Başlık; büyük harflerle, kalın (koyu) ve ortaya hizalı şekilde yazılmalıdır. Yine, aynı şekilde yazılmış İngilizce bir başlık da Türkçe

özetten sonra ve İngilizce özetin (“Abstract”) üzerinde yer almalıdır.

- c. Türkçe “Özet” ve İngilizce “Abstract” bölümlerinin, en az 100’er en fazla 200’er kelime olması gerekmektedir.
- d. Yazar isterse çalışmasına, Türkçe ve İngilizce başlık ve özetlere ek olarak, Almanca veya Fransızca başlık ve özet de ekleyebilir.
- e. Anahtar kavramların sayısının en az 3, en fazla 5 olması gerekmektedir. Anahtar kavramların İngilizcelerine (“Keywords”) yer verilmesi zorunludur.
- f. Dergi’ye gönderilen eserlerin metin bölümünün 40 sayfayı ve 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir. Başlık, özetler ve kaynakça bu kelime sınırına dâhil değildir.
- g. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının metin bölümünde; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlenme ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.
- h. “ÖZET”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kavramlar” ve “Keywords” ifadeleri italik ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır. Özet metinleri ve anahtar kavramlar ise italik şekilde yazılmalıdır.

#### 6. Başlık Biçimi:

a. Başlıklarda derecelerine göre aşağıdaki işaretlemeler kullanılmalıdır:

- (1) Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
- (2) İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- (3) Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- (4) Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- (5) Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.

- b. Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- c. “Giriş” ve “Değerlendirme” isimli başlıklar numaralandırılmamalıdır.
- d. Bütün başlıklar, 12 punto ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır.

#### 7. Atıf Yöntemi:

- a. Aşağıda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: [www.law.ox.ac.uk/oscola](http://www.law.ox.ac.uk/oscola)
- b. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
- c. Çalışmalarda, kısaltmalar cetveline yer verilmesi gerekmemektedir.
- d. Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

##### (1) Kitaplar:

Yazarın Adı Soyadı, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yer, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

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

##### (2) Editörlü Kitap Bölümleri:

Yazarın Adı Soyadı, “Eser (Bölüm) Adı” in Editörün(lerin) Adı Soyadı (ed./eds.), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

İzzet Özgenç/Burcu Baytemir Kontacı, “Yolsuzluk Olgusu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu: Uluslararası Örgütlerin İzleme ve Denetleme Mekanizmalarının ‘Şeffaflığın’ ve ‘Hesap Verilebilirliğin’ Sağlanmasındaki Rolü” in İzzet Özgenç/Cumhur Şahin/Faruk Turhan (eds.), 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri – Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, 281-302, s. 290.

### (3) Makaleler:

Yazarın Adı Soyadı, “Makale Adı”, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294, s. 287.

### (4) İnternet Ortamında Bulunan Kaynaklar:

Yazarın Adı Soyadı, Çalışmanın Başlığı, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, , Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 31-59, s. 35, Erişim Tarihi: 15.11.2021.

### (5) İnternet Siteleri ve Bloglar:

Eğer belirli bir yazarı bulunmayan bir sayfaya atıf yapılacaksa, yazarsız bir çalışmaya yapılan atıflarda olduğu gibi, ilgili sayfanın başlığına atıf yapılarak başlanır. Yine, internet sitesinde yayınlanma sayfası yoksa, yalnızca erişim tarihi verilir.

Yazarın Adı Soyadı (varsa), “Başlık” (İnternet Sitesi Adı, Yayın Tarihi (varsa)), Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Sarah Cole, “Virtual Friend Fires Employee” (Naked Law, 1 May 2009), Erişim Tarihi: 19.10.2021.

### (6) Mahkeme Kararları:

Mahkeme kararı atıflarında, kimi zaman ilgili mahkemelerin kendi kararlarına nasıl atıf yapılacağına ilişkin kılavuz ve kuralları bulunmaktadır. Atıf yapılacak kararlarda, eğer varsa bu kurallara uyulması zorunludur. Eğer böylesi kurallar bulunmuyorsa, aşağıdaki usulde atıf yapılır.

Mahkeme ve Daire Bilgileri (kısaltma kullanılabilir), (varsa) Dava Adı, Karar Sayısı, Karar Tarihi, (basılmış/yayımlanmış ise) Basım/Yayın Bilgileri.



Örnekler:

YCGK, 2015/1180 E., 2019/707 K., 10.12.2019.

AİHM, A.A. and Others v. Sweden, no. 14499/09, § ..., 28 June 2012.

e. Birden fazla yazar veya editörün bulunduğu eserlere atıf yapılırken, yazar veya editör ad ve soyadlarının arasına “/” noktalama işareti konulur.

f. Atıf yapılan bir esere yapılacak sonraki atıflar şu şekilde yapılır:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek:

Ayhan, s. 90.

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

Örnek:

Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

8. Kaynakça:

a. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, “ilk satır asılı” şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir.

Örnekler:

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

Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294.

b. Yararlanılan yargı kararlarına “Kaynakça”dan sonra “Kararlar” başlığı altında ayrıca yer verilmelidir.

9. Yazar Bilgileri:

a. Makaleler gönderilirken yazar bilgileri başlığın altında sağa hizalı şekilde yazılmış yazar isminin yanına yıldızlı dipnot konularak aşağıdaki

formatta verilmelidir.

b. Yazarın kurum bilgileri açık ve eksiksiz olmalıdır. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır.

- Yazar akademisyen ise:

Unvanı, Çalıştığı Üniversite ve Anabilim Dalı, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar akademisyen değilse:

(Varsa) Akademik unvanı, Uzmanlık Alanı, Çalıştığı Kurum, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar serbest avukatsa:

Avukat, Bağlı Olduğu İl Barosu, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Örnekler:

Serdar TALAS\*

Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye, e-posta: ... @istanbul.edu.tr.

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Dr., Anayasa Hukuku, T.C. Sayıştay, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Avukat, Ankara Barosu, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

## ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

### KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) ETİK İLKELERİ

#### I. Dergi Yayın Etiği

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), ulusal ve uluslararası düzeydeki akademik ilke ve etik değerlere bağlı bir yayın politikası izlemektedir. Bu bağlamda, Yükseköğretim Kurulu tarafından Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nde ve Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi tarafından Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Yayın Yönergesi'nde belirlenen esasların yanı sıra, uluslararası geçerliğe sahip COPE (Committee on Publication Ethics), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından ortaya konulan standartlar da Dergi'nin yayın politikasının esaslı unsurlarını teşkil etmektedir. Yayın etiğine ilişkin diğer ulusal veya uluslararası yönerge veya standartlar, yukarıda belirtilenlerle çelişmediği sürece, Dergi tarafından geçerli kabul edilmektedir.

2. Dergi bünyesinde gerçekleşen yayın değerlendirme süreci öncesinde, sırasında yahut sonunda, ilgili esaslara ve/veya standartlara aykırı olduğu objektif olarak tespit edilen eserlerin yayın talepleri reddedilir. Dergi'de yayımlanmış eserler bakımından böylesi bir tespitin yapılması halinde, ilgili eser yayından kaldırılır.

#### II. Editör Kurulunun Yükümlülükleri

1. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

2. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmeyle yükümlüdür.

3. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; Dergi'ye ilişkin her türlü iş ve işlemde tam iş birliği içerisinde hareket eder. Bu iş birliğinin özünü, Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması oluşturmaktadır.

#### III. Eser Sahiplerinin Yükümlülükleri

1. Eserlerinin Dergi'de yayımlanmasını isteyen eser sahipleri, 5846

sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine ve yukarıda anılan ulusal ve uluslararası esas ve standartlar ile Dergi tarafından kabul edilen diğer esas ve standartlara uymakla yükümlüdür.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelenebilir. Eser sahipleri incelemeye konu ettikleri yargı kararının bu niteliği taşıdığını taahhüt etmiş kabul edilir.

3. Eser sahipleri yayımlanmak üzere Dergi’ye gönderdikleri eserlerini ilgili hükümlere, esaslara ve standartlara uygun olarak hazırladıklarını taahhüt etmiş kabul edilirler.

#### **IV. Hakemlerin Yükümlülükleri**

1. Hakemler, Dergi veya Dergi’nin yetkili kıldığı birimler tarafından kendilerine gönderilen eserlerin eser incelemesini dikkatlice ve ivedilikle yerine getirir; eser değerlendirmesini uzmanlık alanlarına uygun olarak, tarafsız ve adil bir şekilde yapar.

2. Hakemler, değerlendirdikleri eserlerde akademik ilke ve etik değerlere, ulusal veya uluslararası esas veya standartlara aykırılık tespit ettiği takdirde, Dergi Editör Kurulu’nu derhal bilgilendirmekle yükümlüdür.

#### **KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAYIN POLİTİKASI**

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir. Dergi’ye gönderilen kararın bu niteliği taşıdığını, yazar taahhüt etmiş sayılır.

3. Dergi hakemli dergi statüsünde olduğundan, Dergi’de sadece hakem denetiminden geçen eserler yayımlanır.

4. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır. Dergi, ulusal standartlara ve kendi Etik İlkeler’ine ek olarak, Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayımlanan etik yayıncılık ilkelerini de benimser.

5. Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme

çalışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlenme ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

6. Çalışmalar Dergi'ye, Dergi'nin kurumsal e-posta adresi (hukuk.karardergi@hbv.edu.tr) üzerinden gönderilir.

7. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserler; özgün nitelikte, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar tarafından eserin gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

8. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserlerin Dergi'nin "Yazım Kuralları"na uygun olması gerekmektedir. Yazım Kuralları'nda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: [www.law.ox.ac.uk/oscola](http://www.law.ox.ac.uk/oscola).

9. Yazarlar, eserlerinin dergiye gönderdikleri hâliyle "basıma" hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Her bir çalışma, editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından değerlendirmeden geçirilir. Yapılan incelemede, bilimsellik ölçütlerine veya Dergi için öngörülen yazım kurallarına uymadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışları içerdiği tespit edilen eserler editörler tarafından geri çevrilir. Bu inceleme kapsamında intihal programında tarama da yapılır.

10. Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan eserler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

11. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, üçüncü bir hakem değerlendirmesine başvurulur. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanmayan metinler yazarına geri gönderilmez ve durum hakkında yazara bilgi verilir.

12. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi

doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir.

13. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve bu görüşlere ilişkin sorumluluk yazara aittir.

14. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm eserler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren eserler de dahildir.

15. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları; basılı, görsel, işitsel, sayısal gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.



Yapılacak atıflarda derginin adı KİD şeklinde  
kısaltılacaktır.

Cite as KID



# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Cilt: 2

Aralık 2023

Sayı: 2

## İÇİNDEKİLER

### **KAMU GÖREVLİSİ TARAFINDAN DÜZENLENEN RESMÎ BELGEDE GERÇEĞİN İÇERİĞE EKSİK OLARAK AKTARILMASINA İLİŞKİN**

Kamu Görevlisi Tarafından Düzenlenen Resmî Belgede Gerçeğin İçeriğe Eksik Olarak Aktarılmasının Ceza Hukuku Sorumluluğuna Etkisi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E. 2016/500, K. 2021/243 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme

**Eren AKPINAR ..... 1-22**

### **AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'Nİ İHLAL EDEN YASALARIN YAYINLANMASI VE UYGULANMASINDAN DOĞAN ULUSLARARASI SORUMLULUĞA İLİŞKİN:**

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Danışma Görüşü Oc-14/94: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ni İhlal Eden Yasaların Yayınlanması ve Uygulanmasından Doğan Uluslararası Sorumluluk

**Şeyma Nur DEMİRAY ..... 23-52**

### **SAHTE BELGE DÜZENLEMEK VEYA KULLANMAK SURETİYLE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN İŞLENMESİ VE İÇTİMAYA İLİŞKİN:**

Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçunun İşlenmesi ve İctima Bakımından Cezanın Belirlenmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2022/153, K. 2022/641 Sayılı Kararı

**Ahmet Can DULDA ..... 53-94**

**ADİL YARGILANMA HAKKI, SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ  
İLKESİ VE KANUNİLİK İLKESİNE İLİŞKİN:**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yüksel  
Yalçınkaya v. Türkiye Karar İncelemesi

**Efe Can KARABULAT .....95-176**

**MURİS MUVAZAASINA İLİŞKİN:**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "Muris Muvazaası"  
Hakkındaki 23.05.2019 Tarihli ve E. 2017/1263,  
K. 2019/603 Sayılı Kararının İncelenmesi

**Fikriye Ceren SADIOĞLU .....177-196**

# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Vol: 2

December 2023

No: 2

## C O N T E N T S

*The Effect of Incomplete Writing of the Truth to the Content in the Official Document Issued by a Public Officer on Criminal Liability: An Evaluation on the Decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation Numbered E. 2016/500, K. 2021/243*

**Eren AKPINAR .....1-22**

*Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights Oc-14/94: International Responsibility Arising from the Publication and Implementation of Laws in Violation of the Inter-American Convention on Human Rights*

**Şeyma Nur DEMİRAY ..... 23-52**

*Examination of the Decision of the Judiciary Regarding the Commission of the Offence of Tax Evasion by Issuing or Using Forged Documents and the Determination of the Penalty in Terms of Implication: Decision of the Criminal General Assembly of the Judiciary Numbered E. 2022/153, K. 2022/641*

**Ahmet Can DULDA..... 53-94**

*A Review of the European Court of Human Rights Case of Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye Decision*

**Efe Can KARABULAT.....95-176**

*Review Of The Decision Dated 23.05.2019 and Numbered 2017/1263-2019/603 Of The General Assembly Of Civil Chambers Of The Court Of Cassation On The “Collusion of Deceased”*

**Fikriye Ceren SADIÖĞLU .....177-196**





# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

## Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852

Cilt/Volume: 2

Sayı/No: 2

ARALIK/December 2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

**KAMU GÖREVLİSİ TARAFINDAN DÜZENLENEN RESMİ BELGEDE  
GERÇEĞİN İÇERİĞE EKSİK OLARAK AKTARILMASININ CEZA HUKUKU  
SORUMLULUĞUNA ETKİSİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULU'NUN E.  
2016/500, K. 2021/243 SAYILI KARARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

*The Effect of Incomplete Writing of the Truth to the Content in the Official Document Issued by a Public Officer on Criminal Liability: An Evaluation on the Decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation Numbered E. 2016/500, K. 2021/243*

**Eren AKPINAR\***

### ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 204/2'de, kamu görevlisinin belgede sahteciliği suç olarak düzenlenmiştir. Suça ilişkin kanuni tarifte, resmi bir belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi seçimlik hareket olarak yer almaktadır. Gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi, kamu görevlisinin belgeyi düzenlerken içeriğinde yer vermesi gereken hususları belirtmemesi veya gerçekte olduğu halden farklı olarak geçirmesi durumunda oluşur.

Çalışmamızda gerçeğe aykırı olarak düzenlenen belgede, gerçeğin içeriğe eksik olarak aktarılmasının failin ceza hukuku sorumluluğuna etkisi incelenmiştir. Bu kapsamda kamu görevlisinin gerçeğe aykırı olarak düzenlediği resmi belgenin, TCK m. 281'de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna sebebiyet verip vermeyeceği hususu ayrıca ihtimaller içerisinde değerlendirilmektedir.

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: erenakpinar@hotmail.com.tr, ORCID: 0000-0002-4206-995X

**Anahtar Kelimeler:** Sahte belge, gerçeğe aykırı belge, resmi belge, kamu görevlisi, suç delillerini gizleme.

### **ABSTRACT**

*In Article 204/2 of the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237, forgery of a document by a public official is regulated as a crime. In the legal definition of this crime, the issuance of a official document contrary to the truth is included as an optional act. The issuance of a false document occurs when the public official does not specify the issues that should be included in the content of the document while issuing the document or states it differently than it actually is.*

*In our study, the effect of the incomplete writing of the truth to the content of the false document on the criminal law responsibility of the perpetrator was examined. In this context, the issue of whether the official document issued by the public official contrary to the truth will cause the crime of destroying, concealing or changing the evidence of the crime regulated in Article 281 of the TPC has also been evaluated within the possibilities.*

**Keywords:** Forged document, false document, official document, public officer, concealing the evidence of crime.

## **I. Olay**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.06.2021 tarihli ve E. 2016/500, K. 2021/243 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; bir kamu hastanesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olarak çalışan A, hastası H'nin sezaryenle doğum ameliyatını yapar. Ancak ameliyattan 4 ay kadar sonra H rahatsızlanır ve genel sağlık durumunun kötüye gitmesi üzerine aynı sağlık kuruluşuna başvurarak sezaryen doğumu yaptıran A'ya muayene olur. Bu muayenede, sezaryen doğum sırasında H'nin karnında gazlı bez unutulduğu tespit edilir. Bu sebeple H ikinci kez ameliyata alınır. Ameliyat, A ile birlikte doktor B ve C'nin katılımlarıyla gerçekleştirilir. Ameliyat sırasında hastanın karnında bulunan gazlı bez çıkarılır. Ameliyat sonrasında doktorlarca tutulan "ameliyat kayıt defteri"nde ("cerrahi not"ta) H'nin vücudundaki apseye ilişkin bilgiye yer verilmiş iken, bu apsenin sezaryen doğum sırasında vücutta unutulmuş gazlı bezden kaynaklandığına ve gazlı bezin vücuttan çıkarıldığına dair bilgilere yer verilmez.

## **II. Çözümlemesi Gereken Hukuki Meseleler:**

Karara konu teşkil eden olayda çözümlenmesi gereken hukuki meseleler, sırasıyla şunlardır:

1) “Ameliyat kayıt defteri”nin hukuki mahiyeti ve gördüğü fonksiyon nedir? Bu defterin tutulmasına yönelik yükümlülüğün dayanağı nedir? Bu defteri tutmakla yükümlü olan kimlerdir? Bu defterde hangi bilgilere yer verilmesi gerekir?

2) Ameliyat sonrasında söz konusu defterde yer verilen bilgiler arasında hastanın vücudunda apse bulunduğu belirtilmesine rağmen, bu apsenin sezaryen doğum sırasında vücutta unutilan gazlı bezden kaynaklandığı ve bu gazlı bezin ameliyatla vücuttan çıkarıldığı bilgilerine yer verilmemesi, ameliyat kayıt defterindeki kayıtların sahteliği sonucunu doğurur mu? Şayet bir sahtelik mevcutsa hangi suç oluşur? Bunun özel sağlık kuruluşlarında çalışan doktorların ceza hukuku sorumluluğu bakımından doğurduğu sonuç ne olabilir?

3) Sezaryen doğuma ilişkin malpraktisin gizlenmesi amacıyla gerekli bilgilere yer verilmeksizin tutulan bu kayıtla, ayrıca TCK m. 281’de tanımlanan suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu oluşmuş mudur? Bu suç ihmali davranışla işlenebilir mi? Bu kayıtların sezaryen doğumu yapan doktorun yanı sıra doktor B ve C’nin müşterek imzasıyla tutulmasının, TCK m. 281’de tanımlanan suçtan dolayı sorumluluk üzerinde bir etkisi var mıdır?

### III. Mercilerin Çözüm Şekilleri

**Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi**, “...tamamen veya kısmen sahte bir evrak tanziminin, gerçek bir evrakın değiştirilmesinin sahit olmayan keyfiyet ve ifadelerin sahit imiş gibi gösterilmesi, gerçek bir belgeyi yok etme veya sahte evrakı kullanmanın söz konusu olmadığı, müşterinin karın içi ve bağırsaklarda harabiyete sebebiyet veren apsenin karın içinde unutilan gazlı bezden kaynaklandığı belli ise de, apse sebebinin bu şekilde ilgili evrakta belirtilmemesinin, memurun zaptına memur olduğu ifadeleri zaptetmeme şeklinde işlenen sahtecilik suçunu akla getirebileceği, ancak sahtecilik suçunun bu şekilde işlenebilmesi için memura yapılan beyanların zapta geçirilmemesi gerektiği, bu durumun da söz konusu olmadığı, bu hali ile sanıklar yönünden resmi evrakta sahtecilik suçunun maddi unsurunun oluşmadığı...” gerekçesiyle A, B ve C’nin kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçundan beraatine 05.05.2009 tarihinde karar vermiştir.

**Yargıtay 11. Ceza Dairesi**, “...Katılan ...’ün, kadın doğum uzmanı sanık A tarafından sezaryen ile doğum yaptırıldığı, H’nin rahatsızlıklarının devam etmesi üzerine 21.10.2004 tarihinde genel cerrah olan sanıklar B. ve C’nin katılımıyla yeniden alındığı ameliyatta, ilk ameliyat sırasında katılanın

*karnında unutulmuş olan gazlı bezin çıkarıldığı, ancak adı geçen sanıklar tarafından bu durumun ameliyat ve tedavi evraklarına aksettirilmediğinin iddia olunması, katılan anlatımları, ameliyatta görevli tanık hemşireler ..., ..., ...'ın, doktor ...'ın ameliyata dahil olduktan sonra gazlı bezin çıkarıldığını gördüklerini beyan etmeleri, sanık A'nın gazlı bezi çıkarttığını savunması, Adli Tıp Kurumununun 30 Haziran 2006 tarihli raporunda 'apse poşunun içinde gaz görüldüğünün bildirilmesine karşılık operasyon kayıtlarında yabancı cisme ait herhangi bir kaydın bulunmadığı, batında herhangi bir operasyon sırasında kendi başına geç dönemde ortaya çıkan (3,5 ay sonra) bu tipte bir apsenin oluşumunun mümkün görülmediği, bu apsenin içeride unutulmuş olan bir yabancı cisme bağlı geliştiğinin' tespit edilmesi karşısında, sanık doktorların ameliyat sırasında gözlemedikleri ve normal olmadığı aşikâr olan durumu, görevleri gereği tanzim etmek zorunda oldukları tıbbi belgelere işlemekle görevli oldukları halde, ilk ameliyatı yapan doktor sanığın eylemini soruşturma tehdidinden kurtarmak maksadıyla apsenin batında unutilan gazlı bez nedeni ile oluştuğunu bilerek ifade etmemek suretiyle gerçek durumu yansıtmayan biçimde belge düzenledikleri böylece atılı suçun unsurlarının oluştuğunu..." dikkate alarak 23.09.2013 tarihinde beraat kararını bozmuştur.*

**Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi**, bozmaya uyarak A, B ve C'nin kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve hak yoksunluklarına 17.04.2014 tarihinde karar vermiştir.

**Yargıtay 11. Ceza Dairesi**, ilk derece mahkemesi kararını düzelterek 11.11.2015 tarihinde onamıştır.

**Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı**, A, B ve C hakkındaki karara "... somut olayda, belirtilen kural gereği ameliyat sonrası kayıt yapılması gereken ameliyat kayıt defterine, ilk ameliyatı yapan ve ameliyatın başından sonuna kadar bulunan kadın doğum uzmanı sanık A tarafından ameliyat evresi yazılmıştır. Sanık B ise cerrahi notu yazmıştır. Ameliyat kayıt defterinde apse izlendiği ve boşaltıldığı, kolon ve bağırsakların dikildiği belirtilmiş, sanık B tarafından yukarıda belirtilen şekilde cerrahi notu düzenlenmiştir. Her iki belgede de ameliyatta katılan H'nin karnından gazlı bez çıkarıldığı belirtilmemiştir. Sanık C ise, ameliyata gazlı bezin de çıkarılmasından sonra katılmış, ameliyata ilişkin herhangi bir belge düzenlenmemiştir. Resmi memur olan sanıklar A ve B tarafından, katılanın karnından gazlı bez çıkarıldığının düzenlemiş oldukları söz konusu belgelerde belirtilmeleri gerekirken belirtmemişlerdir. Böylelikle, bizzat içinde yer aldıkları bir olayı (vakıayı)



*düzenledikleri resmi belgelere kaydetmemişlerdir. Ancak, gerçekleştirmiş oldukları bu eylem, suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 339 ve 340. maddelerinde öngörülen ve yukarıda 4 bend halinde sayılan tipik fiillerden herhangi birine de uygun düşmemektedir. Sanıkların fiillerinin kanunun söz konusu ilgili maddelerdeki tarifine uygun düşmemesi nedeniyle, atılı resmi belgede sahtecilik suçunun maddi unsuru gerçekleşmediğinden bu suçtan cezalandırılmaları olanaklı değildir. Sanık C'nin ise ameliyatın evrelerine ilişkin düzenlemiş olduğu herhangi bir belge ve diğer sanıklara söz konusu belgelerin düzenlenmesi sırasında iştirak ettiğine ilişkin bir kanıt bulunmamaktadır. Sonuç olarak; 1) Sanıklar A ve B'nin eylemlerinin, kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçunu değil, 765 sayılı TCK'nın 240 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 257. maddelerinde öngörülen "görevi kötüye kullanma" suçunu oluşturduğu, 2) Suçu bildirmeme suçundan diğer sanıklardan B gibi hakkında Biga Asliye Ceza Mahkemesi'ne ayrıca kamu davası açılıp, davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilen sanık Cyönünden ise, ameliyata ilişkin herhangi bir belge düzenlememiş olması nedeniyle, beraat hükmü kurulması gerektiği" değerlendirmesiyle 22.12.2015 tarihinde itirazda bulunmuştur.*

**Yargıtay Ceza Genel Kurulu, A hakkında,** "...Sanık A'nın aşamalarda daha önceden yapılan sezaryen ameliyatında katılan H'nin karnında gazlı bez unutulmadığını savunmuş ise de diğer sanık B, tanıklar HO, KA ve NY'nin beyanları, Adli Tıp Kurumunun 30.06.2006 tarihli ve 2887 sayılı raporu ile tüm dosya kapsamından, 21.10.2004 tarihinde katılan H'nin ameliyatına sanık A'nın tek başına başladığı, daha sonra cerrahi müdahale gerektirmesi nedeniyle diğer sanık B'yi de ameliyata çağırdığı, ameliyata giren B'nin ameliyat bölgesini biraz daha açtığına karın içerisinde unutulmuş gazlı bezi gördüğü, bu gazlı bezi çıkardığı ve çöpe attığı, bu aşamaların tamamına sanık A'nın da şahit olduğu, ancak buna rağmen sanık A'nın doldurduğu ameliyat kayıt defterinde katılan H'nin karnından çıkarılan gazlı bezden bahsetmediği anlaşılmalı, sanık A'nın düzenlediği bu belgede katılan H'nin karnı içinde oluşan iltihaba ve bağırsaklarındaki delinmelere neden olan gazlı bezden bahsetmesi gerekirken kasıtlı şekilde bahsetmeyerek gerçeğe aykırı belge düzenlediği, bu suretle sanık A'ya yüklenen kamu görevlisinin resmî belgede sahteciliği suçunun unsurları itibarıyla oluştuğu kabul edilmelidir..." değerlendirmesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine 04.05.2020 tarihinde karar vermiştir.

**Yargıtay Ceza Genel Kurulu, B ve C hakkında,** "...A'ya iştirak

*ettiklerine dair adı geçen sanığın aşamalarda çelişen savunmaları dışında delil bulunmayan ve belirtilen belgenin ameliyata başlayan sanık A tarafından doldurulması gerektiği düşüncesiyle hareket eden sanıklar B ve C'nin sahtecilik kast ve iradesini haiz olmadıkları, ancak; ameliyata katılmış olmalarına, katılan H'nin karnından gazlı bez çıktığını bilmelerine ve ameliyathane kayıt defterinin ameliyata katılan doktorlar bölümünde kendi isimlerinin de yer alması nedeniyle bu belgeye yazılan notların kendileri açısından da sorumluluk doğuracak olmasına rağmen, sanıklar B ve C'nin belirtilen belgeyi diğer sanık A ile ortak bir irade içinde doldurmaları gerekirken bu sorumluluğun, ameliyata başlayan doktor olan sanık A'ya ait olduğu inancıyla adı geçen belgenin doldurulması aşamasına katılım göstermeyerek görevlerinin gereklerine aykırı hareket ettikleri, bu suretle sanıklar B ve C'nin eyleminin TCK'nun 257. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu..." ifade ederek mahkûmiyetlerinin dava zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle bozulmasına 02.06.2020 tarihinde karar vermiştir.*

#### IV. Değerlendirmeler

**1) “Ameliyat kayıt defteri”nin hukuki mahiyeti ve gördüğü fonksiyon nedir? Bu defterin tutulmasına yönelik yükümlülüğün dayanağı nedir? Bu defteri tutmakla yükümlü olan kimlerdir? Bu defterde hangi bilgilere yer verilmesi gerekir?**

Belgede sahtecilik suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 204 ila 212. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Belgede sahtecilik suçlarından söz edebilmek için; sahte olarak düzenlenmesi, muhataplarını aldatacak şekilde değiştirilmesi, sahte olarak kullanılması, bozulması/yok edilmesi/gizlenmesi gereken bir belgenin varlığı gerekir<sup>1</sup>.

Belge kavramına ilişkin bir tanım TCK'da yer almamakla birlikte, 204. maddenin gerekçesinde belge, “yazılı kağıt anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, yazılı kağıt niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun, belge niteliği taşımamaktadır.” denilmek suretiyle ifade edilmiştir<sup>2</sup>. Öğretide ise kavram düzenleyicisi belli olan, içeriği ile birlikte hukuki bir hüküm ifade eden yazılar olarak tanımlanmıştır<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ahmet Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 47.

<sup>2</sup> Belge kavramı mevzuatımıza 5237 sayılı TCK ile birlikte girmiştir, Mehmet Emin Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 750.

<sup>3</sup> Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 47; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 134; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım,

Belgelerin resmi, özel ve resmi belge hükmünde olmak üzere üç çeşidi bulunur<sup>4</sup>. Yargılamaya konu olayda, sahteliği tartışılan belge, ameliyat kayıt defteridir. Çalışmamızda belgede sahteciliğe ilişkin bir değerlendirme yapmadan önce ameliyat kayıt defterinin gördüğü hukuki mahiyet ve görev kapsamında düzenlenmesine ilişkin yükümlülüğün öncelikle ortaya konması gerekmektedir. Zira resmi belgede sahtecilik suçundan söz edebilmek için kamu görevlilerinin görevleri kapsamında düzenlemekle yetkili oldukları bir resmi belgenin tespiti gerekir<sup>5</sup>.

Resmi belge, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemekle yetkili olduğu belgedir<sup>6</sup>. Bir belgenin, resmi belge olarak kabulü için mevzuatın belirlediği usul ve esaslara uygun bir şekilde kamu görevinin gereği olarak meydana getirilmesi gerekir<sup>7</sup>. Ameliyat kayıt defterinden, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 114. maddesinde, “*Ameliyatı yapan uzman, ameliyatın sonunda yaptığı ameliyatı ameliyat kayıt defterine kaydeder.*” denilmek suretiyle bahsedilmiştir. Bu husus dikkate alındığında, kamu görevlisi olan doktorun görevi kapsamında ameliyat kayıt defteri düzenlemesi durumunda, oluşturduğu ameliyat kayıt defteri resmi belge niteliğine sahip olacaktır. Ameliyat kayıt defterinin, kamu görevlisi olmayan özel bir sağlık kuruluşunda çalışan doktor tarafından düzenlenmesi durumunda ise böyle bir belge resmi belge niteliğini kazanamayacaktır. Özel belgedir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 114. maddesinde, ameliyat kayıt defterinin, ameliyatın sonunda işlemi gerçekleştiren uzman doktor tarafından kayıt altına alınacağı düzenlenmiştir. Kayıt defterinin nasıl doldurulacağı, hangi hususların içeriğinde bulunacağı hükmünde yer almamaktadır. Bu durum sebebiyle ameliyat kayıt defterinde hangi bilgilerin yer almasının gerektiğinin tespitinde, bir yazının belge olarak kabulü için

10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 226; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 835; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, 19. Baskı, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 1041; Veli Özer Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 753.

<sup>4</sup> Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 75; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 839.

<sup>5</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 733.

<sup>6</sup> Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 75, Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 839.

<sup>7</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 1046; Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 758.

aranan unsurların yol gösterici olacağı kanaatindeyiz<sup>8</sup>.

Belgelerin, sahip oldukları içerik itibarıyla ispat aracı olması, bir irade beyanını aktarması, açıklaması veya varlığı ile bir şeyin gerçekliğinin tespitini sağlaması gerekir<sup>9</sup>. Hukuki bir içeriğe sahip olma olarak ifade edilen belgenin bu unsuru, belgenin düzenlenmesiyle birlikte hukuk âleminde bir etki doğurmasını, hukuki bir hüküm ifade etmesini karşılar<sup>10</sup>. Belgeler, sahip oldukları içerikle birlikte kendi varlığı dışındaki hukuki öneme sahip bir konuda delil teşkil eder. Bu nedenle belgenin düzenleniş sebebi açısından zorunluluk ifade eden, hukuken önemli ifadelerin/olayların içeriğine aktarılması gerekir<sup>11</sup>.

Ameliyat kayıt defteri, gerçekleştirilen ameliyat ve onun seyri sırasındaki olayları belgelendirmek amacıyla düzenlenmektedir. Ameliyat kayıt defterinin gerçekleştirilen ameliyat açısından ispat aracı olduğu dikkate alındığında; içeriğinde hangi ameliyatın gerçekleştirildiği, kimlerin işleme katıldığı, ameliyata ilişkin evreler, ameliyat sırasında karşılaşılan durumlar ve uygulanan önlemler gibi delil aracı olduğu ameliyata ilişkin önemli hususları içeriğinde barındırması gerekir. Gerçekleştirilen ameliyata ilişkin önem arz eden bu hususların ameliyat kayıt defterinin içeriğine yansıtılmaması, belgenin göstermesi gereken delil fonksiyonunu yerine getirmesini önler. Öyleyse gerçekleştirilen ameliyatla ilgili olan ve hukuken önem arz eden olayların içerikte yer alması bir zorunluluktur.

Öte yandan ameliyat kayıt defterinin içeriğine, ameliyata katılan uzman doktorların kimler olduğunun yazılması, belgenin bir diğer unsuru olan kim tarafından düzenlendiğinin tespit edilebilir olmasını da sağlayacaktır. Bir belgenin kim tarafından düzenlendiği, belgenin içeriğinden veya üzerindeki

---

<sup>8</sup> Ceza hukuku anlamında bir yazının belge olarak kabulü için, belgenin yazılılık, hukuki bir içeriğe sahip olma ve düzenleyicisinin belirli olması şeklinde üç unsurunun bulunması gerekir. Olayımız itibarıyla belgenin içeriğine yazılması gereken hususları tespitinde hukuki bir içeriğe sahip olma unsuru belirleyici olacaktır. Bununla birlikte düzenleyicisinin belirli olması unsuru da belgenin kim tarafından meydana geldiğinin belgeden tespitini sağlar. Bu husus dikkate alındığında ameliyat kayıt defterinin ceza hukuku alanında belge olarak kabulü için ameliyata katılan doktorlar tarafından imzalanması veya en azından düzenleyeninin içeriğinden anlaşılması gerekir.

<sup>9</sup> Sahir Erman, Sahtekarlık Suçları, İ. Ü. Fen Fakültesi Basım Atölyesi, İstanbul, 1987, s. 319; Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 755.

<sup>10</sup> Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 319; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısımlar, s. 229; Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 755.

<sup>11</sup> Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 432.

imzalar aracılığıyla tespit edilen bir unsurdur<sup>12</sup>. Kim tarafından düzenlendiği yazının içeriğinden veya üzerinde bulunan imzalardan anlaşılmıyorsa, bu şekilde meydana getirilen bir yazı belge niteliğine sahip değildir. Ameliyat kayıt defterinin niteliği itibarıyla, kim tarafından düzenlendiğinin imzalar yoluyla tespiti daha yerinde olacağından, defterin işlemi gerçekleştiren uzman doktorlar tarafından imzalanması ayrıca bu unsur gereğince de bir zorunluluktur.

**2) Ameliyat sonrasında söz konusu defterde yer verilen bilgiler arasında hastanın vücudunda apse bulunduğu belirtilmesine rağmen, bu apsenin sezaryen doğum sırasında vücutta unutulmuş gazlı bezden kaynaklandığı ve bu gazlı bezin ameliyatla vücuttan çıkarıldığı bilgilerine yer verilmemesi, ameliyat kayıt defterindeki kayıtların sahteliği sonucunu doğurur mu? Şayet bir sahtelik mevcutsa hangi suç oluşur? Bunun özel sağlık kuruluşlarında çalışan doktorların sorumluluğu bakımından doğurduğu sonuç ne olabilir?**

Olayda yer alan ameliyat kayıt defterindeki kayıtların sahte olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmadan önce ilk olarak kısaca sahtecilik kavramına, daha sonra da belgede sahteciliğin türleri olan maddi ve fikri sahteciliğe yönelik açıklamalarda bulunmak gerekmektedir.

Sahtecilik, gerçeğin herhangi bir şekilde değiştirilmesini, bozulmasını ifade eder<sup>13</sup>. Gerçekte var olmayan bir şeye, gerçekmiş görüntüsü verilmesi, gerçeğin değiştirilmesi sahteciliğe sebebiyet verir<sup>14</sup>. Bünyesinde hile barındıran, aldatmaya elverişli olan, aslında var olmayan her şey sahtedir<sup>15</sup>.

Sahtecilik, kişilerin haksız bir menfaate erişmek için kullandığı vasıta<sup>16</sup>. Kavram, geniş anlamıyla birlikte kanun koyucu tarafından suç

<sup>12</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 516.

<sup>13</sup> Sahte, kelime anlamı olarak “bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece; uydurma; gerçek olmayan, yalancı”yı karşılamaktadır, TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi 05.11.2023.

<sup>14</sup> Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 506.

<sup>15</sup> Erman, *Sahtekarlık Suçları*, s. 1.

<sup>16</sup> Erman, *Sahtekarlık Suçları*, s. 1.

olarak düzenlenmiş bütün yalan şekillerini bünyesinde barındırır<sup>17</sup>. Ancak zaman içerisinde sahtecilik kavramına ilişkin bu kabul daraltılmış, toplumun doğruluğuna ve gerçekliğine inanmasının zorunlu olduğu para, mühür, damga ve belgelerde gerçekleştirilen hileleri karşılayacak hale gelmiştir<sup>18</sup>. Bunlar içerisindeki inceleme konumuzu da oluşturan belgede sahteciliklere, belgenin toplumsal hayat içerisinde hukuki sonuç doğuran bir fonksiyona sahip olması (delil niteliği taşıması) sebebiyle sıkça haksız menfaat elde etmek isteyen kişilerce başvurulmaktadır.

Belgede sahtecilik, bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgenin muhataplarını aldatacak şekilde değiştirilmesi, belgeyi düzenlemekle yetkili kişinin gerçeğe aykırı olarak bir belge düzenlemesi gibi farklı şekillerle meydana gelebilir. Belge üzerinde gerçekleştirilen bu sahtecilikler, maddi sahtecilik ve fikri sahtecilik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Maddi sahtecilik, belgenin fiziki varlığıyla ilgili olarak gerçekleştirilir<sup>19</sup>. Doğrudan belgenin maddi varlığı üzerinde uygulanan değişiklikleri ifade eder<sup>20</sup>. Maddi sahtecilikle birlikte fail, kişiler açısından aldatıcı sahte bir belge meydana getirir. Belge, baştan itibaren sahte olarak düzenlenebileceği gibi, fail tarafından gerçek bir belge üzerinde sonradan değişiklik yapılması yoluyla da oluşturulabilir<sup>21</sup>. Düzenlenmiş bir belge üzerinde sonradan yapılan silme, ekleme, karalama gibi işlemler yine bu kapsamda maddi sahteciliğe sebebiyet verecektir. Maddi sahtecilik, hem resmi belgelerde hem de özel belgelerde gerçekleştirilebilir.

Fikri sahtecilik, bir belgenin gerçeğe aykırı olarak meydana getirilmesidir<sup>22</sup>. Kamu görevlisinin belgeyi düzenlerken içeriğinde yer vermesi

<sup>17</sup> Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 1; Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 12.

<sup>18</sup> Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 1; Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 12.

<sup>19</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 522.

<sup>20</sup> Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 174; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 522.

<sup>21</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 843.

<sup>22</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısımlar, s. 234; "...Medikal isimli iş yerinde diş hekimi olan sanığın, katılanın kızına estetik porselen diş tedavisi uyguladığı halde estetik amaçlı yapıldığından bahisle bedelinin ödenmeyeceği düşüncesi ile farklı işlemler yapıldığına dair gerçeğe aykırı içerikli 16.01.2009 tarihli fatura düzenlediği iddiası ile açılan davada; kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu sanığın, düzenlediği belge özel belge olmakla birlikte düzenleyicisi olan sanık tarafından düzenlenmiş olması fakat içeriğinin gerçeğe aykırı olması nedeni ile eyleminin fikri sahtecilik olduğu ve TCK'nun 210/2. fıkrasında özel

gereken hususları belirtmemesi veya gerçekte olduğu halden farklı geçirmesi durumunda oluşur. Sahteciliğin bu şekli, belgenin fikri içeriğine yöneliktir. Maddi sahtecilikten farklı olarak, belgenin maddi varlığı (fiziki) üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmaz. Yalnızca bir belgeyi düzenlemekle görevli olan kamu görevlisi, gerçeğe aykırı olarak bir belge düzenler. Fikri sahtecilik hususu, TCK m. 204/2’de kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu belgeyi, “gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi” suça ilişkin seçimlik hareketle yer almıştır<sup>23</sup>.

Fikri sahtecilik yalnızca resmi belgelerde gerçekleştirilebilir. Resmi belge, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemekle yükümlü olduğu belgedir. Bu belgelerin, kamu görevlisi tarafından huzurunda gerçekleşen olayların ve irade beyanlarının olduğu gibi aktarılması suretiyle meydana getirilmesi gerekir<sup>24</sup>. Bu yükümlülük yani içeriği itibariyle gerçeğe uygun bir belge meydana getirilmesi ancak kamu görevlilerine yüklendiğinden, fikri sahtecilik resmi belgelerde işlenebilmektedir<sup>25</sup>. Özel belgelerde fikri sahtecilik TCK’da suç olarak düzenlenmemiştir.<sup>26</sup>

Fikri sahtecilikte, kamu görevlisi şekli olarak gerçeğe uygun ancak içeriğiyle sahte bir belge meydana getirir. Bu durum, huzurunda gerçekleşmemiş olayların/ifadelerin huzurunda olmuş gibi gösterilmesi, gerçekleşmiş olayların

---

*düzenleme içeren sağlık mesleği mensuplarının fikri sahteciliği olan gerçeğe aykırı belge düzenlemek suçunu oluşturduğu gözetilmeden özel belgede sahtecilik suçundan hüküm tesisini...*”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 17.09.2015 tarihli, E. 2013/9727 ve K. 2015/28726 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 08.11.2023.

<sup>23</sup> Sahte belge ile gerçeğe aykırı belge kavramlarının birbirinden farklı olduğu, maddi sahtecilik ve fikri sahtecilik şeklindeki Türk öğretisinde yer alan ayrımın kafa karıştırıcı olduğuna ilişkin görüş için bkz. Başar Pancaroğlu, “Sahte ve Gerçek Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2022, 28(2), 806-847, s. 825.

<sup>24</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 853; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısımlar, s. 241.

<sup>25</sup> Veli Özer Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 539.

<sup>26</sup> Özel belgede fikri sahteciliğe ilişkin olarak istisnai bir hüküm, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 359/2’de yer almaktadır. VUK m. 359/2’ye göre, “*defter kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında on sekiz aydan beş yıla hapis cezasına hükmolunur.*”. Hükümde belirtildiği şekli ile örneğin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olarak gerçeğe aykırı bir fatura düzenlenmesi durumunda, kişi fikri sahteciliğe ilişkin belirtilen özel hüküm gereğince cezalandırılacaktır.



hiç veya gereği gibi belgeye işlenmemesiyle ortaya çıkar<sup>27</sup>. Kamu görevlisinin bu kapsamda belgede gösterilmesi gereken bir beyanı veya hukuken önem taşıyan bir olayı özellikle gizlemek için kısmi olarak geçirmesi de sahteciliğe sebebiyet verecektir<sup>28</sup>. Burada önemli olan belgenin içeriğine aktarılmayan hususun, belgenin ispat fonksiyonu görmesi için düzenlenmesine sebep olan durum/olay bakımından ifade ettiği zorunluluktur. Ancak şu da unutulmamalıdır ki resmi belgede sahtecilik suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suça ilişkin kanuni tarifte failin aldatma amacıyla hareket etmesi ayrıca belirtilmemiş olsa da kişinin seçimlik hareketleri gerçekleştirirken muhataplarını aldatmak için hareketlerini gerçekleştirip gerçekleştirmediğini tespit etmek gerekir<sup>29,30</sup>.

<sup>27</sup> Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 429; Devrim Güngör, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 92.

<sup>28</sup> Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 432; Gülfer Akın, Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 303.

<sup>29</sup> Sahte veya gerçeğe aykırı belgenin, belgenin muhataplarını aldatmaya müsait olması veya bunun fail tarafından öngörülmesi kastının ortaya konması bakımından yeterlidir, Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 853; Yargıtay'ın da taraftarı olduğu belgede sahtecilik suçlarında kastın failin zarar verme bilinci ve iradesi olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 468; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 239; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 534; Failde zarar verme bilinci ve iradesiyle hareket etmesinin zorunlu olmadığı, gerçekleştirdiği sahtecilik fiili ile gerçeği değiştirdiğini bilmesinin yeterli olduğuna ilişkin görüş için bkz. Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 774; Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 214; Güngör, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, s. 32.

<sup>30</sup> Yargıtay'ın belgede sahtecilik suçlarında kastı açıklarken zarar verme bilinci ve iradesi temelinden hareket ettiği görülmektedir, "Sanık ...'ın, babası .... adına olan ayakkabıcı dükkanını kendisinin işlettiğini, sanık ...'in de rahatsızlığı sebebiyle ticari faaliyetlerin sanık ... tarafından yürütüldüğüne ilişkin beyanları karşısında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.1992 gün ve 80/98 Sayılı kararında da vurgulandığı üzere, hesap sahibinin önceden verdiği açık ya da örtülü rıza üzerine onun yerine çeki imzalayarak kullanan failde zarar verme bilinci bulunmayacağından suç kastının varlığının ileri sürülemeyeceği, sanıkların beyanlarında işlerin sanık ... tarafından yürütüldüğünü belirtmeleri nedeniyle hesap sahibinin zımnı rızasının varlığı kabul edileceğinden, sanığın suç kastıyla hareket ederek üzerine atılı suçları işlediğine dair mahkumiyete yeter kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı anlaşılmalı; sanığın resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine hükmedilmesi.", Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 12.01.2021 tarihli, E. 2019/14012 ve K. 2021/147 sayılı kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 10.12.2023; "sanık G.A. ile katılan arasındaki ticari ilişkinin niteliği ve suça konu çekin hangi amaçla verildiği kesin olarak saptanamamakta ve esasen bu konudaki uyumsuzluk özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenecek nitelikte bulunmakla birlikte, sanığın suça konu çeki önceden mevcut rızaya dayalı olarak keşide ederek, katılana verdiği, çekin başlangıçta hesap sahibi A.A. tarafından katılanın annesi Z.D. adına keşide edildiği, ancak bilahare katılanın isteği üzerine annesinin adının üzeri çizilerek, kayıvalidesi F.T. adının hamil olarak yazıldığı ve keşideci olarak sanık G.A. tarafından imzalandığı saptanmış, gerek çeki keşide ederek imzalayan fail G.A., gerekse hesap sahibi sanık A.A.'nın zarar verme bilinciyle hareket ettiği yönünde herhangi bir kanıt elde edilememiş, dolayısıyla atılı suçun



Resmi belge düzenlenirken içeriğine aktarılmayan bir hususun kamu görevlisi tarafından önemsiz görülmesi veya belge düzenlenirken içeriğe yazılmasının unutulması hallerinde, muhatapları aldatmak istenmediğinden resmi belgede sahtecilik suçu oluşmaz. TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun somut olay özelinde tartışılması gerekir.

Bu bilgiler ışığında incelemeye konu olayı değerlendirecek olursak, ameliyat kayıt defterinde apseye sebebiyet veren gazlı beze ilişkin herhangi bir ifadenin yer almaması, belgenin düzenlenmesi açısından önem taşıyan bir hususun belgenin içeriğine aktarılmaması anlamına gelir. Ameliyat kayıt defteri, ameliyat açısından ispat fonksiyonu görmektedir. Ameliyata dair önemli olayların belgelendirilmesini sağlar ve hukuk düzeninde delil değeri taşımaktadır. Kamu görevlisi olan doktorların kendi huzurunda gerçekleşen ve belgenin ispat fonksiyonuyla ilgili önemli durumları içeriğe aktarması şarttır. Yapılmaması, gerçeğe aykırı bir belgenin düzenlenmesine sebep olur. Burada önemli olan, belgenin delil fonksiyonu açısından zorunluluk teşkil eden bir hususa, düzenleyen tarafından muhatapları aldatmak amacıyla mı belgenin içeriğinde yer verilmediğidir. Bir belgenin muhataplarını aldatmak için gerçeğe aykırı düzenlenmesi, sahteciliğe sebebiyet verir<sup>31</sup>. Sahtecilik, önemli olayların içeriğe tamamen geçirilmemesi şeklinde olabileceği gibi, gerçeğin kısmi olarak aktarılmamasıyla da yapılabilir.

Karara konu olayda, kamu görevlisi olan doktorlar düzenledikleri ameliyat kayıt defterine, hastanın vücudunda unutulmuş gazlı bezin (önceki sezaryen ameliyatı sırasında) apseye sebebiyet verdiğine ve bunun ameliyatla çıkarıldığına ilişkin bir ifade yazmamışlardır. Bunu yaparken, gerçeğe aykırı ameliyat kayıt defteri ile önceki sezaryen ameliyatta unutulmuş gazlı bezin varlığını<sup>32</sup> belgenin muhataplarından gizlemek istemişlerdir. Belgede gazlı bezin varlığına dair bir bilgi verilmediği gibi, vücuttan çıkarılınca bez de doğrudan çöpe atılmıştır. Ameliyat kayıt defterinin tutulması yükümlülüğü,

*kasıt (manevi) ögesi itibarıyla oluşmadığı anlaşılmıştır... ”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25.04.2004 tarihli, E. 2004/6-93 ve K. 2004/126, <https://lib.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 10.12.2023.*

<sup>31</sup> Erman, Sahtekarlık Suçları, s. 429; Güngör, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, s. 91.

<sup>32</sup> Gazlı bezin unutulması neticesinde, hastanın karın bölgesinde apse meydana gelmiş, bunun devamında da bağırsakları delinmiştir. Bu haliyle, doktorun sezaryen ameliyatı bitirdikten sonra kendisinin işlemde kullandığı gazlı bezi almaması dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranıştır. Bunun neticesinde hasta H, yaralanmıştır. İlk ameliyatı gerçekleştiren kadın doğum uzman A’nın ayrıca TCK m. 89 taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluğu doğacaktır.

doktorlara Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 114 gereğince verilmiştir. Bu hükümde, belgenin nasıl tutulacağı ve içeriğinde hangi hususların yer alacağı belirtilmese de defterin düzenlenme amacının gerçekleştirilen ameliyata ilişkin hususları delillendirmek olduğunu söylemek gerekir. Ameliyat kayıt defteri, bu haliyle ameliyat açısından önemli olan ve delil teşkil ettiği hususları içermelidir. Olayda gerçeğe aykırı olarak meydana getirilen ameliyat kayıt defteri, belgenin ortaya koyması gereken önemli bir hususa ilişkin bilgiyi barındırmamaktadır. Bu haliyle ameliyat kayıt defteri, gazlı bezin vücuttan muhataplarını aldatmak üzere gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiştir.

Bir belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin kabulü için, belgenin her zaman var olan bir olayın/durumun varlığına ilişkin olumsuz bir ifade barındırması gerekmez. Bazen düzenleyenler tarafından o hususa dair herhangi bir kayıt belirtilmeyerek de sahte bir gerçekliğin delillendirilmesi mümkündür. İşte olayda yer alan ameliyat kayıt defteri, bu haliyle gerçeğe aykırı sahte bir belgedir. Defteri bu şekilde muhataplarını aldatmak için düzenleyen A, B ve C'nin kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliğini cezalandıran TCK m. 204/2 kapsamında cezalandırılması gerekir<sup>33</sup>.

İkinci bir ihtimalde, eğer olayda A dışındaki doktorlar (B ve C) ameliyat kayıt defterinin A tarafından düzenlenmesine izin verip belge içeriğini incelemeyen imza atmışlarsa, bu kişiler açısından muhatapları aldatma amacı olmayacağından, fiilleri sadece TCK m. 257'de yer alan görevi kötüye kullanma suçuna sebebiyet verir. Bu durumda B ve C, belge içeriğini ortak bir irade ile doldurmaları gerekirken, A'nın belgeyi gerçeğe uygun şekilde dolduracağını düşünerek imza atmaktadırlar. B ve C, fiilleriyle görevlerine aykırı hareket etmiş olur. Zira her biri Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 114 gereğince ameliyat kayıt defterini oluşturmada, belgenin gerçeğe uygun şekilde düzenlenmesi konusunda yükümlüdürler.

İncelediğimiz olayda ameliyat kayıt defterini gerçeğe aykırı olarak düzenleyen doktorlar bir kamu hastanesinde çalıştıklarından dolayı, sorumluluklarının kamu görevlisinin belgede sahteciliğini düzenleyen TCK m. 204/2'den olacağını ifade etmiştik. Olayın bir özel hastanede gerçekleşmesi durumunda kişilerin ceza hukuku sorumluluğunun ayrıca değerlendirilmesi

<sup>33</sup> A, B ve C, bir kamu hastanesinde çalışan doktorlar olduğundan düzenlemiş oldukları gerçeğe aykırı belge sebebiyle TCK m. 204/2'de yer alan kamu görevlisinin belgede sahteciliğini cezalandıran hükümden sorumlu olacaktırlar. Madde, kamu görevlisinin resmi belge üzerinde gerçekleştirdiği sahteciliği cezalandırmaktadır.

gerekir. Bir başka ifadeyle gerçeğe aykırı bir ameliyat kayıt defterinin-belgenin kamu görevlisi olmayan doktorlar (özel sağlık kuruluşlarında çalışan) tarafından düzenlenmesi durumunda sorumlulukları kamu görevlisi olarak görev yapanlardan farklı olacaktır. Şöyle ki:

TCK m. 210/2’de kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan sağlık mesleği mensuplarının özel belgede sahteciliği ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır<sup>34,35</sup>. Bu suçla doktor, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensuplarının gerçeğe aykırı belge düzenlemesi cezalandırılmaktadır. Hükme ilişkin kanuni tarifte “*gerçeğe aykırı belge düzenleyen*” ifadesi kullanılarak, madde özel belgede fikri sahteciliğe ilişkin bir suç tipi olarak düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Maddenin ikinci cümlesinde ise suça ilişkin nitelikli bir hal bulunmaktadır. Failin nitelikli halden sorumlu olması için gerçeğe aykırı olarak düzenlemiş olduğu belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması, kamunun veya kişilerin zararına sonuç doğuracak bir nitelik taşınması aranmıştır<sup>37</sup>. TCK m. 210/2’de nitelikli halin olduğu hallerde, failin resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılacağı (TCK m. 204/1’in cezasıyla) belirtilmektedir<sup>38</sup>.

Örneğin özel bir sağlık kuruluşunda çalışan doktorun gerçeğe aykırı olarak bir ameliyat kayıt defteri (belgeyle) düzenlemesi durumunda, düzenlenen gerçeğe aykırı belge kişilerin zararına sonuç doğuracak niteliğe sahip olduğundan, kamu görevlisi olmayan doktorun TCK m. 204/1’de (TCK m. 210/2 gereğince) yer alan hapis cezasına göre sorumluluğu doğar<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> TCK m. 210/2: “*Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşınması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolünür.*”.

<sup>35</sup> TCK m. 210/2’de düzenlenen suçla kamu görevlisi olsun veya olmasın bütün sağlık mesleği mensuplarının özel belgede sahteciliğinin cezalandırıldığını kabul eden görüş için bkz. Güngör, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, s. 94.

<sup>36</sup> Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 5978.

<sup>37</sup> Rahime Erbaş, “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi”, İÜHFM, 2013, 71(1), 331-351, s. 343.

<sup>38</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, s. 5979.

<sup>39</sup> Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının düzenlendiği sahte belgenin, kamunun veya kişilerin zararına sonuç doğurucu nitelik taşınmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Erbaş, “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi”, s. 345; “...Sanık ...’ın hafta sonları cumartesi günleri G... Motorlu Taşıtlar Sürücü kursuna gelecek kursiyerleri muayene ettiğinin ve muayene sonrası gerekli notlarını alarak rapor tanzim etmesi için evrakları doktor olan sanık ...’a götürdüğünün, sanık ...’in

Bu noktada kişinin belgede sahtecilik suçlarından sorumlu olması için, düzenlediği gerçeğe aykırı belgeyi muhataplarını aldatmak için meydana getirmesinin gerektiği ayrıca unutulmamalıdır.

**3) Sezaryen doğuma ilişkin malpraktisin gizlenmesi amacıyla gerekli bilgilere yer verilmeksizin tutulan bu kayıtla, ayrıca TCK m. 281’de tanımlanan suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu oluşmuş mudur? Bu suç ihmali davranışla işlenebilir mi? Bu kayıtların sezaryen doğumu yapan doktorun yanı sıra doktor B ve C’nin müşterek imzasıyla tutulmasının, TCK m. 281’de tanımlanan suçtan dolayı sorumluluk üzerinde bir etkisi var mıdır?**

Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda (TCK m. 281), daha öncesinde işlenmiş olan bir suçun delillerinin yok edilmesi, silinmesi, değiştirilmesi veya bozulması cezalandırılmaktadır. Suç, seçimlik hareketli bir suç olup herkes tarafından işlenebilir. Fail bu suçta, gerçekleştirdiği fillerle suç delillerinin soruşturma veya kovuşturma makamlarınca elde edilmesini engellemekte, böylece maddi gerçeğin ortaya çıkmasını zorlaştırmaktadır.

Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda, karartılan deliller, kasten işlenmiş bir suça ilişkin olabileceği gibi, taksirli bir suça ilişkin de olabilir<sup>40,41</sup>. Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklara, disiplin yaptırımlarına ya da kabahatlere dair deliller suçun konusunu oluşturmaz<sup>42</sup>. Suçun işlenişi, delillerin saklanması, elektronik verilerde değişiklik yapılması, delillerin kırılması, belgelerin okunamaz hale getirilmesi veya eşyaların yerinin

---

*da hiçbir sürücü adayını muayene etmeden rapor düzenlediğinin, sürücü kursu kurucusu olan sanık ... ve kurs müdürü sanık ...' in sanıklar M. ve C. ile birlikte hareket ettiklerinin anlaşılması, suça konu raporların içerik itibarıyla sahte olduğu ve özel poliklinikte düzenlenen reçete, tahlil ve benzeri belgelerden olması, düzenlenen bu belgelerin kullanılarak kişi veya kişilere haksız bir menfaat sağlanması ve kamu zararını doğurucu nitelik taşıması karşısında sanıkların eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nun 210/2. maddesinin ikinci cümlesi delaletiyle aynı Kanun'un 204/1. maddesine uyduğu ve bu madde uyarınca cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde fazla ceza tayini...”, Yargıtay 21. Ceza Dairesi'nin, 16.02.2017 tarihli, E. 2015/9054 ve K. 2017/772 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 08.11.2023.*

<sup>40</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 200; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 8050.

<sup>41</sup> Öncül suça ilişkin tartışmalar için bkz. Vesile Sonay Evik, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, Bahçeşehir Hukuku Fakültesi Dergisi, 2016, 11(137-138), 7-29, s. 14

<sup>42</sup> İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 201.

değiştirilmesi gibi farklı şekillerde meydana gelebilir<sup>43</sup>.

İncelemeye konu olayda, gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi ile birlikte suça ilişkin seçimlik hareketlerden biri olan suç delillerini gizlemenin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini değerlendirmek gerekir.

Olayda ameliyat kayıt defterinde belirtilmeyen gazlı bez, daha önce gerçekleşen sezaryen ameliyat sırasında unutulmuştur. Doktor A, gerçekleştirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bu davranışı neticesinde, hastasının sağlığının bozulmasına neden olmuştur. Doktor A'nın taksirle bir kişinin sağlığını bozması, TCK m. 89'da düzenlenen taksirle yaralama suçundan sorumluluğunu doğurur. Öyleyse unutulan gazlı bez, A'nın işlemiş olduğu taksirle yaralama suçuna ilişkin bir delildir. Bu delilin hukuk düzeni açısından varlığı ise ancak ameliyat kayıt defterinin gerçeğe uygun bir şekilde düzenlenmesi neticesinde tam olarak ortaya konabilecektir. Olayda doktorlar, taksirle yaralama suçunu gizlemek için gerçeğe aykırı bir belge düzenleyerek, öncül suça ilişkin delili gizlemek istemektedirler. Çünkü ameliyat kayıt defterinin gerçeğe aykırı düzenlenmesiyle birlikte gazlı bez delili ortaya konamamakta, bu delilin ayrıca rahatça yok edilmesine imkân sağlayacak sahte bir gerçeklik de meydana getirilmektedir. Gerçeğe aykırı belge, düzenleniş şekli itibarıyla apseye sebebiyet veren şeyin önceki ameliyatta unutulmuş gaz bez olduğunu belgelendirmemektedir. Bu niteliği dikkate alındığında, gazlı beze ilişkin bir ifadeye yer verilmemesi, gerçeğin açığa çıkmaması için öncül suça ait delillerin gizlenmesi anlamına gelir. Taksirle yaralama suçunu aydınlatmak için delillerinden biri, gerçeğe aykırı belge ile gizlenmiştir. Gazlı bezden soruşturma/kovuşturma makamlarının haberi olamayacaktır. O halde, gerçeğe aykırı sahte belge düzenlenmesiyle birlikte, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna ilişkin seçimlik hareketlerden olan delillerin gizlenmesi meydana getirilmiştir. Delillerin gizlenmesi, suça ilişkin delilin bulunduğu yerden alınarak nakledilmesiyle yapılabileceği gibi, delilin perdelenmesi veya saklanmasıyla da oluşturulabilir<sup>44</sup>. Olayda taksirle yaralama suçuna ilişkin delilin gizlenmesi için gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi, temelde delilin perdelenmesinin bir başka gerçekleştiriliş şekli olarak karşımıza çıkar.

<sup>43</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI, s. 8051; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1205.

<sup>44</sup> Özgenç, Suç Örgütleri, s. 203; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI, s. 8051.

Bu kapsamda A, B ve C'nin, taksirle yaralama suçuna ilişkin bir delili gizlemek için gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri, TCK m. 281/1-2'de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna sebebiyet verir. Ancak A öncül suç olan taksirle yaralama suçunun faili olduğundan, kendisi TCK m. 281/1'de belirtilen şahsi cezasızlık halinden faydalanır. A, daha öncesinde kendisinin işlediği öncül suça ilişkin bir delili gizlemiştir.

B ve C'nin ise ameliyat kayıt defterini muhatapları aldatmak için düzenlediği ortaya konabilirse ayrı ayrı resmi belgede sahtecilik suçundan (TCK m. 204/2) ve suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçundan (TCK m. 281/1-2) dolayı cezalandırılmaları gerekir. Aslında burada bir fiille hem resmi belgede sahtecilik suçuna, hem de suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna sebebiyet verilmektedir ve TCK m. 44'te yer alan fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak TCK m. 212'de yer alan gerçek içtima hükmü gereğince, B ve C her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>45</sup>.

Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu neticeli bir suçtur<sup>46</sup>. Suç, düzenleniş şekli itibariyle yok etme, gizleme, değiştirme ve bozma gibi icrai olarak gerçekleştirilebilecek seçimlik hareketleri barındırmaktadır. Bu suçun ihmali hali, TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmediğinden ihmali davranışla bu suçun işlenmesi mümkün değildir<sup>47,48</sup>. İncelediğimiz olay temelinde suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun ihtimali bir şekilde işlenip işlenemeyeceğini değerlendirecek olursak, A, B ve C'nin ameliyat kayıt defterinin gerçeğe uygun şekilde düzenlenmesi konusunda yükümlülükleri bulunmaktadır. B ve C'nin, belgenin gerçeğe aykırı düzenlendiğini görmelerine rağmen bunun uygun şekilde düzenlenmesini

<sup>45</sup> Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 356.

<sup>46</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI, s. 8053; Faruk Turhan, "The Offence of the Suppression, Obfuscation and Alteration of the Criminal Evidences", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2016, 4(2), 191-215, s. 209

<sup>47</sup> İhmali hareketle işlenebileceklerinin ayrıca düzenlenmediği durumlarda neticeli suçların da ihmali davranışla işlenebileceğinin kabulünün kanunilik ilkesine aykırı olacağına ilişkin görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 400; Karşı yönde görüş için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 143.

<sup>48</sup> Zabit Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2018, 24(1), 122-131, s. 124; İhmali davranışların cezalandırılabilmesi için bu konuda açık bir hükmün gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Artuk vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14 Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 323.

sağlamamaları, yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelir. Buna rağmen B ve C, gerçeğe aykırı olan ameliyat kayıt defterine imza atmazlarsa, yalnızca A'nın imzasının yer aldığı ameliyat kayıt defteri bu haliyle de belgede sahtecilik suçlarının konusu olabilecektir. Zira ameliyat kayıt defteri, bir durum bildiren belge olduğundan, yalnızca A'nın imzasıyla dahi hukuki hüküm ifade eder. B ve C her ne kadar resmi belgede sahtecilik suçuna yardım eden olarak katılsalar da, işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmemeleri sebebiyle yalnızca (failliğin şerikliğe asliliği ilkesi gereğince) kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçundan sorumlulukları doğacaktır (TCK m. 279)<sup>49</sup>.

## V. Sonuç

Belgeler, toplumsal hayat içerisinde ifadeleri/olayları içeriğinde taşıyarak bir ispat aracı görevi yerine getirirler. Bu nitelikleri dikkate alındığında belgelerin, delil teşkil ettiği hususa ilişkin önemli sayılabilecek kısımları içeriğinde taşıması gerekir. Düzenleniş sebebi açısından zorunluluk arz eden hususların içeriğe aktarılmaması, delil fonksiyonlarını yerine getirmesini önler.

Belge üzerinde gerçekleştirilen sahtecilikler, bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgenin muhataplarını aldatacak şekilde değiştirilmesi, gerçeğe aykırı olarak bir belge düzenlenmesi gibi farklı şekillerle oluşabilir. Kamu görevlisinin düzenlemekle yetkili olduğu belgeye, içeriğinde yer vermesi gereken hususlardan hiç bahsetmemesi ya da olduğundan farklı olarak geçirmesi, gerçeğe aykırı bir belgenin düzenlenmesi anlamına gelir. Yine bu kapsamda belgede gösterilmesi gereken bir beyanın veya hukuken önem taşıyan bir olayın muhataplarından gizlenmesi için kısmi olarak geçirilmesi de gerçeğe aykırı bir belgenin düzenlenmesidir. Muhatapları

<sup>49</sup> TCK m. 279'da düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel nitelikli bir halidir. Bu nedenle kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak bir suçun işlendiğini öğrenmesine rağmen bu suçu bildirmemesi, TCK m. 257/2 görevi kötüye kullanma suçu yerine, özel hüküm olan TCK m. 279'dan sorumluluğunu meydana getirir, Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI, s. 8030; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1189; Aksi yöndeki sağlık mesleği mensuplarının kamu görevlisi olsun veya olmasın TCK m. 280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçundan sorumlu olacağına ilişkin görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1411; Suçu bildirme yükümlülüğü bulunan kişinin aynı zamanda kamu görevlisi olması durumunda TCK m. 279 ve TCK m. 280 hükümleri arasında içtima hükümleri bağlamında meselenin çözülmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. A. Burak Karahan, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2019, 25(2), 948-978, s. 961.



aldatmaya elverişli böyle bir belge, resmi belgede sahtecilik suçuna (TCK m. 204/2) sebebiyet verir. İçeriğe aktarılmayan hususun, kamu görevlisi tarafından önemsiz görülmesi veya belge düzenlenirken içeriğe yazılmasının unutulması hallerinde, muhatapları aldatmak istenmediğinden resmi belgede sahtecilik suçu oluşmaz. TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu meydana gelebilir. Olayda Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, gerçeğe aykırı düzenlenen belgenin ilk ameliyatı yapan doktor A’nın soruşturma tehdidinden kurtulması amacıyla (bilerek gerçeğe aykırı) düzenlendiğine vurgu yaparak sahteciliğin gerçekleştirildiğini tespit etmesi isabetlidir.

Gerçeğe aykırı bir belgenin düzenlenmesi, TCK m. 281’de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna sebebiyet verilebilir. Suç, seçimlik hareketli bir suç olup, bir suçun delillerinin yok edilmesi, silinmesi, değiştirilmesi veya bozulmasını cezalandırmaktadır. Kamu görevlisinin gerçeğe aykırı bir belge düzenleyerek, bu belge ile öncül bir suça ilişkin delillerin gizlenmesini amaçladığı durumlarda, suç delillerinin gizlenmesinden bahsedilebilecektir. Bu durumda kişi gerçeğe aykırı belge ile sahte bir gerçeklik oluşturmakta ve öncül suça ilişkin delilin ortaya çıkmasını önlemektedir. Ancak buna rağmen gerçeğe aykırı belgeyi düzenleyen kişi öncül suçun da faili ise TCK m. 281/1’de yer alan şahsi cezasızlık halinden faydalanır. Sadece TCK m. 204/2’de yer alan kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçundan sorumluluğu doğar.



**KAYNAKÇA**

- Akın G, Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk ME vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Artuk ME vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Erbaş R, “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi”, İÜHFM, 2013, 71(1), 331-351.
- Erman S, Sahtekarlık Suçları, İ. Ü. Fen Fakültesi Basım Atölyesi, 1987.
- Evik VS, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, Bahçeşehir Hukuku Fakültesi Dergisi, 2016, 11(137-138), 7-29.
- Gökcen A, Belgede Sahtecilik Suçları, 5. Bası, Adalet Yayınevi, 2018.
- Güngör D, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2010.
- Hafizoğulları Z/Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, 2017.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Karahan AB, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2019, 25(2), 948-978.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özbek VÖ, Ekonomi Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özgenç İ, “İcrai Suça İhmal Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2014, 2(1-2), 1-10.

Özgenç İ, Suç Örgütleri, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Pancaroglu B, “Sahte ve Gerçek Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2022, 28(2), 806-847.

Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.

TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi 05.11.2023.

Tezcan D/Erdem MR/Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Toroslu N, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.

Turhan F, “The Offence of the Suppression, Obfuscation and Alteration of the Criminal Evidences”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2016, 4(2), 191-215.

Yaşar O/Gökcan HT/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010.

Yaşar O/Gökcan HT/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010.

Yılmaz Z, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmalî Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2018, 24(1), 122-131.

### **Yararlanılan Kararlar**

Yargıtay CGK., E. 2004/6-93, K. 2004/126, 25.04.2004.

Yargıtay 11. CD., E. 2013/9727, K. 2015/28726, 17.09.2015.

Yargıtay 21. CD., E. 2015/9054, K. 2017/772, 16.02.2017.

Yargıtay 15. CD., E. 2019/14012, K. 2021/147, 12.01.2021

Yargıtay CGK., E. 2016/500, K. 2021/243, 02.06.2021.



# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

## Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852

Cilt/Volume: 2

Sayı/No: 2

ARALIK/December 2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ DANIŞMA GÖRÜŞÜ OC-14/94: AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'Nİ İHLAL EDEN YASALARIN YAYINLANMASI ve UYGULANMASINDAN DOĞAN ULUSLARARASI SORUMLULUK

*Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights  
Oc-14/94: International Responsibility Arising from the Publication and  
Implementation of Laws in Violation of the Inter-American Convention on  
Human Rights*

Şeyma Nur DEMİRAY\*

#### ÖZET

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-14/94 sayılı danışma görüşünde esas olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen ve Amerikan Devletleri Örgütü'nün bir organı olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun, Peru Devleti'nin yeni anayasa taslağında yer alan "ölüm cezasını" genişleten maddenin Sözleşme'yi ihlal edip etmediği sorusuna cevap aranmaktadır. Devletlerin uluslararası sorumluluğunun, taslak olarak belirtilen bir yasa hükmünde de oluşup oluşmayacağını irdeleyen Mahkeme, insan hakları yönünden önemli bir karara imza atmıştır. Mahkeme, Komisyon'un danışma görüşünde yönelttiği sorulara sadece Peru Devleti'nin "taslak" anayasasını esas alarak değil, Sözleşme'nin insan hakları ile ilgili bütün hükümlerini göz önünde bulundurarak bir yorum yapmıştır. Bu yaklaşım danışma görüşünün önemini göstermektedir.

*Çalışma ile Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-14/94 sayılı danışma*

\* Araştırma Görevlisi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: seyma.demiray@hbv.edu.tr  
ORCID: 0000-0003-0807-367X.

görüşünün genel olarak incelenmesi ve adı geçen karara ilişkin Mahkeme'nin önemli tespitlerinin değerlendirilmesi hedeflenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Bölgesel koruma, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan hakları

### **ABSTRACT**

*The Advisory Opinion OC-14/94 of the Inter-American Court of Human Rights was primarily requested by the Inter-American Commission on Human Rights, which is an organ of the American Convention on Human Rights. The request pertained to whether a provision in Peru's new draft constitution, which expanded the scope of the "death penalty," constituted a violation of the Convention. The Court examined the question of whether a state's international responsibility could arise from a provision stated in draft form. The Court approached this issue from a human rights perspective, interpreting it in the light of all the provisions of the Convention related to human rights. This study aims to provide a general overview of the Advisory Opinion OC-14/94 of the Inter-American Court of Human Rights and evaluate the significant findings of the Court.*

**Keywords:** *Inter-American Court of Human Rights, Regional protection, Inter-American Convention on Human Rights, Human rights.*

## **GİRİŞ**

II. Dünya Savaşı'nda gerçekleşen trajik olaylar sonucunda devletler, birbirleriyle olan ilişkilerini farklı boyutta şekillendirmeye çalışmışlardır. Bu aşamada insan hakları fikrini geliştirmek ve yaygınlaştırmak, devletlerin temel hedeflerinden biri haline gelmiştir. Devletler, insan haklarını önceleyen hatta meşruiyetlerinin<sup>1</sup> kaynağı haline getiren adımlar atmışlardır. Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si bu gelişme ışığında ortaya çıkan önemli belgelerden biridir. İnsan haklarının uluslararası toplumda görünürlüğünün artması, evrensel ve

---

<sup>1</sup> Birçok devlet anayasalarında insan haklarına dayalı veya insan haklarına saygı duyduklarını belirten ifadeler yer vermektedirler. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, cumhuriyetin niteliklerinin ifade edildiği 2. maddesinde insan haklarına saygılı ibaresi yer almaktadır. Almanya Anayasası'nın 1. maddesinin ilk fıkrasında; "İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür." esaslı hüküm altına alınmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için bkz: <https://www.icisleri.gov.tr/kurumlar/icisleri.gov.tr/IcSite/illeridairesi/Mevzuat/Kanunlar/Anayasa.pdf>

Federal Alman Yasası için bkz: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>

bölgesel olarak devletlerin birçok insan hakları sözleşmesi imzalamasına vesile olmuştur. Sözgelimi, evrensel olarak yapılan sözleşmelere BM çerçevesinde kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi<sup>2</sup> ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşmesi<sup>3</sup> örnek olarak verilebilirken, bölgesel sözleşmelere de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)<sup>4</sup> örnek gösterilebilir.

Bölgesel sözleşmeler kapsamında, AİHS'in yanında Afrika Birliği'nin ve Amerikan Devletleri Örgütü'nün (ADÖ) insan hakları çalışmaları dikkate değerdir. Nitekim, çalışmanın konusunu da oluşturan ADÖ'nün kabul ettiği Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının korunması açısından önemli bir kaynak oluşturmaktadır. Ayrıca, Sözleşme'yi kabul eden ADÖ'nün görece diğer bölgesel örgütlerden daha eski bir kökene sahip olduğu söylenmelidir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ne değinmeden önce, Sözleşme'yi kabul eden ADÖ'den kısaca bahsedilmesi gerekmektedir. Amerika kıtasında, devletlerden oluşan birlik kurma düşüncesi her ne kadar 1820-1830 yıllarında General Simon Bolivar<sup>5</sup> tarafından öne sürülmüş olsa da bu düşüncenin gerçekleşmesi II. Dünya Savaşı'ndan sonraya tekabül etmektedir.<sup>6</sup> Amerika Birleşik Devletleri, Latin Amerika ülkelerinde, sosyalist düşünce ve yönetim anlayışlarının yayılmasını engellemek amacıyla birçok savunma andlaşması imzalamıştır. Bu iş birlikleri ve akdedilen andlaşmalar sonucunda, Amerikan Devletler Örgütü 1948 yılında kurulmuştur.<sup>7</sup> ADÖ

<sup>2</sup> BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf) e.t. 07.10.2023.

<sup>3</sup> BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf> e.t. 07.10.2023.

<sup>4</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_tur](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur) e.t. 07.10.2023.

<sup>5</sup> “*Latin Amerika'daki İspanyol sömürgeleri, 1820-1830 yılları arasında bağımsızlıklarını kazanmışlardır. Bağımsızlığın kazanılması sürecinde lider olarak öne çıkan isim, General Simon Bolivar idi. Amerika'nın tamamında birlik isteyen ve tam bağımsızlık düşüncesiyle mücadele veren Bolivar, Venezüella'da İspanyol iktidarını yıkmaya çağıran ve yerine güçlü bir merkezî yönetim oluşturulmasını amaçlayan Cartagena Manifestosu'nu yayınlamıştır.*” Aslıhan, Nesli, “Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin Tarihi Gelişim Süreci, Genel Teşkilât Yapısı ve Yargılama Usûl Esasları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 150, Şubat 2019, s.3.

<sup>6</sup> Nesli, s. 3.

<sup>7</sup> “*Örgüt, Bogota'da yapılan 9. Amerikan Devletleri Konferansı sonunda 30.04.1948 tarihinde 21 Amerikan devleti tarafından imzalanarak kurulmuştur. Örgütü'ün şartı 1951 yılında Kolombiya'nın onay belgesini vermesiyle yürürlüğe girmiştir.*” Mehmet Semih, Gemalmaz,

bünyesinde yer alan organların en önemlileri; Genel Kurul, Danışma Kurulu, Sürekli Konsey, Bütünsel Gelişim Konseyi, Hukuk Komitesi, İnsan Hakları Komisyonu ve Genel Sekreterlik'tir. 2023 tarihi itibarıyla ADÖ'ye taraf devlet sayısı 24'tür.<sup>8</sup>

Örgüt, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması bakımından çeşitli girişimlerde bulunmuştur. Bunlardan ilki, BM Evrensel Haklar Bildirisi'nden 5 ay önce, 1948 yılında, insan hakları ile ilgili olarak Amerikan İnsan Hakları Bildirisi'ni kabul etmesidir.<sup>9</sup> Daha sonra ise Örgüt'ün, insan haklarının önemini vurgulaması açısından kabul ettiği en önemli belge "San Jose Paktı" olarak da bilinen Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Örgüt, Sözleşme'yi 1969 tarihinde kabul ederek imzaya açmıştır. Sözleşme, imzaya açılmasında 9 yıl sonra, 1978'de yürürlüğe girmiştir.<sup>10</sup> Sözleşme'ye sadece ADÖ'ye mensup üye devletler taraf olabilmektedir. Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri Sözleşme'yi imzalamamışlardır, ancak Kanada ADÖ Şartı bakımından, Amerika Birleşik Devletleri ise Bildiri bakımından denetime tabi

---

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, 2003, s. 258.

<sup>8</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylayan ve Sözleşme'den çekilen devletler için,

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights\\_sign.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm), e.t. 07.10.2023; Bu devletler, Arjantin, Barbados, Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Dominika, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaika, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Surinam, Uruguay ve Venezuela'dır.

<sup>9</sup> Gemalmaz, s.535; "Bir yandan Evrensel Bildiri'ye ön gelmesiyle öte yandan da uluslararası yerine bölgesel düzlemde biçimlendirilmiş olmakla ondan farklılaşmaktadır. Amerikan Bildirisi, 27'si hakları, biri hakların sınırlandırılmasını göstermek amacıyla kapsamını ve 10'u ise ödevleri düzenleyen toplam 38 maddelik bir belgedir. Bu yönüyle de toplam 30 madde içerirken BM Evrensel Bildirisi'nden daha kapsamlıdır."; Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi [https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin\\_view.php?editid1=531](https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=531) e.t. 07.11.2023.

<sup>10</sup> Gemalmaz, s.538; "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi büyük ölçüde AİHS'ten izler taşımaktadır. Toplam 82 maddelik kapsamlı bir metindir ve yollama hükmü hariç, yine AİHS gibi klasik haklara, yani medeni ve siyasi hak ve özgürlüklere yer veren bir belgedir. Başka deyişle ekonomik, sosyal ve kültürel haklar düzenlenmemiştir. Ayrıca, Sözleşme (md. 27/1) ile taraf devletlerin 'savaş, kamusal tehlike ya da taraf devletin bağımsızlığını ya da güvenliğini tehdit eden başka tehlike durumlarında', yani olağanüstü durumlarda, Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerinden sapma teşkil eden önlemler alabilecekleri öngörülmüştür." Gemalmaz, s.540-542; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, [https://www.oas.org/dil/treaties\\_b-32\\_american\\_convention\\_on\\_human\\_rights.pdf](https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf) e.t. 07.10.2023; Gülден, Çamurcuoğlu, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14, 2019, s.717; Samancı, s. 1802.

tutulmaktadır.<sup>11</sup> Sözleşme, taraf devletler arasında ikili ilişkiler kurmak yerine insan haklarının korunması için tarafsız bir hukuki rejim kurmayı hedeflemektedir.<sup>12</sup> Sözleşme'ye ek iki protokol söz konusu olup, bunlar Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hak ve Özgürlüklere İlişkin San Salvador Protokolü ve Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Paraguay Protokolü'dür.<sup>13</sup>

Sözleşme'nin 52. maddesinde taraf devletlerin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine uymalarını sağlamak ve olası hak ihlallerini denetlemek için Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere iki organ öngörülmüştür.<sup>14</sup>

Komisyon, görevi ADÖ Şartı'nda yer alan hedefleri gerçekleştirmek olan ve 1959 yılında faaliyete başlayan özerk bir organdır. Komisyon, herhangi bir ülkeyi temsil etmeyen, insan hakları konusunda uzman olan ve Genel Kurul tarafından seçilen yedi bağımsız üyeden oluşmaktadır.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Gemalmaz, s. 538.

<sup>12</sup> Volkan, Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:3 Sayı:2 Yıl 2012, s. 269.

<sup>13</sup> Protokoller için bkznz: <http://www.oas.org/juridico/english> e.t. 07.10.2023.

<sup>14</sup> Gemalmaz, s.543; Human rights in the Inter American System, <https://www.oas.org/ipsp/images/English%20FAQs.pdf> ,s.1; Amy S. Dwyer, The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction, 13 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 127 (1990), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol13/iss1/6> , s.130.

<sup>15</sup> Human rights in the Inter American System, s.1; Komisyon'un işlevi, Amerika'da insan haklarının gözetilmesini ve savunulmasını teşvik etmektedir. Komisyon bu işlevi, ülkeleri ziyaret ederek, tematik faaliyet ve girişimlerde bulunarak, belirli bir ülkedeki veya belirli bir tematik konudaki insan hakları durumu hakkında raporlar hazırlayarak, ihtiyati tedbirleri veya geçici tedbir taleplerini Amerikalılar Arası Mahkeme'ye göndererek ve bireysel dilekçeleri inceleyerek veya analiz ederek yerine getirir. Bu faaliyetler sonucunda Komisyon, devletlerin insan hakları ihlallerine karşı uluslararası sorumluluğunu belirler ve gerekli gördüğü tavsiyeleri verir., Human rights in the Inter American System, s.2; Düzenli ve özel oturumlar halinde yılda birkaç kez toplanan Komisyon, Sözleşme'nin ihlalleri ile ilgili başvuruları incelemenin yanı sıra Örgüt Şartı ve Komisyon Statüsü'yle uyumlu olarak Sözleşme 'ye henüz taraf olmayan fakat Örgüt üyesi olan devletlerle ilgili Amerikan Bildirisi'nin ihlal edildiğine ilişkin bildirimleri de inceleyebilmektedir. Aslan, s.276-277; Çamurcuoğlu, s.726 vd.; "Amerikan Sözleşmesi uyarınca, Komisyon'un amacı 'insan haklarına saygıyı ve savunmayı teşvik etmektir.' Buna göre, Amerikan Sözleşmesi Komisyon'a belirli yetkiler tahsis etmektedir. İlk olarak Komisyon, herhangi bir kişi, grup veya yasal olarak tanınan sivil toplum kuruluşundan herhangi bir taraf devlet tarafından Amerikan Sözleşmesi'nin ihlal edildiğini iddia eden dilekçeler alabilir. Bununla birlikte, Komisyon'un eyaletler arası anlaşmazlıklar için yargı yetkisi, yetkisini tanıyan devletlerle sınırlıdır. Bir birey, grup veya sivil toplum kuruluşu Komisyon'a kendi adına veya başka bir kişi adına dilekçe verebilir. Üçüncüsü, Komisyon'un rolü, tarafları insan hakları anlaşmazlıklarının dostane çözümünde teşvik etmeyi içerir. Bir anlaşmazlık Komisyon'un değerlendirmesi için kabul edilebilir ilan edildikten sonra, dilekçeciler Komisyon'un dostça yerleşim prosedüründen yararlanabilirler. Komisyon, taraflar-

Komisyon, Mahkeme'ye intikal eden uyuşmazlıkların belirlenmesinde ve Mahkeme'nin bu konuları ele almasında yardımcı olmakta; ayrıca gelecekteki ihlalleri önlemek için insan hakları ihlallerini izlenmesi ve insan haklarının korunmasının teşvik edilmesi için farklı faaliyetler gerçekleştirmektedir.<sup>16</sup>

ADÖ tarafından sağlanan insan hakları koruma mekanizmalarının hukuki dayanaklarını, doğrudan Amerikan Devletleri Örgütü'nün Şartı ve Amerikan İnsan Hak ve Ödevler Bildirisi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi oluşturmaktadır.<sup>17</sup> Ayrıca, Amerikalılar arası sistem, insan haklarının korunması ile ilgili olarak, üçlü bir sisteme sahiptir. Bunlardan ilkinin, Amerikan Devletleri Örgütü'ne üye devlet vatandaşlarına Amerikan Devletleri Örgütü Şartı ve Amerikan İnsan Hak ve Ödevler Bildirisi'nin sağladığı koruma; ikincisini Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisini kabul etmeyen devletlere uygulamak amacıyla oluşturduğu koruma oluşturmaktadır.<sup>18</sup> Bu bağlamda denetim görevini Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi yerine getirmektedir.<sup>19</sup> Üçüncüsünü ise, Sözleşme'ye taraf olup, Mahkeme'nin yetkisini kabul eden devletlere sağlanan koruma oluşturmaktadır.<sup>20</sup> Amerikalılar arası sistem birbirleriyle örtüşen Bildiri ve Sözleşme üzerinde şekillenmiş olup, bu özelliği nedeniyle Avrupa sisteminden daha karmaşık ve farklı olarak nitelendirilmektedir.<sup>21</sup>

---

*dan bilgi talep ederek bu işleme başlar ve yerinde soruşturmalardaki gerçekleri doğrulayabilir.”* Dwyer, s. 134-135; Lea Shaver, “The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection”, Washington University Global Studies Law Review 9, no. 4, 2010; s. 641.

<sup>16</sup> Shaver, s. 647.

<sup>17</sup> Aslan, s. 271; Bahar, Sommer Konuk, “Çevre ve İnsan Hakları İlişkisine Yeni Bir Yaklaşım: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Oc-23/17 Sayılı Tavsiye Görüşü”, Inonu University Law Review –InULR 11(1): 384-393 (2020), s.386; Uğur Samancı, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Denetim Organları ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1799.

<sup>18</sup> Aslan, s. 261.

<sup>19</sup> Sommer Konuk, s. 386; Çamur, s. 726.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Statüsü, [https://www.oas.org/xxxivga/english/reference\\_docs/Estatuto\\_CorteIDH.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/english/reference_docs/Estatuto_CorteIDH.pdf) e.t. 07.10.2023; Samancı, s.1805 vd.

<sup>20</sup> Aslan, s. 261.

<sup>21</sup> Aslan, s. 272.



Bu bağlamda çalışma kapsamında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin insan hakları koruma mekanizmasındaki yeri incelenmiş ve Sözleşme'nin taraf devletlerde uygulanmasına yönelik olarak vermiş olduğu danışma görüşü açıklanmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde Mahkeme'nin hukuki niteliği incelendikten sonra danışma görüşü verme yetkisi irdelenmiştir. Daha sonra görüşe temel konu açıklandıktan sonra kabul edilebilirlik ve yetki itirazları değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise temel meseleye ilişkin veriler ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

## I. AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1979'da kurulan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nden doğan, ADÖ'nün özerk bir yargı organıdır. Mahkeme'nin merkezi Kosta Rika'nın San José şehrinde bulunmaktadır ve ADÖ'ye üye devletlerden seçilen yedi yargıç Mahkeme'de görev almaktadır. Yargıçlar, Sözleşme'ye taraf devletler tarafından, gizli oyla ve ADÖ Genel Kurulu'nda, salt çoğunluk ile seçilmektedir.<sup>22</sup> Mahkeme'nin amacı, özellikle davalar ve danışma görüşleri hakkında karar vererek Sözleşme'yi ve diğer Amerikan devletleri arasında akdedilmiş olan insan hakları andlaşmalarını yorumlamak ve uygulamaktır.<sup>23</sup> Kısacası, Mahkeme, ulusal yargı sistemlerini desteklemek ve tamamlamak için kurulmuştur.<sup>24</sup>

Mahkeme'nin çekişmeli yargı yetkisini kabul eden Sözleşme'ye taraf devletler ve Komisyon, Mahkeme'ye dava açabilmektedirler. Bireylerin, Mahkeme'ye doğrudan başvurmaları öngörülmemiştir, önce dilekçelerini Komisyon'a sunmaları gerekmektedir.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2022, [https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2022\\_informe\\_eng\\_02.pdf](https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2022_informe_eng_02.pdf) e.t. 07.10.2023, s. 13; Ural Yurdanur, Uslan, Tuğba, Güner, "İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Y.2014, C.19, S.2, s.309-322, s. 316; Çamur, s. 734 vd.; Samancı, s. 1809; Shaver, s. 645.

<sup>23</sup> Human rights in the Inter American System, s. 4; Ural Uslan, Güner, s. 316.

<sup>24</sup> Çamurcuoğlu, s.734; Shaver, s. 647.

<sup>25</sup> Human rights in the Inter American System, s. 4; Sommer Konuk, s. 387; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi md. 61/1; Çamur, s.750, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, belirtildiği şekilde Komisyon veya bir taraf devlet tarafından başvurunun kendisine sunulması neticesinde Sözleşme hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin olarak bütün konuları inceleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle Mahkeme, Komisyon raporunda belirtilen olgulara ve hukuki değerlendirmelere ilişkin incelemede de bulunabilecektir. Bununla birlikte Mahkeme, Komisyon'un bulguları ve vardığı sonuçlar ile bağlı değildir; Çamur, s.

Mahkeme olağan ve olağanüstü oturumlarda toplanabilir ve bu toplantılardaki yeter sayısı beş yargıç olarak kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Taraf devletler spesifik vakıalar için karşılıklılık koşuluyla Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyabilmektedir ve fakat bu tanıma sonrasında, devletler tarafından tanıma beyanının geri çekilmesine Mahkeme izin vermemektedir. Aynı durum, danışma görüşü isteme talebi konusunda da geçerli olup, danışma görüşü isteme talebi geri çekilse dahi Mahkeme, bu taleple bağlı olmadan görüşünü açıklayabilmektedir.<sup>27</sup>

Sözleşme 'ye göre, Mahkeme üç ana işlevi yerine getirmektedir: (i) çekişmeli yargı yetkisi işlevi (ii) geçici önlemler alma işlevi ve (iii) danışma işlevi.<sup>28</sup>

Çekişmeli yargı yetkisi işlevinde; Mahkeme'nin kendi yetki alanına giren davalarda, Mahkeme, bir devletin Sözleşme'de veya Amerikalılar arası sistem kapsamında geçerli olan veya diğer herhangi bir insan hakları andlaşmasında tanınan haklardan herhangi birinin ihlalden uluslararası sorumluluk üstlenip üstlenmediğini belirler. Eğer, dava sonucunda o devlet hakkında sorumluluk doğmuşsa, Mahkeme, gerekli tazminat önlemlerini almakta ve hak ihlallerini telafi etmektedir.<sup>29</sup>

Sözleşme'ye göre Mahkeme, aşağıdaki durumlarda olan belirli bireylerin veya birey gruplarının haklarını garanti altına almak için geçici koruma önlemleri almaktadır. Bunlar; (i) ciddi tehlike (ii) aciliyet ve (iii) onarılamaz zarar görme riski altında olmaktır.<sup>30</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kurallarında (m. 27) hem de Sözleşme'de (m. 63/2) Mahkeme'nin geçici önlem kararı verebileceği açıkça belirtilmiştir. Mahkeme, geçici önlem kararı alma tedbirlerine, hem kişileri diğer bireylerden kaynaklanan fiziksel tehditlerden<sup>31</sup> korumak, hem de uygulamaların

---

752.

<sup>26</sup> Gemalmaz, s. 547; Ural Usulan, Güner, s. 316.

<sup>27</sup> Çamurcuoğlu, s. 737-738.

<sup>28</sup> Samancı, s. 1810.

<sup>29</sup> Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2022, s. 16; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi md. 61; Çamurcuoğlu, s. 736; Dwyer, s. 134; Shaver, s. 650.

<sup>30</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi md. 63/2; Gemalmaz, s. 556; Ural Usulan, Güner, s.319; Çamurcuoğlu, s. 739; Dwyer, s. 134.

<sup>31</sup> Shaver, s.649; "Tradesmen v. Colombia, Provisional Measures, Order of the Court (Inter-Am. Ct. H.R. Sept. 3, 2004), [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/comerciantes/se01\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/comerciantes/se01_ing.pdf) e. t. 07.10.2023, (Kolombiya'dan, davaya dahil olan kurbanların ailelerinin yaşamını

gecikmelerinden dolayı oluşabilecek mağduriyetlerden kaçınmak amacıyla sıkça başvurmaktadır.<sup>32</sup>

Mahkeme'nin danışma görüşü verme yetkisi ise, ADÖ'ye üye devletlerin veya ADÖ organlarının Sözleşme'nin veya Amerika devletlerindeki insan haklarının korunmasına ilişkin diğer andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin taleplerine yanıt vermesine olanak tanır. Ayrıca, bir ADÖ'ye üye devletin talebi üzerine Mahkeme, ulusal normların Amerikalılar arası sistemin araçlarıyla uyumluluğuna ilişkin görüşünü yayımlayabilir.<sup>33</sup> Mahkeme'nin danışma görüşü verme yetkisi aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

Mahkeme'nin çekişmeli yargı yetkisi sonucunda verdiği hükümler, Sözleşme'nin 67. maddesinde belirtildiği gibi kesindir ve itiraz yolu öngörülmemiştir. Taraf devletler, Mahkeme hükmüne uymakla yükümlüdürler ve Mahkeme, eğer, Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verirse, ihlalin giderilmesi için ihlale neden olan tasarrufun giderilmesine veya eski hale iadesine<sup>34</sup> ve tazminata hükmedebilir.<sup>35</sup> Sözleşme'nin 65. maddesine göre, Mahkeme'nin hükmü taraf devletçe yerine getirilmez ise taraf devletin bu tutumu, Mahkeme'nin yıllık raporunda yer alır veya ADÖ Genel Kuruluna sunulur. Bu da Sözleşme'nin taraf devletleri siyasal bir yaptırıma tabi tuttuğunu göstermektedir.<sup>36</sup>

ve kişisel bütünlüğünü koruma adımları atmalarını istemesi); Genie-Lacayo v. Nicaragua, Provisional Measures, Order of the Court (Inter-Am. Ct. H.R. Feb. 2, 1996), [http://www.cor-teidh.or.cr/seriee/ing/aleman/se01\\_ing.doc](http://www.cor-teidh.or.cr/seriee/ing/aleman/se01_ing.doc) e.t. 07.10.2023 (Saldırı sonrasında devlet başkanı adayına kişisel koruma ve zırhlı araç sağlanması talimatı).

<sup>32</sup> Ural Usulan, Güner, s.319; “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin kimi geçici önlem kararları başka insan hakları sözleşme sistemlerinde pek rastlanmayan türde olabilmıştır. Ailelerin birleştirilmesi konulu geçici önlem kararları; kişilerin kendi ülkelerine geri dönmelerine izin verilmesi konulu geçici önlem kararları; devletin, ulusal insan hakları örgütünün ülkenin çeşitli yerlerindeki binalarının, burada çalışanların ve buraya gelenlerin güvenliklerini koruması talimatını içeren geçici önlem kararları; devletin, Mahkeme talimatıyla korunan kişilerin ifade özgürlüğü hakkını korumak üzere gerekli bütün önlemleri alması konulu geçici önlem kararlarında olduğu gibi Mahkeme'nin farklı türden geçici önlem kararları verebilmesi söz konusudur.”; Çamurcuoğlu, s.756; Çapan, Alişan, İnter-Amerikan İnsan Hakları Sistemi (Tarihsel Gelişim ve Güncel Sorunlara Yeni Yaklaşımlar) Hukuk Kuramı, Cilt: 1, Sayı: 3, Mayıs -Haziran 2014, s. 36.

<sup>33</sup> Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2022, s. 22; Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi md. 64; Shaver, s. 649.

<sup>34</sup> Aslan, s. 284.

<sup>35</sup> Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi md. 63/1; Gemalmaz, s.556; Ural Usulan, Güner, s.318; Çamurcuoğlu, s. 757; Samancı, s. 1820.

<sup>36</sup> Gemalmaz, s. 557, Aslan, s. 286-287; Nesli, s. 15; Ural Usulan, Güner, s. 318; Çapan, s. 39;

## A. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Danışma Görüşü Verme Yetkisinin Hukuki Niteliği

Danışma görüşünün temel amacı, Amerikalılar arası sisteme üye devletlerin insan hakları alanındaki taahhütlerini yerine getirmelerine yardımcı olmaktır. Başka bir deyişle, devletlerin ve organlarının, onları tartışmalı işlemlere tabi tutmadan insan hakları andlaşmalarına uymalarına ve uygulamalarına yardımcı olmaktır.<sup>37</sup> Sözleşme'nin 64. maddesinde öngörülen danışma görüşü, diğer uluslararası mahkemelerin verdiği danışma görüşü yetkisine nazaran daha geniş bir şekilde hüküm altına alınmıştır.<sup>38</sup> Bu fark, madde metninin yorumlanması sonucunda ortaya çıkan Amerikan devletleri arasında insan haklarına ilişkin diğer belgeler ve ADÖ üyesi devletlerin ulusal hukuk düzenlemelerin yorumlayabilme yetkisinde görülmektedir. Mahkeme, Sözleşme'de belirtilen kısıtlandırılmalarla sınırlandırılmasına rağmen, danışma işlevinin insan haklarını korumak için gerektiği kadar geniş olduğunu ve ayrıca, Mahkeme'nin her konuda danışma görüşü vermek zorunda olmadığı ve kabul edilebilirlik kriterlerine dayanarak belirli konularda karar vermekten kaçınabileceği ve talepleri reddedebileceği vurgulanmalıdır.<sup>39</sup>

Yukarıda bahsedilen durumlar toparlanacak olursa; Mahkeme üç durumda danışma görüşü verebilmektedir. Bunlar, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumlanması, Amerikan devletlerinde insan haklarının korunmasına ilişkin diğer andlaşmaların yorumlanması ve ulusal hukuk hükümlerinin yorumlanmasıdır.<sup>40</sup> 1985 Cartagena de Indias Protokolü ile değiştirilen VIII. Bölümünde listelenen organlar da her birinin yetki çerçevesi dahilinde olmak üzere, Mahkeme'den danışma görüşü talep etme hakkına sahiptirler.<sup>41</sup> Sonuç olarak, danışma görüşü isteyecek devletin, Sözleşme'ye taraf olması koşulu aranmamış, ADÖ'ye üye olması yeterli görülmüştür.<sup>42</sup>

---

Samancı, s. 1824.

<sup>37</sup> Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2022, s. 22; Ural Uslan, Güner, s. 318.

<sup>38</sup> Gemalmaz, s. 557.

<sup>39</sup> Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2022, s. 22; Çamurcuoğlu, s. 761

<sup>40</sup> Nesli, s. 14; Aslan, s. 289; Ural Uslan, Güner, s. 318- 319.

<sup>41</sup> Aslan, s.289. Bu organları şöyle sıralanabilir: a) Genel Kurul; b) Dışişleri Bakanları İstişare Toplantısı; c) Konseyler; d) Amerikalılar Arası Hukuk Komitesi; e) Amerikalılar Arası İnsan hakları Komisyonu; f) Genel Sekreterlik; g) Özel Konferanslar ve h) Uzmanlaşmış Kuruluşlar.

<sup>42</sup> Aslan, s. 289.

Mahkeme'den, ulusal hukuk hakkında danışma görüşü istenildiği takdirde; bu danışma görüşü, yerel kanunların, Sözleşme veya insan hakları ile ilgili diğer Amerikan andlaşmalarıyla uyumlu olup olmadığına ilişkin olacaktır. Ayrıca, mevcut mevzuatın yanında, ulusal hukuk içinde henüz kanunlaşmamış metinlerin ve Sözleşme 'ye önerilen çekincelerin uyumlu olup olmadığına ilişkin görüş talepleri de bu kapsamda değerlendirilecektir.<sup>43</sup>

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin danışma görüşleri, çekişmeli yargı yetkisi sonucunda verdiği hüküm gibi bağlayıcı olmamakla birlikte bunların tamamen işlevsiz veya etkisiz oldukları da söylenemez.<sup>44</sup> Bu noktada, danışma görüşlerinin en önemli işlevinin Sözleşme ve diğer belgelerde yer alan düzenlemelere açıklık getirmek, onların kapsamını belirginleştirmek olduğu söylenebilir. Böylelikle taraf devletlerce ileri sürülen, uyuşmazlığa konu bir norm veya bu norma dayalı bir uygulamanın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle uygun olduğu iddiası, eğer bununla aksi yönde bir danışma görüşü varsa kabul görmeyecek<sup>45</sup> ve devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilecektir. Bu nedenle Mahkeme'nin danışma görüşlerinin teknik olarak hukuken bağlayıcı olmadıkları ancak pratikteki işlevleri ve siyasal konumu nedeniyle bağlayıcı oldukları söylenebilir.<sup>46</sup>

## II. AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN OC-14/94 SAYILI DANIŞMA GÖRÜŞÜNE KONU OLAN OLAY

### A. Genel Olarak

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyon'u, 8 Kasım 1993 tarihli bir dilekçe ile Sözleşmesi'nin 64. maddesinin 1. fıkrası<sup>47</sup> uyarınca, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne aşağıdaki soruları içeren bir danışma görüşü talebinde bulunmuştur.<sup>48</sup> Danışma görüşüne konu olan sorular şöyledir:

<sup>43</sup> Nesli, s. 15.

<sup>44</sup> Gemalmaz, s. 561, Çamur, s. 764; Dwyer, s. 135.

<sup>45</sup> Gemalmaz, s. 561.

<sup>46</sup> Gemalmaz, s. 561; Sommer Konuk, s. 387.

<sup>47</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 64: "1) Örgüt üyesi devletler, bu Sözleşmenin ve insan haklarının korunmasına ilişkin Amerikan Devletlerindeki diğer antlaşmaların yorumu hususunda Mahkemeye danışabilirler. Buenos Aires Protokolüyle Değişik Amerikan Devletleri Şartının X. Bölümünde sayılan organlar da kendi yetki alanlarıyla çerçeveli olarak, aynı şekilde Mahkemeye danışabilirler."

<sup>48</sup> Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion OC-14/94, para. 1.

*“Uluslararası yükümlülükleri de göz önüne alındığında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf bir devlet tarafından kabul edilen ve yürürlüğe konulan, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri açıkça ihlal eden bir yasanın hukuki etkileri nelerdir?”*

*“Uygulanması halinde Sözleşme’yi ihlal edecek bir yasa yürürlüğe koyan akit devletin yetkili görevlilerinin, bu işlemden dolayı görevleri ve sorumlulukları nelerdir?”*

Komisyon, danışma görüşü talebinde, talep edilen yorumun Sözleşme’nin 4. maddesi, 2. ve 3. paragrafı<sup>49</sup> ile ilgili olduğunu belirtmiştir.<sup>50</sup> Komisyon’un bu maddeyi belirtmesinin nedeni ise Sözleşme’nin 4. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına aykırı bir şekilde ölüm cezasına tabi olmayan bir suçta, bu cezayı uygulayarak cezanın uygulanma alanını genişleten, yeni Peru Anayasası’nın 140. maddesine eklenen hükümdür. Ayrıca, Komisyon, 1979 Siyasi Anayasası’na göre, Peru’daki ölüm cezasının, yalnızca savaş sırasında devlete ihanet suçuna uygulanabileceğini, yeni yasanın bu hükmü genişlettiğini ifade etmiştir.<sup>51</sup>

Mahkeme Sekreterliği, 11 Kasım 1993 tarihli ve Mahkeme Usul Kuralları’nın 54. maddesinin 1. paragrafı uyarınca hareket eden bir belge ile yazılı gözlemler ve ilgili belgeler talep etmiştir. Mahkeme Başkanı, yazılı gözlemlerin ve diğer ilgili belgelerin 31 Aralık 1993 tarihinden önce Sekreterliğe sunulmasını istemiştir.<sup>52</sup> Daha sonra Peru, Kosta Rika, Brezilya ve Adalet ve Uluslararası Hukuk Merkezi (SEJIL), Andean Hukukçular Komisyonu gibi sivil toplum kuruluşları, konu ile ilgili görüşlerini sunmuşlardır. 3 Ocak 1994 tarihli notlarla hareket eden Sekreterlik, üye devletleri ve ADÖ organlarını 21

<sup>49</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 4: “...2) Ölüm cezasını kaldırmamış ülkelerde, ölüm cezası yalnızca en ağır suçlar için ve yetkili bir mahkeme tarafından verilen nihai karar uyarınca ve suç işlenmeden önce çıkarılan bu cezayı belirleyen bir yasa uyarınca uygulanabilir. Böyle bir cezanın uygulanması şu anda uygulanmadığı suçlar üzerine uzatılmaz. 3) Ölüm cezası, onu kaldıran Devletlerde yeniden tesis edilmeyecektir.”

<sup>50</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 2.

<sup>51</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 2.; Komisyon tarafından ileri sürülen argümanlarda, Peru hukukunun aşağıdaki hükümlerine atıfta bulunmaktadır:

1979 Siyasi Anayasasının 235. maddesi: ‘Savaş sırasında Devlete ihanet dışında ölüm cezası verilmeyecektir.’ Yeni Peru Anayasası’nın 140. maddesi: ‘Ölüm cezası, yalnızca savaş sırasında Devlete ihanet suçundan ve terör suçundan, Peru’nun taraf olduğu yasa ve andlaşmalara uygun olarak uygulanacaktır.’”

<sup>52</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 5-6.

Ocak 1994 halka açık bir duruşmaya çağırılmıştır.<sup>53</sup>

### **B. Tarafların Danışma Görüşünde Yer Alan Sorular Hakkında İddia ve İtirazları**

Açık duruşma sırasında Peru, Komisyon'un, Mahkeme'den istediği görüşle ilgili olarak gözlemlerini Mahkeme'ye iletmıştır. Buna göre; Komisyon'un, Örgüt'ün uzmanlaşmış bir organı olduğunu, talebinde Sözleşme'nin 64. maddenin 1. paragrafında belirtilen prosedür kapsamında görüş istediğini belirtmiştir. Ancak, belirtilen maddenin, üye devletlerin, kendi ulusal normlarından biri ile Sözleşme arasında karşılaşılan bir uyumsuzluk olduğunda Mahkeme'nin danışma yetkisine başvurma hükmünü içerdiğini, Komisyon'un, Peru'nun iç işlerine açıkça atıfta bulunduğunu ve dolaylı olarak ulusal bir yasayı, yani yeni Peru Anayasası'nın 140. maddesinde yer alan yeni normu sorgulamaya çalıştığını belirtmiştir.<sup>54</sup> Peru, bu koşullar altında danışma görüşü talebini kabul etmenin, bu sistemin bir parçası olan bir organ tarafından Amerikan Devletleri Örgütü'ne üye devletlerin yerel yasama mekanizmalarına orantısız müdahaleyi teşvik etmesi anlamında talihsiz bir emsal teşkil edeceğini ifade etmiştir.<sup>55</sup>

Kosta Rika yazılı olarak sunduğu gözlemlerinde, Peru'nun yeni Anayasası'nın henüz yürürlüğe girmediğini, sonuç olarak, söz konusu Anayasa'nın bir 'Anayasa Taslağı' olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş ve Peru anayasa taslağının Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yukarıda belirtilen maddeleri ile uyumluluğuna ilişkin Komisyon tarafından sunulan talebin kabul edilebilir olduğunu dile getirmiştir. Ayrıca, Mahkeme'nin 8 Eylül 1983 tarihli OC-3/83 danışma görüşünde halihazırdaki sorunla aynı soruna cevap verdiği ve o cevapların hala geçerli olduğunu ifade etmiştir.<sup>56</sup>

Mahkeme, bu itirazlara karşı temel meseleye girmeden, danışma görüşü talebinin, Sözleşme'nin 64. maddenin 1. paragrafı uyarınca Komisyon tarafından Mahkeme'ye sunulduğunu, Komisyon tarafından sunulan talebin, Usul Kuralları'nın 51. maddesinin 1. ve 2. paragrafında belirtilen resmi gerekliliklere uygun olduğunu belirtmiştir.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 9.

<sup>54</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 12.

<sup>55</sup> Advisory Opinion OC14/94, para. 12.

<sup>56</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 13.

<sup>57</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 17.

### C. Yetkisizlik İtirazları

Daha önce de belirtildiği üzere Mahkeme'den, örgüt üyesi devletler ve 1985 Cartagena de Indias Protokolü ile değiştirilen VIII. Bölümünde listelenen organlar -kendi yetki alanları ile ilgili olarak- danışma görüşü isteyebilirler. Buna göre; Peru hükümeti, Komisyon'un Sözleşme'nin 64. maddesinde belirtilen haliyle danışma görüşü talep edemeyeceğini yinelemiştir. Kosta Rika ise açık duruşmada belirttiği üzere Komisyon'un talebi sunduğu sırada, Peru'nun yeni anayasasının henüz yürürlüğe girmediğini, söz konusu anayasayı, 'taslak anayasa' olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Daha sonra Kosta Rika, farklı bir bakış açısı ile, Sözleşme'nin 64. maddesinin 2. paragrafında verilen yetkilere dayanarak, Mahkeme'nin, 'taslak şeklindeki mevzuatın' Sözleşme ile uyumluluğu konusunda danışma görüşü verme yetkisine sahip olabileceğini belirtmiştir.<sup>58</sup>

Komisyon'a göre, danışma görüşü isteme talebi, Sözleşme'nin 33, 41. maddelerinin ve 64. maddenin 1. paragrafı uyarınca öngörülen yetki alanıyla ilgilidir.<sup>59</sup> Sözleşme'nin 33. maddesinde Komisyon'un, Sözleşme'ye üye devletlerin taahhütlerini yerine getirme konusunda görevli bir organ olduğu; 44. maddede ise Komisyon'un fonksiyonlarının sayıldığı belirtilmelidir. Sözleşme'nin 44. maddesinde sayılan fonksiyonlardan bir tanesi üye devletlerin hükümetlerine tavsiyelerde bulunmak, insan hakları lehine ilerici önlemler almak ve bu hakların gözetilmesi için ulusal hukuk hükümlerinin uyumlaştırmasını tavsiye etmektir. Sadece Sözleşme'nin 64. maddesi 1. paragrafı yorumlanarak, Komisyon'un, ADÖ üyesi devletlerin ulusal yasalarının, Sözleşme'yle uyumluluğuna yönelik danışma görüşü talep etme yetkisinin olmamasının söylenmesi, Peru hükümetinin yetki itirazındaki eksikliği olarak göz önüne alınmalıdır.

Mahkeme, Peru ve Kosta Rika hükümetlerinin, Komisyon'un danışma görüşü talebini, Sözleşme'nin 64. maddesinin 2. paragrafında yer alan ulusal yasaların yorumlanmasına dayandırdıklarını oysa Komisyon'un, Mahkeme'den istediği danışma görüşünü, Sözleşme'nin 64. maddenin 1. paragrafına dayandırdığını hatırlatmıştır. Zira Sözleşme'nin 64. maddesinin 1. paragrafı insan haklarının korunmasına ilişkin Sözleşme'nin veya diğer andlaşmaların yorumlanmasını talep etmeye yetkili olan ADÖ organlarını düzenlemektedir ve madde uyarınca Komisyon, bu hakkı haiz organlardan

---

<sup>58</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 18.

<sup>59</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 3.



biridir. Daha sonra Mahkeme, ilk olarak, Sözleşme'nin 64. maddesinin 1. paragrafının kendisine Sözleşme'yi ve Amerikan devletleri için bağlayıcı olan diğer insan hakları andlaşmalarını yorumlama konusunda tam yetki verdiğini ve 64. maddenin 2. paragrafında devletlerin ulusal hukuk kurallarının bu tür belgelerle uyumluluğunu analiz etme yetkisi verdiğini dikkate aldığını belirtmiş. Ancak, danışma yetkisinin amacının, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunması dışında başka amaçlara yönlendirilemeyeceğinin de altını çizmiştir.<sup>60</sup>

Yukarıda bahsedilen Sözleşme'nin 64. maddesinin 1. paragrafı ile ilgili olarak Peru Devleti tarafından ileri sürülen ilk iddiada, danışma görüşü istemeye yetkili kurumlar, ADÖ'ye üye devletler veya ADÖ Şartı'nın 1985 Cartagena de Indias Protokolü ile değiştirilen VIII. Bölümünde listelenen organlar -bu organlar arasında Komisyon da bulunmaktadır- şeklinde gösterilmiştir. ADÖ Şartı'nın 1985 Cartagena de Indias Protokolü ile değiştirilen VIII. Bölümünde listelenen organların, Mahkeme'den danışma görüşü talep etme yetkilerini yalnızca görevleriyle ilgili konular dahilinde olarak kullanılabilmektedirler. Ancak, diğer yandan, ikinci iddia altında, Peru Devleti, Sözleşme hükmünü lafzi yoruma tabi tutmuş, Mahkeme'nin ADÖ'ye üye devletlerin sadece kendi ulusal hukuklarına ilişkin olarak danışma görüşü talep edebileceklerini ifade etmiştir. Danışma görüşünde Mahkeme, bu yetkisini kullanırken devletlerin ulusal hukuklarının geçerlilik alanını yorumlama veya tanımlama yetkisine sahip olmadığını belirtmiş ve ancak Amerikan devletlerinin ulusal hukuklarının, insan haklarının korunmasına ilişkin andlaşmalar veya diğer andlaşmalarla uyumlu olup olmadığını ele alabileceğinin altını çizmiştir.<sup>61</sup> Mahkeme'nin danışma yetkisini kullanırken yapması gereken yorumun kapsamı, her şeyden önce, üye devletlere ve ADÖ organlarına, bu konudaki uluslararası yükümlülüklerine tam ve etkin bir şekilde uymalarını sağlamak için tavsiye ve yardım sağlamak olmalıdır. Gerçekten de Mahkeme'nin yorumları insan haklarının korunmasına yönelik sistemin güçlendirilmesine katkıda bulunmalıdır. Sözleşme'nin amacı, Komisyon ve Mahkeme'nin kurulma nedenleri bunu gerektirmektedir.

Mahkeme, Komisyon'un yetkisi ile ilgili olarak, açıkça Komisyon'un, burada Peru'nun ulusal hukukunun bu Sözleşme hükmü ile uyumlu olup olmadığına dair bir beyan talep etmediğini, aksine, Komisyon'un sorduğu

<sup>60</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 20-21.

<sup>61</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 22.

soruların, bu hükme hiçbir atıfta bulunmadığını belirtmiştir. Soruların genel bir nitelik taşıdığını ve Mahkeme'nin yanıtının yalnızca 4. maddeyi değil, aynı zamanda diğer tüm hakları ve özgürlükleri kapsayacak şekilde olacağını ifade ederek, yetkili olduğuna karar vermiştir.<sup>62</sup> Mahkeme, Komisyon'un, Sözleşme'nin hükümleri ile bir devletin ulusal hukukunun uyumlu olup olmadığına dair açık bir beyan talep etmediği ve aramadığı için, Komisyon'un Sözleşme'nin 64. maddesinin 1. paragrafı uyarınca danışma görüşü talebini sunma yetkisi olduğunu kabul etmektedir.<sup>63</sup> Ayrıca, Mahkeme yukarıda belirtildiği üzere Sözleşme'nin 41. maddesinde yer alan Komisyon'un fonksiyonları çerçevesinde, Komisyon'un, insan hakları lehine ulusal hukukları ve anayasa hükümleri çerçevesinde ilerici önlemlerin kabul edilmesini teşvik etmek için üye devletlerin hükümetlerine tavsiyelerde bulunabileceğini ifade etmektedir. Her ne kadar Mahkeme, Komisyon'un danışma görüşü talep ettiği sorularda Peru Devleti'nin ulusal hukukuna değinmediğini belirtse de ilk dilekçesinde Komisyon'un Peru Anayasası'na atıf yaptığı unutulmamalıdır. Ancak, insan haklarının korunması sonucunu doğuran Mahkeme'nin bu yaklaşımının büyük eleştirilere konu olmadığı görülmektedir.

### **III. OC-14/94 SAYILI DANIŞMA GÖRÜŞÜNE KONU OLAYA İLİŞKİN TEMEL MESELELER**

#### **A. Konuya İlişkin Değerlendirmeler**

Mahkeme, danışma görüşü talebinde sorulan sorularla ilgili olarak, talep kapsamında belirtilen Sözleşme'nin 4. maddesinin 2. ve 3. paragrafının yorumunu ele almayacağını, ayrıca, yine Komisyon tarafından dile getirilen ve danışma görüşü talebinin nedeni olarak gösterilen Peru'nun yeni Anayasası'nın 140. maddesinin yorumuyla ilgilenmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, sadece danışma görüşü talebindeki iki soruyu açıklamakla yetineceğini ifade etmiştir.<sup>64</sup>

Komisyon'un sorduğu ilk soru, Sözleşme'yi onaylayan devletin, taahhüt ettiği yükümlülükleri açıkça ihlal eden bir yasanın hukuki etkileri ile ilgilidir. Mahkeme, sorunun, dolaylı olarak Sözleşme'nin 1. ve 2. maddelerinin yorumuyla ilgili olduğunu, bu maddelerin, devletlerin Sözleşme'de tanınan hakları ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğünü ve bunların Sözleşme'ye

---

<sup>62</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 24.

<sup>63</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 25.

<sup>64</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 29.

tabi olan tüm kişilere serbest ve tam bir şekilde kullanımını sağlama yükümlülüğünü, gerekirse bu hakları ve özgürlükleri etkili hale getirmek için gerekli olan yasama veya diğer önlemleri alma yükümlülüğünü içerdiğini ifade etmiştir.<sup>65</sup> Bu noktada devletlerin sorumluluğuna kısaca değinmek gerekmektedir.

Devletlerin sorumluluğu, uluslararası hukukun temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Hak sahibi olan süljelerin, sorumluluğunun da olması doğal bir sonuçtur. Uluslararası hukukun en önemli aktörü ve süljesi olan devletlerin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluğunun doğması bu doğal sonucun bir görünümüdür.<sup>66</sup> Sorumluluğun kaynağı sadece uluslararası anlaşmalar olmak zorunda değildir. Uluslararası sorumluluk anlaşmadan kaynaklanabileceği gibi uluslararası örf ve adet hukukundan da kaynaklanabilir.<sup>67</sup> Hatta sorumluluk, karşılıklı veya çok taraflı yükümlülüklerden doğabileceği gibi, uluslararası topluma karşı bir bütün olarak var olabilecek (erga omnes) yükümlülüklerden de doğabilir.<sup>68</sup> Sorumluluk konusu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) sıkça önüne gelmiş ve UHK, en son bu konuyla ilgili olarak Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Sebebiyle Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Madde'yi<sup>69</sup> 2001 yılında yayınlamıştır. Taslak Maddeler, devletlerin hangi yükümlülüklerinin ihlali sonucunda sorumluluğun doğacağını değil, ihlal sonrası doğan sorumluluğun nasıl düzenleneceğini içermektedir. Yani Taslak Maddeler, birincil değil ikincil kuralları içermektedir.<sup>70</sup> Taslak Madde hükümlerine göre sorumluluğun ortaya çıkması için; uluslararası hukuka aykırı bir fiilin ihmali veya icrai şekilde işlenmesi, söz konusu eylemin uluslararası hukuka göre devlete atfedilebilmesi ve devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmesi gereklidir.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 30-32.

<sup>66</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan Hakkı Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha Yayınları, 2010.

<sup>67</sup> Örneğin, UAD Korfı Kanalı ve Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davaları.

<sup>68</sup> Yücel Acer, İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 445.

<sup>69</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu bu konuyla ilgili olarak Uluslararası Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Madde, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf) e.t. 07.10.2023.

<sup>70</sup> Acer, Kaya, s. 444.

<sup>71</sup> Acer, Kaya, s.444; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Turhan Kitapevi, 2019, s.155; Hakan Hakkı, Er-

Devletler, tarafı oldukları uluslararası sözleşmeleri yerine<sup>72</sup> getirmekle yükümlüdürler. Aksi takdirde, yukarıda da değinildiği gibi yükümlülüğünü yerine getirmeyen her devletin uluslararası sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>73</sup> Örneğin, danışma görüşünde yer alan soruda olduğu gibi devletler, tarafı oldukları andlaşmalara aykırı olacak şekilde ulusal hukuklarında düzenlemeler yaparlarsa uluslararası sorumlulukları doğabilir. Ancak şunu belirtmek gerekmektedir; uluslararası sorumluluk, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması mekanizmasından farklılık göstermektedir. Nitekim, insan haklarının korunmasındaki amaç insan kişiliğinin ve değerinin korunmasıyla ilgilidir<sup>74</sup> Uluslararası sorumluluğun kimler arasında işletilebileceği Taslak Maddelerin hazırlanması sırasında tartışılmış olup, kişiler bakımından sadece yabancılar için işletilebilme ihtimali konusuna itibar edilmemiştir.<sup>75</sup> Ancak,

---

kiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha Yayınları, 2010, s.10-13

<sup>72</sup> Acer, Kaya, s.444; Erkiner, s.102, Örneğin Korfu Boğazı davasında Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davasında ve Fas Fosfatları davası, Gabcikovo-Nagyvaros Projesi davasında bu ilke uygulanmıştır. Divan, bu ilkeyi Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşünde ve Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Andlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşünde de uygulamıştır ve “*bir antlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmemenin uluslararası sorumluluğa yol açacağını açık olduğunu*” belirtmiştir.

<sup>73</sup> “Chorzów Factory davasında Uluslararası Daimî Adalet Divanı şunu ifade etmiştir: “Bir uluslararası hukuk prensibi ve hatta daha da köklü bir hukuki anlayış gereği bir taahhüdün ihlali bir tazmin yükümlülüğü içerir.”; PCIJ, Series A, No. 17, 1928, s. 29; 4 AD, s. 258. Ayrıca bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, ss. 4, 23; 16 AD, s. 155; *Spanish Zone of Morocco* davası, 2 RIAA, ss. 615, 641 ve *Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awast Tingni v. Nicaragua*, Inter-American Court of Human Rights, 31 Ağustos 2001 (Ser. C) No. 79, para. 163.”, Malcom N. Shaw, Uluslararası Hukuk, Çeviri Editörü İbrahim Kaya: Çevirenler Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, Sekizinci Baskı, TÜBA Yayınları, s.563; Ali İbrahim, Akkutay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11 / 1, Haziran- 2007, s. 421.

<sup>74</sup> Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, s. 154.

<sup>75</sup> Erkiner, s. 92-93; “*Özel raportör, Garcia Amador raporunda, sorumluluk ilişkisini haksız fiili işleyen devlet ile mağdur devlet arasında ikili bir ilişki olarak belirtmiştir. Amador'un düşüncesinde ilginç olan nokta, bu ikili ilişkinin mağdur tarafına, devletten başka kişilere de koymasında görülmektedir. Bununla beraber, Amador, devletin sorumluluğunun, bir uluslararası örgüte karşı doğabileceğini ve insan haklarının korunması konusunda, devletin gerçek kişiye karşı da sorumlu durumda olabileceğini tespit etmektedir. Yabancıların insan haklarının ihlâl edilmesi durumunda, devletin uluslararası sorumluluğunun doğacağını belirtmektedir. Amador, devlet ya da bir başka kişi dışında, doğrudan mağdur olan kişiden bir başkasının, devletin sorumluluğunu ileri sürebileceğinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla, Amador da devletin sorumluluğu hukukunu iki taraflı olarak ele almaktadır. Bununla birlikte, Komisyon, Amador'un raporunda belirttiği, mağdur devletten başka, ulus-*

devletlerin vatandaşları tarafından bölgesel veya evrensel insan hakları mekanizmaları karşısında sorumlu olma ihtimalleri göz ardı edilmemelidir. Bu noktada, uluslararası sorumluluk kurumu çerçevesinde sadece devletler ve uluslararası örgütlerin sorumlu tutulacağı söylenmelidir.<sup>76</sup> Bütün bunlar uluslararası sorumluluk ilkesinin, insan haklarının uluslararası düzlemde korunmasından farkını oluşturmaktadır.

Uluslararası sorumluluğu ortadan kaldıracak veya hafifletecek nedenler ise; fiilden zarar görenin zararı kabul etmesi, zarar görenin bu durumun yaşanmasında kusurunun olması, meşru savunma, zararlar-karşılık ve mücbir sebeptir.<sup>77</sup>

Danışma görüşünde yer alan soru, yalnızca uluslararası hukuk çerçevesinde yasanın hukuki etkilerine atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, yasa hakkında ulusal hukuktaki etkisine yönelik bir karar vermemiştir. Bu konuda, Mahkeme, ulusal mahkemelerin münhasır yargı yetkisine haiz olduğunu belirtmiştir.<sup>78</sup> Mahkeme, uluslararası yükümlülükler ve bunların ihlali sonucu ortaya çıkan sorumlulukların ayrı bir konu olduğunu; uluslararası hukuka göre, devletlerin tüm yükümlülüklerini iyi niyetle<sup>79</sup> yerine getirmeleri gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme, devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeme durumunu haklı çıkarmak için ulusal hukuku gerekçe edemeyeceklerinin altını çizmiştir. Mahkeme, danışma görüşü talebinde belirtilen soruyu sonuçlandırmadan önce taraf devletlerin Sözleşme’de belirtilen yükümlülüklerin taraf devletlerce nasıl uygulanacağını irdelemiştir. Bu noktada devletlerin uluslararası hukuk ile ulusal hukukları arasındaki ilişkiye değinmiştir.

Kısaca bu ilişki monist ve düalist teoriler ile açıklanmaktadır. Monist düşünce savunucuları uluslararası hukuk ve ulusal hukuku, tek bir hukuk düzeni olarak görmektedirler.<sup>80</sup> Böylelikle, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk

*lararası örgütlerin ya da doğrudan insan hakları ihlallerinin mağduru olan yabancı gerçek kişilerin sorumluluğu ileri sürebilmesine dair olan düşüncelerine itibar etmemiştir.”*

<sup>76</sup> Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap s. 154; Elif, Uzun, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 12.

<sup>77</sup> Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, s. 175-176; Shaw, s. 572 vd.; Erkiner, s. 165.

<sup>78</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 34.

<sup>79</sup> Burada Mahkeme, 1969 Viyana Andlaşmalar Sözleşmesi’nde de yer alan ‘Yürürlükteki her andlaşma tarafları bağlar ve onlarca iyi niyetle uygulanmak zorundadır.’ hükmünü ifade etmektedir.; Akkutay, s. 421.

<sup>80</sup> Itumeleng Shale, “Historical Perspective on the Place of International Human Rights Trea-

bir bütünün parçaları olarak kabul edilir.<sup>81</sup> Bu görüşün en önemli savunucuları Duguit, Kelsen ve Scelle'dir. Monist teoride tek bir düzen içinde yer alan bu iki hukuk sistemlerinin hiyerarşik yerlerinin belirlenmesi öncelikli sorunlardandır. Her iki hukuk sisteminde yer alan düzenlemelerin bir noktada birbirleriyle çatışması mümkündür.<sup>82</sup> Çatışma durumunda ise çatışan normların, normlar hiyerarşisindeki yerine göre bir çözüm üretileceği için uluslararası hukukun mu ulusal hukukun mu üstün olduğu sorusu bu teoride her zaman tartışılan bir konu olmuştur. Monist teoriyi benimseyenler genellikle uluslararası hukukun üstünlüğünü kabul etmişlerse de bunun aksini de savunanlar olmuştur.<sup>83</sup>

Düalist düşünce ise monizm örneğinin aksine, uluslararası hukuk ile ulusal hukukun iki ayrı hukuk düzeni olduğunu ileri sürer.<sup>84</sup> Triepel ve Anzilotti tarafından savunulan bu görüşte ayrı iki hukuk düzenini oluşturması iki nedene dayanmaktadır. Birincisi, her iki hukuk düzeninin düzenledikleri toplumsal ilişkilerin farklı olmasıdır. İkincisi ise, her iki hukuk düzeninin kurallarının çoğunlukla farklı kaynaklardan doğmasıdır.<sup>85</sup> Buradaki sorun hangi hukuk düzeninin diğerine üstün geleceğidir.

Düalist yaklaşımın en sorunlu yönü, hiç şüphesiz, uluslararası normların içeriği ve anlamı ile bu andlaşma hükümlerinin ulusal hukuka aktarılması

---

ties in the Legal System of Lesotho: Moving beyond the Monist-Dualist Dichotomy.” African Human Rights Law Journal, vol. 19, no. 1, 2019, pp. 193-218, s. 196.

<sup>81</sup> Shale, s.197; Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Turhan Kitapevi, 2021, s.19

<sup>82</sup> Deniz Tekin Apaydın. “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9/1, Haziran 2018, s. 533.

<sup>83</sup> Tekin Apaydın, s. 533; Scelle, uluslararası hukukun, ulusal hukuka göre üstünlüğünü savunmuştur. Uluslararası toplumu bireylerden oluşan insanlığın tümü olarak tanımlayan Scelle, yalnızca bireyleri uluslararası hukuk kişisi kabul etmiştir. Kelsen ise monist görüşü savunurken, ahde vefa ilkesinin en üst norm olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu normu bir varsayımdan ibaret olduğunun da altını çizmektedir. Ahde vefa uluslararası örf ve âdet hukuku kuralıdır ve yalnızca andlaşmalar bakımından bu kural üstünlük taşır. Normativist pozitivism kuramını benimseyen Kelsen “Hukukun Saf Teorisi” adlı eserinde, normlar hiyerarşisinde en üst sıraya temel norm olarak adlandırdığı “ahde vefa” (pacta sunt servanda) ilkesini koyar. Uluslararası andlaşmalar hukukunun temel dayanağı bu ilkedir. Esas norm tüm pozitivist hukuk incelemeleri için gerekli bir varsayımdır. Kelsen, farklı hukuk sistemlerinin anayasalarındaki temel norm aynı zamanda uluslararası hukuk için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Işıl Özkan, “Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk İlişkileri”, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-1-%C5%9F%C4%B11-%C3%96ZKAN.pdf> , s. 2133.

<sup>84</sup> Shale, s. 197.

<sup>85</sup> Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, s. 18.

sırasında ortaya çıkabilecek potansiyel ayrışmadır. Bu ayrışma sonucunda kendi ulusal hukukunu üstün tutan hukuk sistemine sahip olan devlet mahkemeleri, ulusal normları uygulamak zorunda kalacak ve böyle bir sapma durumunda o devlet, uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır.<sup>86</sup> Böyle bir ihtimal sonucunda da devletin sorumluluğuna gidileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Uygulamada devletlerin uluslararası hukuku ulusal hukuklarına aktarma veya uygulama konusunda serbestiye sahip oldukları bilinmektedir. Söz gelimi Türk hukuk sisteminde uluslararası hukukun, Türk hukuk sisteminin bir parçası olduğu yönünde genel bir ilkeye rastlanılmamakla birlikte; Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir...*" hükmü yer almaktadır. Yine, Anayasa'nın 90.maddesinde belirtilen hükmün devamında usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmaların, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne götürülemeyeceği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir.<sup>87</sup> Yine, Almanya, Hollanda,

<sup>86</sup> Lammers, s. 214.

<sup>87</sup> Akipek'e göre, usulüne göre yürürlüğe girmiş andlaşmalar Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun niteliği kazandığı için, andlaşmanın somut hükümleri ile çatışır nitelikteki hükümler içeren eski tarihli kanunu, bu andlaşma zımnen ortadan kaldıracaktır. Serap Akipek, "Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 48, sy. 1, Mayıs 1999, s. 21; Aybay'a göre, doktrinde bazı yazarların, Türk hukuku açısından andlaşmaların kanunlarla aynı düzeyde olduğu görüşüne; diğer bazı yazarların ise, andlaşmalarla ilgili olarak, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması yolunun kapatılması görüşüne ağırlık verdiğine dikkat çekmiştir. Aybay'ın belirttiği bu son yazarlar, usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmaların kanunlardan daha üst düzeyde olduğunu kabul etmektedirler. Aybay ise bu konudaki kendi görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "...uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz, antlaşmalara 'kanun-üstü' bir statü kazandırılmaz.", Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, 2007, s. 198; Akkutay'a göre, uluslararası andlaşmalarla ilgili hüküm içeren Anayasa'nın 90. maddesinin yanında, Türk hukukunu uluslararası hukuka açan Anayasa'nın 15., 16., 42. ve 92. maddeleri de göz önünde tutulmalıdır. Yazar, bu hükümlerde belirtilen konularla ilgili olarak, hüküm koyan uluslararası andlaşmaların garanti altına alınarak bunlara anayasal bir değer verilmesi gerekliliğinden bahsetmektedir. Yine yazar, bununla beraber göz önünde tutulması gereken hususun, usulüne göre yürürlüğe koyma işleminin Anayasa'nın 90. maddesine ve (Alıntılanan makale bu kısımda 244 sayılı Kanun'u belirtmiş olup, makale yazım tarihinde IX sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin yürürlükte olmadığı hatırlatılmalıdır.) IX sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümlerine göre yapılmasının gerekli olduğunun altını çizmiştir. Dolayısıyla bu maddelerde adı geçen yükümlülükler Türkiye'nin usulüne göre yürürlüğe koyduğu uluslararası andlaşmalardan kaynakla-



Portekiz gibi devletlerin anayasalarında andlaşmaların yasalara nazaran üstünlüğü belirtilmiştir.<sup>88</sup> Ancak, uluslararası yargı veya hakemlik kararları incelendiğinde, genel olarak uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü ilkesinin benimsendiği görülmektedir.<sup>89</sup> Buna karşılık, İngiltere’de olduğu gibi kimi ulusal mahkemeler usulüne göre yürürlüğe girmiş olan bir andlaşma ile ulusal hukuklarının çatışması durumunda, ulusal hukuk hükümlerinin üstün geleceğini belirtmiştir.<sup>90</sup>

Elbette, bir andlaşmada taraflar, andlaşma hükümlerinin, taraf devletlerin ulusal hukuklarında doğrudan etkili olacağını karar vermiş olabilirler. Bu durumda, taraf devletler, andlaşma hükümlerini kendi ulusal hukuk düzenlerinde doğrudan yürürlüğe koymak noktasında uluslararası hukuki bir yükümlülüğe girmişlerdir.<sup>91</sup> Uygulamada bu tür örnekler sık rastlanılmamaktadır.<sup>92</sup>

İnsan hakları çerçevesinde monist ve düalist teoriler hakkında, ayrıca şu belirtilmelidir; iki hukuk sisteminin yani ulusal ve uluslararası hukukun uyumlaştırılması, uluslararası insan hakları belgelerinin çoğunda yer alan bir devlet yükümlülüğü olarak öngörülmüştür.<sup>93</sup> Uluslararası insan hakları belgelerinin kitlesel olarak benimsenmesi önemli olsa da, bu belgelerin bireylere fayda sağlayabilmesi için, içerdiği normların ulusal düzeyde önem

---

nan yükümlülüklerdir. Yazar, 90. madde göz ardı edilirse uluslararası andlaşmaların yasama organının iradesi olmaksızın veya hiçbir iç hukuk işlemi yapılmaksızın doğrudan etkili olduğu sonucuna ulaşılabileceğini, bu durumun da doğrudan etkisi olan uluslararası andlaşmaların iç hukuka üstün tutularak uygulanma sonucuna dikkat çekmektedir. Akkutay, Türk hukuku açısından uygulamada yaşanabilecek en sorunlu durumun Anayasa’ya aykırı bir temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konulması durumunda gündeme geleceğini belirtmiştir. Bu durumda uygulamaya giren uluslararası andlaşmanın Anayasa’nın 90. maddesinin açık hükmü karşısında Anayasa’ya uygunluk denetimine tabi tutulamayacağını ve Anayasa’ya uygun olarak çıkarılmış bir kanunla çatışması durumunda uluslararası andlaşma hükümlerinin esas alınacağını, uygulamada andlaşma hükümlerinin ihmal edilemeyeceğini hatırlatmıştır., Akkutay, s.426, 441.

<sup>88</sup> Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, 15. Baskı, Beta Yayınevi,2021, s. 61.

<sup>89</sup> UAD Ergin Olmayanların Vasiliğine İlişkin 1902 Sözleşmesi Davası, UAD 1974 tarihli Balıklık Davası.

<sup>90</sup> Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario; Sur, s. 61.

<sup>91</sup> Johan G. Lammers, “The Monist or Dualist Approach to the Relationship between International Law and National Law.” NJA Law Journal, 3, 2009, pp. 207-218, s. 208.

<sup>92</sup> Jurisdiction of the Courts of Danzig, PCIJ 1928, Seri B, no. 15; Lammers, s. 208.

<sup>93</sup> Shale, s. 194.



kazanması gerektiği dile getirilmektedir.<sup>94</sup> Bu durumda devletler hangi teoriyi benimsemiş olurlarsa olsunlar insan hakları ile ilgili uluslararası andlaşmaların, devletleri, söz konusu andlaşmaları ulusal hukuklarında doğrudan uygulamaya yönelttiği söylenebilir. İnsan haklarının gelişimi ve korunması açısından bu eğilimin önemi göz ardı edilmemelidir.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk ilişkisine, Amerikan devletleri özelinde bakılacak olursa, bu ilişkinin çeşitlilik arz ettiği söylenebilir. Nitekim, Kolombiya ve Venezuela gibi ülkeler, uluslararası hükümlere, anayasaüstü değer verirken; Kosta Rika ve El Salvador gibi ülkeler, bu hükümlere anayasa ile yasalar arasında değer biçmektedir. Ayrıca söz konusu hükümleri yasalarıyla eşdeğerde tutan Meksika gibi ülkelere de rastlanmaktadır.<sup>95</sup>

Mahkemenin yaklaşımı değerlendirildiğinde, açıkça monist veya düalist bir yaklaşım içinde olmadığı, her iki teoriyi olaya uyguladığı söylenebilir. Bu uygulamanın temelinde de ADÖ üyesi devletlerin tamamında monist ve düalist yaklaşımlara yönelik yeknesak bir uygulamanın olmamasının yattığı düşünülmektedir. Mahkeme, düalist bir bakış açısı ile bazı yasaların sorumluluk açısından doğrudan hüküm doğurmayacağını öncelikle devletin belirli işlemler yapması gerekliliğini ifade etmiştir.<sup>96</sup> Ancak, Mahkeme burada monist teoriden türeyen bir istisnaya değinmektedir: Kendiliğinden uygulanabilir normlar (Self-executing norm)<sup>97</sup>. Bu normları hiçbir işleme gerek kalmadan bireyleri doğrudan etkileyen normlar olduğunu belirtmiştir ve kendiliğinden

<sup>94</sup> Shale, s. 194.

<sup>95</sup> Aslan, s. 270; Türk hukuku bakımından bkznz: Akkutay, s. 423 vd.

<sup>96</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 41-42. Yasanın, ilgili alanı etkileyebilmesi için sonraki normatif tedbirlere ek koşullara uyumu veya sadece devlet otoriteleri tarafından uygulanması gerekebilir. Ancak, bahsedilen bu norm yargı yetkisine tabi bireyleri, yürürlüğe girdiği anda etkileyebilir. Mahkeme, bu görüşmede, daha iyi bir terim olmadığı için, bu türleri 'kendiliğinden uygulanabilir normlar' olarak adlandıracaktır. Eğer bir kanun kendi kendini icra etmiyorsa ve henüz somut bir davaya uygulanmadıysa, Komisyon, yalnızca yasanın ilan edildiği gerekçesiyle devlete karşı bir dava açmak için mahkemeye başvuramaz. Kendi kendini icra etmeyen yasalar, yetkililere yasanın uygulanması açısından uygun önlemleri alma yetkisi verir. Kendiliğinden yasalar, sırf hükümde yer aldıkları gerekçesi ile iç hukukta uygulanmadan veya herhangi bir sonuç doğurmadan insan haklarının ihlali anlamına gelmezler.

<sup>97</sup> Bu kavramla ilgili olarak bkznz: ICRC, <https://casebook.icrc.org/node/20805>, <https://casebook.icrc.org/node/20695>, <https://casebook.icrc.org/node/20784>, [https://casebook.icrc.org/node/20893#part\\_b\\_ii\\_c](https://casebook.icrc.org/node/20893#part_b_ii_c), <https://casebook.icrc.org/node/20838>, <https://casebook.icrc.org/node/20779>; Carlos Manuel Vazquez, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 4 (Oct., 1995), pp. 695-723; Damos Dumoli Agusman, *Self Executing and Non Self Executing Treaties What Does It Mean?*, *Indonesian Journal of International Law*, vol.11, number 3.

uygulanabilir normlar söz konusu olduğunda, ister bireysel ister toplu olsun, insan hakları ihlalinin, bu tür yasaların ilan edilmesiyle gerçekleşeceğini ifade etmiştir.<sup>98</sup> Doktrinde kendiliğinden uygulanabilir normların ortak bir tanımı yapılamamıştır.<sup>99</sup> Ancak, genel olarak tanımlamak gerekirse, kendiliğinden uygulanabilir normlar, uluslararası andlaşma hükümlerinin, ulusal hukuk tarafından yeni, fazladan bir işlem yapılmaksızın, ulusal hukukta uygulanması olarak tanımlanabilir. Kendiliğinden uygulanabilir norm kavramı, Amerika Birleşik Devletleri'nde Foster vs. Neilson<sup>100</sup> Davası ile doktrine girmiş olup, Avrupa Birliği (AB) ülkelerinde “doğrudan uygulanabilirlik” kavramı altında kullanılmıştır.<sup>101</sup> Avrupa Birliği, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Danzig davasında<sup>102</sup>, Danzig-Polonya andlaşmasının, Danzig yetkilileri için bir dava hakkı sağladığına ve bir andlaşmanın taraflarının bireysel haklar ve yükümlülükler yaratan kurallar koyabileceğini ve bunların ulusal mahkemeler tarafından uygulanabilir olduğunu hükmetmesini referans alarak, kendiliğinden yürütülebilen normların, mahkemeler tarafından uygulanabilir bireysel haklar yarattığını kabul etmiştir.<sup>103</sup> Doğrudan uygulanabilir nitelikte bir AB hukuku normunun ulusal hukukta uygulanabilir olması için ulusal hukuk mekanizmaları ile herhangi bir dönüştürme yani ulusal hukuk işlemine gerek duyulmaz.<sup>104</sup> Doğrudan uygulanabilirlik kavramı, özellikle 1960'lı yıllarda Van Gend en Loos davasında<sup>105</sup> Avrupa Mahkemesi tarafından ortaya konulmuş ve Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması hükümlerinde, uluslararası andlaşmaların, ulusal mahkemelerde dikkate alınması gereken bireysel haklar yarattığını belirtmiştir.<sup>106</sup> Bir andlaşma, bir ulusal mahkeme ve ulusal otoritelerin doğrudan uygulayabileceği, birey için öznel haklar ve görevler oluşturabileceği ve bireyin ulusal mahkemeler ve ulusal otoriteler önünde buna başvurabileceği durumlarda doğrudan uygulanabilir kabul edilir.<sup>107</sup> Ancak, hem kendiliğinden uygulanabilir normların hem de doğrudan

---

<sup>98</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 43.

<sup>99</sup> Damos Dumoli Agusman, “Self Executing and Non Self Executing Treaties What Does It Mean?”, Indonesian Journal of International Law, vol.11, number 3, s. 320.

<sup>100</sup> Foster v. Neilson, 27 U.S. 253 (1829)

<sup>101</sup> Agusman, s.322; Tekin Apaydın, s. 547.

<sup>102</sup> Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928 PCIJ Series B, No. 15.

<sup>103</sup> Agusman, s. 324.

<sup>104</sup> Tekin Apaydın, s. 545.

<sup>105</sup> Case 26/62, Van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration, (1963) ECR.

<sup>106</sup> Agusman, s. 324.

<sup>107</sup> Agusman, s. 325; Tekin Apaydın, s. 545.

uygulanabilir normların ulusal yasalarda uygulanabilmesi için de usulüne uygun olarak onaylanmış ve yürürlüğe girmiş bir uluslararası andlaşma gerektiği unutulmamalıdır.

Mahkeme, sanki onaylanmayan bir andlaşmanın da bu sonucu doğuracağı kanaatini uyandıracak şekilde bir açıklama yapmıştır. Aslında, buradaki kendiliğinden uygulanabilirlik, ulusal hukukta buna dair bir yasalama faaliyetinin olmaması demektir. Mahkemenin düalizm çerçevesinden monist bir düşüncenin ürünü<sup>108</sup> olan kendiliğinden uygulanabilir normları açıklamaya çalışması kafa karıştırıcı olmaktadır. Her ne kadar bu istisnayı dile getirmiş dahi olsa Mahkeme, sonuç olarak, bir devletin Sözleşme'yi onaylaması veya kabul etmesi üzerine üstlendiği yükümlülükleri açıkça ihlal eden bir yasanın çıkarılmasının, bu andlaşmanın ihlali anlamına geldiğine ve bu tür bir ihlalin belirli kişilerin hak ve özgürlüklerini etkilemesi durumunda, söz konusu devlet için uluslararası sorumluluğa yol açtığına karar vermiştir.<sup>109</sup>

Mahkeme, ikinci soruya ilişkin olarak ise daha kısa bir açıklamada bulunmuştur. Buna göre; Sözleşme ile kurulan organların yargı yetkisinin, insan haklarının korunması ile ilgili olarak sorumluluğun, bireyleri değil, yalnızca devletleri esas aldığı belirtilmiştir. Böylece, Mahkeme yukarıda da değinildiği gibi bu soruya uluslararası sorumluluk unsurlarından yola çıkarak cevap vermiştir. Mahkeme, devletin temsilcileri veya yetkilileri tarafından işlenen herhangi bir insan hakları ihlalinin, o devletin sorumluluğunda olduğunu; eğer bu ihlaller aynı zamanda uluslararası suçlar teşkil edecek olsaydı, ek olarak bireysel sorumluluğa da yol açacağını dile getirmiştir.<sup>110</sup> Sonuç olarak Mahkeme, bir devletin temsilcileri veya yetkilileri tarafından Sözleşme'yi açıkça ihlal eden bir yasanın uygulanmasının, o devlet için uluslararası sorumluluk doğuracağını, eğer söz konusu icra uluslararası bir suç teşkil ediyorsa, icra eden temsilci veya yetkilileri de uluslararası cezai sorumluluğa tabi tutacağını danışma görüşünde belirtmiştir.<sup>111</sup>

## DEĞERLENDİRME

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-14/94 sayılı danışma görüşü, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ve buna uyulmaması

<sup>108</sup> Tekin Apaydın, s. 547.

<sup>109</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 50.

<sup>110</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 56.

<sup>111</sup> Advisory Opinion OC-14/94, para. 57.; Shaw, s.569

sonucundaki sorumlulukları irdelemesi bakımından önemli bir karardır.

Mahkeme'nin, danışma görüşünde açıkladığı üzere, Komisyon'un yetkisinin sadece Sözleşme'nin 64. maddesine dayandırmadığı, Sözleşme'nin 31. ve 44. maddesinde yer alan ve Komisyon'un amaçlarının belirtildiği maddelere dayandırıldığı hatırlanmalıdır. Bu durum, Peru ve Kosta Rika'nın itirazlarına rağmen yapılmış ve Mahkeme, insan haklarının korunması, yorumlanması söz konusu olduğunda geniş bir bakış açısına sahip olduğunu göstermiştir. Yine, Peru'nun danışma görüşüne konu olan yeni anayasa taslağı için belirtilen anayasanın yürürlüğe girip girmeyeceği itirazında da Mahkeme, bu durumun danışma görüşü kararı vermesine engel olmayacağını, hatta kendisinin insan hakları ile ilgili olarak Sözleşme'de yer alan, olayla ilgili bütün hükümleri uygulayabileceğini belirterek, ADÖ üyesi devletlere yapacakları yasaların "taslak" dahi olsa Sözleşme'ye uygun olması gerektiğinin altını çizmiştir. Bu yaklaşımla ilgili olarak, Mahkeme'nin bu sonuca, Komisyon'un Peru Devleti'nin taslak anayasasını sorularda ifade etmediği argümanını öne sürerek ulaştığını ancak, Komisyon'un taslak anayasaya da atıfta bulunduğunu belirtmek gerekir. Yine de Mahkeme'nin insan haklarının korunmasına yönelik olarak verdiği bu danışma görüşü, daha sonra ortaya çıkabilecek uyumsuzluklara ışık tutması bakımından dikkate alınması gereken bir karardır.

Sorular nezdinde Mahkeme, devletlerin uluslararası sorumluluklarının ne şekilde oluşabileceğini ve bu sorumluluğun devlet temsilci ve yetkililerine eğer şartlar oluşmuşsa nasıl atfedilebileceğini hüküm altına almıştır. OC-14/94 sayılı danışma görüşünde Mahkeme, uluslararası sorumluluk kurumunu, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali özelinde değerlendirmiş ve bu konu ile ilişkili sonuca ulaşmıştır. Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletlerin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini, ulusal hukuklarındaki taslak metinleri oluştururken dahi gözetmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Uluslararası sorumluluk ilkesinin temel normları işletilerek ulaştığı bu sonuç, günümüzde de halen geçerliliğini korumaktadır.

Son olarak Mahkeme, ulusal ve uluslararası hukuk ilişkisini monist ve düalist teorileri harmanlayarak yorumlamış ve bu minvalde devletlerin Sözleşme kapsamında çıkarttıkları yasaların hangi sistemi benimsediklerinden bağımsız olarak Sözleşme ile uyumluluğunu aramıştır. Mahkeme, düalist teoriyi açıklarken kendiliğinden uygulanabilir normları, düalist teorisinin istisnası olarak belirtmiştir. Doktrinde, monist teori içerisinde açıklanan kendiliğinden uygulanabilir normların, Mahkeme tarafından düalist teori içerisinde açıklanması, danışma görüşünde yer alan soruların açıklanmasında çelişkiye yol açtığı söylenmelidir.

## KAYNAKÇA

- ACER, Y., KAYA, İ., *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı*, Seçkin Yayınevi, 2021
- AGUSMAN, D.D., Self Executing and Non Self Executing Treaties What Does It Mean?, *Indonesian Journal of International Law*, vol.11, number 3
- AKİPEK S., “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, sy. 1, Mayıs 1999
- AKKUTAY, A. İ., “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 / 1, Haziran- 2007
- Annual Report of the Inter- American Court of Human Rights 2022 [https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2022\\_informe\\_eng\\_02.pdf](https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2022_informe_eng_02.pdf)
- ASLAN, V., “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3 Sayı:2 Yıl, 2012
- AYBAY R., “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70, 2007
- ÇAPAN, A., “İnter-Amerikan İnsan Hakları Sistemi (Tarihsel Gelişim ve Güncel Sorunlara Yeni Yaklaşımlar)” *Hukuk Kuramı*, Cilt: 1, Sayı: 3, Mayıs Haziran 2014
- ÇAMURCUOĞLU, G., “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14- 2019
- DWYER, A. S., “The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction,” 13 B.C. *Int'l & Comp. L. Rev.* 127, 1990, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol13/iss1/6>
- ERKİNER, H., H., *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, XII Levha Yayınları, 2010
- GEMALMAZ, M. S., *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, 2003
- Human rights in the Inter American System, <https://www.oas.org/ipsp/images/>

English%20FAQs.pdf

- LAMMERS, J. G., “The Monist or Dualist Approach to the Relationship between International Law and National Law”, *NJA Law Journal*, 3, 2009
- NESLİ, A., Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin Tarihi Gelişim Süreci,
- Genel Teşkilât Yapısı ve Yargılama Usûl Esasları, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 150, Şubat 2019
- ÖZKAN I., “Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk İlişkileri”, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-1-%C5%9F%C4%B1-%C3%96ZKAN.pdf>
- PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Turhan Kitapevi, 2021
- PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap*, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Turhan Kitapevi, 2019
- SAMANCI, U., “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Denetim Organları ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019
- SHALE, I., “Historical Perspective on the Place of International Human Rights Treaties in the Legal System of Lesotho: Moving beyond the Monist-Dualist Dichotomy.” *African Human Rights Law Journal*, vol. 19, no. 1, 2019
- SHAVER, L., “The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection.” *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, no. 4, 2010
- SHAW, M. N., *Uluslararası Hukuk*, Çeviri Editörü İbrahim Kaya: Çevirenler Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, Sekizinci Baskı, TÜBA Yayınları
- SOMMER KONUK, B., “Çevre ve İnsan Hakları İlişkisine Yeni Bir Yaklaşım: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-23/17 Sayılı Tavsiye Görüşü”, *Inonu University Law Review –InULR* 11(1): 384-393, 2020

SUR M., *Uluslararası Hukukun Esasları*, Tıpkı 15. Baskı, Beta Yayınevi, 2021

URAL USLAN, Y., GÜNER, T., “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.19, S.2, s.309-322, 2014

UZUN, E. *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021

TEKİN APAYDIN, D. “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 / 1, Haziran -2018

### Uluslararası Andlaşmalar ve Belgeler

Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi [https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin\\_view.php?editid1=531](https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=531)

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, [https://www.oas.org/dil/treaties\\_b-32\\_american\\_convention\\_on\\_human\\_rights.pdf](https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf)

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Statüsü,

[https://www.oas.org/xxxivga/english/reference\\_docs/Estatuto\\_CorteIDH.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/english/reference_docs/Estatuto_CorteIDH.pdf)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_tur](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur)

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf)

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf>

Uluslararası Hukuk Komisyonu bu konuyla ilgili olarak Uluslararası Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Madde, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)







# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

## Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852

Cilt/Volume: 2

Sayı/No: 2

ARALIK/December 2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

**SAHTE BELGE DÜZENLEMELERİ VEYA KULLANMAK SURETİYLE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN İŞLENMESİ VE İÇTİMA BAKIMINDAN CEZANIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2022/153, K. 2022/641 SAYILI KARARI**

*Examination of the Decision of the Judiciary Regarding the Commission of the Offence of Tax Evasion by Issuing or Using Forged Documents and the Determination of the Penalty in Terms of Implication: Decision of the Criminal General Assembly of the Judiciary Numbered E. 2022/153, K. 2022/641*

**Ahmet Can DULDA\***

### ÖZET

Ülkemizde vergi ceza ve kabahatleri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. VUK m. 359'da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu, seçimlik hareketle işlenebilen bir suç tipidir. Maddenin b bendinde yer alan "sahte belge düzenlemek" ve "sahte belge kullanmak" vergi kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketleridir. Bu suç tipi, TCK m. 207'de düzenlenen "özel belgede sahtecilik suçu"ndan farklılıklar göstermektedir. VUK m. 359/b bakımından en çok tartışılan husus içtima kurumunun uygulanmasıdır. Failin aynı ya da farklı takvim yıllarında sahte belge düzenlemesi veya kullanması, farklı içtima kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Karar incelememizde; VUK m.359/b'de düzenlenen "sahte belge düzenlemek veya sahte belge kullanmak suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçu" incelenmiş, Yargıtay kararları ışığında 7394 sayılı Kanun öncesi ve sonrası farklı takvim yıllarında işlenen suçlar arasında içtima uygulamasına değinilmiştir.

\* Avukat, Ankara Barosu, Ankara, Türkiye, e-posta: ahmet-142@hotmail.com  
ORCID: 0000-0001-7616-3277

**Anahtar Kavramlar:** Vergi kaçakçılığı suçu, sahte belge düzenlemek, sahte belge kullanmak, içtima, zincirleme suç hükümleri.

### **ABSTRACT**

*In our country, tax penalties and misdemeanours are regulated in the Tax Procedure Law No. 213. The tax evasion offence regulated under Article 359 of the Tax Procedure Law is a type of offence that can be committed with optional actions by the legislator. The optional actions of the tax evasion offence are “issuing false documents” and “using false documents” in subparagraph b of the article. This type of offence differs from the “forgery of private documents offence” regulated under Article 207 of the TPC. The most controversial issue in terms of Art. 359/b of TPC is the application of the cumulation rule. The fact that the perpetrator issues or uses forged documents in the same or different calendar years necessitates the application of different rules of cumulation. In our decision review; “the offence of tax evasion committed by issuing or using a false document” regulated under Article 359/b of the TPL has been examined, and in the light of the decisions of the Court of Cassation, the application of the rule of cumulation between the offences committed in different calendar years before and after the Law No. 7394 has been mentioned.*

**Keywords:** Tax evasion offence, forging documents, using forged documents, aggregation, chain offence provisions.

## **GİRİŞ**

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenen “vergi kaçakçılığı” seçimlik hareketle işlenebilen bir suç tipidir. Suçun farklı hareketlerle birden çok işlenmesi özellikle içtima kurumu bakımından çeşitli sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Çalışmamızda özellikle, VUK m. 359/b'de düzenlenen suçun yapısı ve Yargıtay kararları çerçevesinde içtima hükümlerinin bu suç tipinde nasıl uygulandığı üzerinde durulmuştur. Zira 7394 sayılı Kanun öncesi Yargıtay içtihatlarından kaynaklı sorun nedeniyle failin işlemiş olduğu haksızlığın çok üzerinde cezalar verilmekte ve bu ‘öngörülemez’ bir durum ortaya çıkarmaktaydı. İncelemeye konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.10.2022 tarihli ve E. 2022/153, K. 2022/641 sayılı Kararı; VUK m. 359/b'de düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu ve içtima kurumu ilişkisine Yargıtay'ın getirdiği yorumu inceleme fırsatı sunmasının yanı sıra 7394 sayılı Kanun sonrası verilen bir karar olması bakımından da ayrıca bir önem arz etmektedir.

## I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.10.2022 tarihli ve E. 2022/153, K. 2022/641 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; ABC Ltd Şirketinin müdürü olan X, 2010, 2011 ve 2012 takvim yıllarında komisyon karşılığında çok sayıda sahte fatura düzenler ve aynı takvim yıllarında başkaları tarafından düzenlenen çok sayıda sahte faturayı kullanır.

## II. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Karara konu teşkil eden olaydaki hukuki sorun şu şekildedir:

Bir şirket müdürünün arka arkaya üç yıl içinde çok sayıda sahte fatura düzenlemesi ve sahte olarak düzenlenen çok sayıda faturayı kullanması olayında,

a) Her bir sahte faturanın düzenlenmesi ve kullanılması bağlamında ayrı ayrı vergi kaçakçılığı suçu mu oluşur ve dolayısıyla, gerçek içtima hükümlerine göre mi cezalandırılmayı gerektirir?

b) Her bir sahte faturanın düzenlenmesi ve kullanılması bağlamında ayrı ayrı vergi kaçakçılığı suçu oluşmakla birlikte, bütün bu kaçakçılık fiillerinin aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlendiğinin kabulüyle, zincirleme suç hükümlerine göre mi cezaya hükmetmek gerekir?

c) Her bir takvim yılı içinde düzenlenen ve/veya kullanılan çok sayıda sahte faturalar bağlamında işlenen vergi kaçakçılığı suçları ile ilgili olarak, bunların aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlendiğinin kabulüyle, zincirleme suç hükümlerine göre cezaya hükmetmekle birlikte; farklı takvim yıllarında işlenen vergi kaçakçılığı fiilleriyle ilgili olarak, gerçek içtima hükümlerine göre mi cezaya hükmetmek gerekir?

## III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Yerel mahkemece X hakkında, 213 sayılı Kanun'un 359/b-1, TCK'nın 62 ve 53. maddeleri uyarınca üç kez 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna karar verilmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 04.07.2018 tarih ve 4264-6209 sayılı kararıyla ilk derece mahkemesi hükmünü bozmuş ve X hakkında her takvim yılındaki eylemlerin de ayrı suçları oluşturduğu ve aynı yılda birden fazla fatura düzenlenmesi ve kullanılması halinde kendi içinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği cihetle; her bir suç yönünden ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, her takvim yılında işlenen sahte fatura

düzenleme ve kullanmak eylemlerinin tek suç olduğu kabul edilip zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yargıtay'ın bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi X hakkında altı kez 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ve hak yoksunluğuna karar vermiştir. Hüküm X'in müdafii tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay, Daire başkanının karşı oyuyla ilgili hükmü onamıştır. Daire başkanı karşı oyunda şu görüşlerde bulunmuştur; “... her takvim yılının ayrı suç olduğuna ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle X hakkında sahte fatura kullanmak suçundan TCK'nun 61. maddesine göre temel ceza belirlendikten sonra TCK'nun 43. maddesi uygulanarak sonuç cezanın belirlenmesi, sahte fatura düzenlemek suçundan da TCK'nun 61. maddesine göre temel ceza belirlendikten sonra TCK'nun 43. maddesi uygulanarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu oy çokluğuyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazını reddetmiştir. Genel kurul çoğunluğunun gerekçesi şu şekildedir;” ... suç konularının birbirinden farklılık arz etmesi hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda, somut olayda sanığın, sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanma suçlarını birbirinden bağımsız şekilde işlediği, sanığın sahte fatura kullanma ve düzenleme suçundan ayrı ayrı cezalandırılmasının yerinde olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.”

Karşı oy kullanan 3 Genel Kurul üyesinin görüşleri ise şu şekildedir; “... vergi kaybının önlenmesi amacıyla, vergi kaybının gerçekleşmesini dahi unsur olarak aramadığı için vergi kaçakçılığı suçunu tehlike suçu olarak öngören kanun koyucunun, gerek sahte belge düzenleyerek menfaat karşılığı vergisel işlemde kullanılması koşuluyla başkasına verilmesi eylemi ile başkası tarafından düzenlenen sahte belgeyi vergisel bir işlemde kullanma eylemini aynı maddeyi ihlal eden seçimlik hareketler olarak öngörmesi nedeniyle eylemlerin küll halinde zincirleme şekilde tek vergi kaçakçılığı suçunu oluşturduğu kabul edilerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kısmen değişik gerekçeyle kabul edilmesi gerekirken...”

#### **IV. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ**

Uyuşmazlığın çözümüne geçmeden önce sorunun temelini teşkil eden birtakım kavramların irdelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle

uyuşmazlık konusu olayımızdaki sorunların çözümü için öncelikle vergi ceza hukuku kapsamında kaçakçılık suçunu incelemekte fayda görüyoruz.

Vergi ceza hukuku, vergi ödemekle yükümlü olan kişiler ile devlet arasındaki ilişki nedeniyle doğan ve devleti vergi kaybına uğratarak vergi zıyanına neden olma, vergisel kabahatler ve bunlara karşı öngörülen cezaları da içine alan kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> Devlet, Anayasadan almış olduğu yetkiyle, kamu hizmeti ve sürekliliğini sağlamak için vergi ödemekle mükellef gerçek ve tüzel kişiliklerden vergi toplamaya çalışmaktadır.<sup>2</sup> Vergi ödemek Anayasal bir yükümlülüktür (Anayasa m. 73). Ancak ilgililer vergi ödeme yükümlülüğünü zaman zaman yerine getirmemektedir. Bu durumda eğer ilgili kişilerin fiilleri, vergi ceza hukuku bağlamında sorumluluklarını doğuruyorsa, devletin cezalandırma yetkisi gündeme gelecektir.

Hukukumuzda vergi ceza hukuku bağlamında suç ve kabahatler, 10.1.1961 Tarih ve 10703 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 213 sayılı Vergi Usul Kanun (VUK) ile düzenlenmiştir. VUK’nda düzenlenen suçlardan biri de vergi kaçakçılığı suçudur. VUK m. 359’da “kaçakçılık suçları ve cezaları” başlığı altında düzenlenen bu suç tipi, gerek öğreti de gerekse uygulamada sıkça tartışma konusu olmaktadır. İlgili madde, birden çok bent ve fıkradan oluşmaktadır. Ancak biz inceleme konumuz gereği, sahte belge düzenlemek veya sahte belge kullanmak suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 359. maddenin b bendi üzerinde durmakla yetineceğiz.

İlgili maddenin b bendinde vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananların üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağı hükme bağlanmıştır (VUK m. 359/b). Kanun maddesinin devamında gerçek bir muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgenin sahte olduğu belirtilmiştir. ‘Belge’ ifadesi her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) da geçmekte ise de belge kavramından ne anlaşılması gerekeceği hususunda herhangi bir tanıma Kanunda yer verilmemiştir. Ancak TCK m. 204’ün gerekçe kısmında belge, eski dilimizdeki “evrak” kelimesine

<sup>1</sup> Ahmet Bozdağ, Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 140

<sup>2</sup> Mümin Güngör, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2020, 44, 269-300, s. 269.

karşılık geldiği ve yazılı kağıtların belge olduğu şeklinde tanımlanmıştır.<sup>3</sup> HMK m. 199’da belge; “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir” şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu belgeyi; “hukuki bir sonuç doğurmaya veyahut bir durumu belirlemeye veya ispat etmeye yarayan yazılara varaka denilmektedir. Varakalar, onları düzenleyen kişilerin sıfat ve görevlerine göre ya hususi veya resmi olmaktadır” şeklinde tanımlamıştır.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 31. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 422

<sup>4</sup> Hatice Ela, Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 56; Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında VUK uyarınca sahte belgeyi şöyle tanımlamıştır; “... Sahte belge, devletin belirlediği şekil ve içeriğe aykırı bir biçimde düzenlenen belgelerdir. Vergi Usul Kanununda yer alan ve vergi hesaplamalarına esas olan belgelerde sahtecilik olduğu için, ilgili yasada yer alan tanıma da yer verilmesi gerekmektedir. Bu durumda, Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesine göre, gerçek bir işlem veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgelere sahte belge adı verilir.

Sahte belge, gerçekte olmayan, alınması ya da verilmesi gerekmeyen bir belgenin olayın faili tarafından düzenlenmesi veya bir işlem olmadığı halde varmış gibi düzenlenen belgedir. Burada taklit şeklinde bir sahtecilik söz konusudur. Örneğin, gerçekte yapılmayan bir satış için fatura düzenlenmesi sahte belge olarak adlandırılabilir. Bununla birlikte Yargıtay tarafından verilen bir kararda (Yrg. 11. CD., 13/06/2001 tarih, E.2001/6053, K.2001/6820 sayılı karar.); ‘Belgesiz yapılan satın alınan başka bir mükellefin faturasıyla belgelendirilmesi halinde, düzenleyip verenle gerçek bir alım-satım olmadığından, bu faturaların, sahte olarak kabul edilmesi gerekir.’ şeklinde hüküm verilmiştir. Bir başka ifade ile, gerçek bir işlemi yansıtsa bile, farklı taraflar arasında düzenlenen belgeler, sahte belge olarak nitelendirilmektedir. Sahte belgede, gerçekte olmayan bir işlemin varlığını gösteren belge vardır. Yani gerçek bir belgenin üzerinde silinti, kazıntı gibi sonradan değişiklik yapılması hali değildir. Sahte belge gerçekte hiç yapılmayan bir satış için fatura düzenlenmesidir. Faturada gösterilen mükellef adresinin, vergi dairesi ismi ve vergi hesap numarasının, basım yapan matbaanın sahte olduğu, ticaret sicilinde böyle bir firma bulunmadığı saptanacak olursa da sahtecilik söz konusudur. Sahte belgede yer alan hususlar tamamen gerçek dışıdır. Örneğin, bir işletme, gerçekte almadığı bir mal veya hizmet için fatura sağlayıp, bu faturayı kayıtlarına alabilmektedir. Üzerindeki imzalar ve miktarlar sahte olan her türlü belgeler ve makbuzlar; geçmiş yıllarla ilgili olduğu halde cari yıl işlemleri için kullanılmak istenen belgeler sahte vesikalara örnektir.

Gerçek bir işlem ve durum olmadığı halde geçmiş gibi düzenlenen belge sahte belgedir. Yine belge düzenleme yetkisi bulunmayan kişiler tarafından düzenlenen veya başkası adına bastırılıp kullanılan belgeler de sahte belgedir. Bununla birlikte, maliyetlerin veya giderlerin belgesiz olarak kaydedilmesinde, kaydedilen tutarların gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınması mümkündür. Çünkü bu vergiler açısından belge ikinci planda, ekonomik ve maddi gerçeklik ön plandadır. Burada önemli olan, belgeye bağlanamayan mal veya hizmet alınımının gerçekten yapıldığının ve gider yazılan tutarın gerçeğe (emsallerle) uyumlu olduğunun kanıtlanmasıdır. Örneğin bir binaya asansör konulması, ancak asansörün ve montaj hizmetinin belgelenememesi durumunda, yapılan

TCK m. 204'te resmî belgede sahtecilik suçu TCK m. 207' de ise özel belgede sahtecilik suçu düzenlenmiştir. Resmî belge özelliği taşımayan ve kanun koyucunun resmî belge saymadığı her belge özel belgedir.<sup>5</sup> VUK'nda "belge" tanımlanmamış, sırasıyla belgelerin neler olduğu ve belge düzenine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.<sup>6</sup> VUK m. 359/b'de ise vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin sahteliğinin yanı sıra defter ve kayıtlardaki sahtecilikte yaptırım altında alınmıştır. Ancak kanımızca "belge" kavramı zaten defter ve kayıtları da kapsamaktadır.

VUK m. 171'de defter tutmanın amaçları belirtilmiş VUK m. 172'de ise defter tutma ile yükümlü kişiler sayılmıştır. Buna göre; ticaret ve sanat erbabı, ticaret şirketleri, iktisadî kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadî

*kaydın geçersiz sayılması, masrafsız binanın masrafsız kabul edilmesi vb. maddi gerçeğe aykırı bir durum oluşturur. Danıştay kararlarında da, belgesiz bu harcamanın gider veya maliyet olarak nazara alınması yerindedir.*

*Sahte belge tanımına kanunda olduğu gibi sadece olayın gerçek olup olmadığı yönünden bakıldığında uygulamada birtakım sorunlar da ortaya çıkabilmektedir. Sahte belge kavramı, olayın gerçek olup olmadığı yönünden değil, belgenin niteliği yönünden de incelenmelidir. Yani, sahte belge tanımı, belgelerin şekil şartlarına ve kamu otoritesince belirlenmiş kurallara aykırılığı yönünü de kapsamalıdır. Özellikle anlaşmalı matbaada bastırılmamış bir belgenin diğer kullanıcılar tarafından anlaşılması mümkün olmayabilir. Ya da yetkili bir matbaada bastırılmış olan bir belgenin mükerrer olarak numaralandırılması halinde bunun da kullanıcılar tarafından anlaşılması kolayca anlaşılabilir bir durum değildir. Kısaca, sahte belgenin bilerek kullanıldığının kabul edilebilmesi için, ya sahteliğin açıkça anlaşılır olması ya da belgenin tarafları arasında bir çıkar birliğinin bulunduğu ispat edilmesi gereklidir. Görüldüğü üzere, sahtecilik, mükellefin yönetmeliklere uygun olarak bastırıldığı belgeler vasıta kılınarak işlenebileceği gibi, sahte basılmış belgelerle de işlenebilir. Birinci halde içerikte sahtecilik söz konusu iken, ikinci halde içerik önemli olmamakta, içerik gerçek bile olsa belge sahte nitelik taşımaktadır.*

*Vergi borçlarının, vergilendirmeye ilişkin belgelerde ve kayıtlarda sahtecilik yapmak suretiyle ödenmemesi durumu birçok yabancı literatürde de belirtilmiştir. Sahte kayıt ve sahtecilikte, sahte belgeyi düzenleme ve bilerek kullanma suçları olarak iki ayrı suç oluşmaktadır.*

*Sahtecilik suçu, sahte belgenin gerçekmiş gibi kabul edilmesini sağlamak ve devletin veya diğer kişilerin zarara uğraması niyetiyle kişileri kandırmak olarak da tanımlanabilmektedir. Belgenin içeriğinin sahte olmasının yanı sıra, kendisinin de Tamamen sahte olması, yani gerçek bir ticari ilişkiye dayanmaması durumu söz konusu olabilmektedir. Bu durum sahte kayıt yapma suçuna göre daha ağır bir suç olarak kabul edilmektedir." YCGK, E. 2018/427, K. 2918/517, T. 8.11.2018 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat)*

<sup>5</sup> Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 843

<sup>6</sup> Mehmet Yüce, Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.92



işletmeler, serbest meslek erbabı ve çiftçiler Kanun uyarınca defter tutmakla yükümlüdür. VUK uyarınca tutulacak defter türlerini bilanço esasına göre, işletme esasına göre ve diğer defterler olarak gruplandırmak mümkündür. Bilanço esasına göre tutulacak defterler; yevmiye defteri, defter-i kebir, envanter defterinden ibarettir (VUK m. 182). I. Sınıf tüccarlar olarak tabi edilen ticaret şirketleri ve belirli bir işletme büyüklüğüne ulaşmış işletmeler bu defterleri tutmakla yükümlüdür.<sup>7</sup> II. Sınıf tüccarlar ise işletme hesabı defteri tutarlar (VUK m. 193, m. 194).

VUK m. 359/b'de geçen “kayıt” kavramından ne anlaşılması gerekeceğinin de ortaya konulması gerekmektedir. TDK'ya göre kayıt; bir yere mal ederek deftere geçirme anlamına gelmektedir.<sup>8</sup> Kanun koyucu “kayıt” ifadesini Kanunda, kelime anlamını yansıtan bir şekilde kullanmıştır.

Defter ve kayıtlara ilişkin kayıt nizamı VUK'un 215-219 maddeleri arasında düzenlenmiş ve bazı şartlar sıralanmıştır. Her ne kadar kanun koyucu defter ve kayıt demek suretiyle bir tanımlama yapmışsa da “kayıt”tan kastın “belge” olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz. VUK'un 215-219. maddelerinde kayıtlarda bulunması gereken şartlar şu şekilde sıralanmıştır; Türkçe tutma ve Türk Parası kullanma zorunluluğu, defterlerin mürekkeple yazılması, yanlış kayıtları düzeltme, boş satır bırakılmaması, sayfaların yok edilmemesi ve kayıtların zamanında yapılması. Kanun koyucunun bu şekilde bir kayıt nizamı öngörmesinin temelinde, vergilemeye daha duyarlı olunmasını sağlamak ve denetimi kolaylaştırma hedefleri bulunmaktadır.<sup>9</sup>

## **A. Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsurları**

### **1. Fiil**

VUK 359. maddesinin b fıkrasında ilgili suç tipi şu şekilde düzenlenmiştir; “*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 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*

<sup>7</sup> Gürbüz Gökçen/ Mustafa Özdemir, “Türkiye’de Muhasebe Uygulamalarından E-Defter ve E-Fatura Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, 2016, 12 (46), 137-154, s. 141

<sup>8</sup> <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 7.12.2023

<sup>9</sup> Fatma Taş, “Vergi Mükelleflerinin Kayıt Düzenine İlişkin Ödevleri”, Maliye Dergisi, 2007, 152, 116-120, s. 120



*hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.”*

İlgili suç tipi, sahte belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak suretiyle seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Seçimlik hareketli suçlarda suçun tamamlanması için seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Seçimlik hareketlerden bir ya da birkaçının işlenmesi halinde de tek bir suç işlenmiş olur. Seçimlik hareketli suçlarda suç konusu değişmemekte, suç, aynı konu üzerinde gerçekleşmektedir. Nesnel olarak farklı konular üzerinde hareketlerin gerçekleşmesi durumunda ayrı ayrı suçlar meydana gelecektir.<sup>10</sup> Failin, aynı bentte yer alan hareketleri suçun konusu aynı olmak kaydıyla gerçekleştirmesi durumunda tek ceza verilecektir. Ancak birden fazla hareketin olması, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. VUK m. 359/b uyarınca, vergiye esas teşkil eden bir belgenin hiç düzenlenmemiş olması halinde bu suç oluşmayacak, yapılan hareket sadece kabahat teşkil edecektir.<sup>11</sup>

Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgelerin sahte olarak düzenlenmesi ile işlenmiş olacaktır. Ayrıca bir neticenin meydana gelmesi gerekmemektedir. Bu yönüyle bu suç tipinin sırf hareket suçu olduğu söylenebilir. Sırf hareket suçları, hareketin yapılmasıyla veya ihmal ile suçun tamamlanması olarak tanımlanmaktadır.<sup>12</sup> VUK m. 359/b bu yönüyle TCK m. 207’den ayrılmaktadır.

<sup>10</sup> Örneğin bir parti uyuşturucu maddeyi satın alan, başka bir parti uyuşturucu maddeyi ise nakleden kişi, iki ayrı suç işlemiş olmaktadır. Her ne kadar uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m. 188, f.1,3) seçimlik hareketli suç ise de, satın alma ve nakletme fiillerinin konusunu oluşturan uyuşturucu maddenin nesnel olarak aynı olmaması halinde, iki ayrı suçun varlığını kabul etmek gerekir. Bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 186

<sup>11</sup> Ertuğrul Ünal, “Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2021, 27 (2), 1260-1297, s. 1265-1266

<sup>12</sup> Alman doktrininde sırf hareket suçları denen bir kategorinin ceza hukuku dünyasında var olup olmadığı konusunda güncel tartışmalar yapılagelmektedir. Alman doktrininde öncelikle suçların sırf hareket suçu ve neticeli suçlar olarak temelde ikiye ayrılması konusunda bir görüş birliği olduğu söylenemez. Ayrımı reddeden yazarlara göre esasen “sırf hareket suçu” diye bir suç tipi bulunmamaktadır. Çünkü sırf hareket suçlarında da temel olarak harekete bağlanan bir dış etki etki vardır. Örneğin yukarıda sırf hareket suçlarına örnek verilen “yalancı tanıklık suçunda”, suçun gerçekleşebilmesi için “ifade” hâkim tarafından duyuları itibari ile algılanmış/ıdrak edilmiş ve hem hâkim hem de tanık açısından tamamlanmış olmalıdır. Benzer yönde, “sarhoş şekilde araç kullanma” fiili için sürücünün direksiyona oturması yeterli değildir. Ayrıca failin, fiilen aracı hareket ettirmiş olması hareketin bir koşulu olarak karşımızda çıkmaktadır. Bu açıdan esasen neticesiz suçlar diye bir suç tipi bulunmamaktadır. Türk doktrininde de buna benzer görüşler savunulmaktadır. Bkz. Elvan

Zira TCK m. 207 uyarınca sahte belgenin düzenlenmesi, suçun meydana gelmesi için yeterli değildir. Bu suçun meydana gelebilmesi için sahte olarak düzenlenen belgenin kullanılması da gerekmektedir.<sup>13</sup> TCK m. 207’de fikri sahtecilik cezalandırılmamıştır. Ancak VUK m. 359/b uyarınca özel belge niteliğindeki faturada fikri sahtecilik tipik fiiller arasında sayılmıştır.<sup>14</sup> Yargıtay kararlarında, sahte fatura varlığının kabulü için öncelikle Vergi Usul Kanunu’nun 230. Maddesinde öngörülen zorunlu bilgilerin mevcut olması gerektiği aksi takdirde zorunlu bilgileri taşımayan faturaların vergi kanunları uyarınca hiç düzenlenmemiş sayılacağı belirtilmiştir.<sup>15</sup> Buna göre VUK m. 359/b uyarınca ceza sorumluluğunun doğması için faturalarda ve dolayısıyla belgelerde öncelikle zorunlu unsurların tam olması gerekmektedir. Aksi takdirde VUK uyarınca geçerli bir belgeden söz edilemeyecektir. Zorunlu unsurlar tam ancak belge içerisindeki bilgilerde vergi kaçakçılığını doğuracak kasıtlı bir oynama varsa VUK m. 359/b uyarınca sahte belge düzenleme suçunun tipikliği meydana gelecektir.

## 2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Kanun koyucu VUK m. 359/b düzenlemesi ile vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri kısmen sahte olarak düzenlemeyi veya bu belgeleri kullanmayı yaptırım altına almıştır. Bu suç tipinin konusunu; vergi kanunları uyarınca tutulan, düzenlenen veya saklanan belge oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle ceza hukuku tarafından korunan ve tehlikeye maruz bırakılan menfaat

---

Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 25 (2), 433-464, s. 440

<sup>13</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 844

<sup>14</sup> Ünal, 1267

<sup>15</sup> “213 sayılı Vergi Usul Kanununun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki “Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşınamaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır” şeklindeki düzenlemeye göre de faturaların Vergi Usul Kanununun 230. maddesinde öngörülen zorunlu bilgileri içermesinin gerekmesi, dosya içinde düzenlendiği iddia edilen faturaların bulunmadığının anlaşılması karşısında...” Yargıtay 19. CD., E. 2015/8665, K. 2015/6343, T. 28.10.2015 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 19. CD., E. 2015/2866, K. 2015/5570, T. 14.10.2015

Öte yandan VUK m. 359/c bendinde yer alan vergi kaçakçılığı suçunun konusunu ise, “ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeler” oluşturmaktadır. Bkz. Esmâ Sinem Meral, “Vergi Kaçakçılığı Suçları ile Belgede Sahtecilik Suçları Arasındaki İlişkisi” in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 307-344, s. 323

korunmak istenmektedir.<sup>16</sup>

VUK m. 359/b fıkrasında düzenlenen sahte belge düzenleme ile korunan hukuki değer ile TCK m. 207 ile korunan hukuki değer farklıdır. VUK m. 359/b düzenlemesiyle devletin vergilendirme hak ve yetkisinin korunması amaçlanmaktadır.<sup>17</sup> TCK m. 207 ile korunan hukuki değer ise toplumun özel belgenin gerçekliğine olan inancını korumaktır.<sup>18</sup>

### 3. Fail ve Mağdur

Suçun maddi unsurları bakımından TCK m. 207 bağlamında suçun faili, özel kişi ya da kamu görevlisi olabilir. VUK m. 359/b kapsamında ise suçun faili, fiili bizzat işleyen gerçek kişiler ve tüzel kişilerin yetkili temsilcileri veya yönetim organlarındaki gerçek kişiler olabilir.<sup>19</sup> 4369 sayılı Kanun ile gelen değişiklik öncesi bu suçun faili sadece vergi mükellefi veya vergi sorumlusu kişiler olabilmekteydi<sup>20</sup>

Vergi kaçakçılığı suçunun mağduru kamudur. Bu suç ile devletin vergilendirme yetkisinin korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla suçun işlenmesi halinde mağdur tüm toplum olur.<sup>21</sup> Benzer şekilde TCK m. 207 kapsamında da suçun mağduru kamu yani toplumdur.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Burak Aslanpınar, TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 81

<sup>17</sup> Berrin Akbulut, "Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)", Adalet Dergisi, 2023, 71, 653-702, s. 661

<sup>18</sup> Hamide Zafer, Özel Belgede Sahtecilik, Özel Ceza Hukuku, c. VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 150; Yargıtay bir kararında, faturanın herhangi bir vergisel işlemde kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerektiğini; faturanın herhangi bir vergisel işlemde kullanılmadığının anlaşılması halinde, eylemin sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarını oluşturmayacağını, özel belgede sahtecilik suçunun oluşup oluşmayacağını tartışılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Murat Batı, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği-Vergi Yargısı- Kamu İcra, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 357

<sup>19</sup> Ünal, 1272

<sup>20</sup> 4369 sayılı Kanun ile özgü suç ve özgü faillik tartışmalarına son verilmiştir. Böylelikle, örneğin, işletme sahibi olan mükellefin veya mükelleflerin, işlerinin yürütülmesi ve idaresinde çeşitli kademelerde çalıştırdığı kişilerin işlediği fiiller nedeniyle fail olarak sorumlu tutulmaları mümkün olmuştur. Başka bir deyişle, bazı durumlarda ceza sorumluluğu, mükellef adına işlem yürüten kişilere ait olmaktadır. Bkz. Meral, 320

<sup>21</sup> Akbulut, 665

<sup>22</sup> Bu suçlarla ilk sırada kamu güveninin korunması amaçlandığından, bu suçlarda suçun mağduru kamudur. Bununla birlikte öğretide toplumu oluşturan tüm bireylerin suçun mağduru olduğu ya da suçun mağdurunun, suçtan dolayı haksızlığa uğrayan kişiler olduğu da

#### 4. Netice ve Nedensellik Bağı

Netice, failin işlemiş olduğu fiilin dış dünyada meydana getirmiş olduğu değişikliktir.<sup>23</sup> Çoğu suç tipinde hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmaktadır. Bu suçlara öğretide “sırf hareket suçları” denilmektedir. Bazı suç tiplerinde ise suçun kanuni tarifinde yer alan neticenin meydana gelmesi aranmıştır. Bu suç tiplerine öğretide “neticeli suçlar” denilmektedir.<sup>24</sup>

VUK m. 359/b uyarınca suçun meydana gelmesi için sahte belge düzenlemek ya da sahte belgenin kullanımı yeterlidir. Bu yönüyle VUK m. 359/b’de tanımlanan suçların sırf hareket suçlarından olduğu söylenebilir.<sup>25</sup> Ayrıca ilgili maddede tanımlanan bu suçlar birer “tehlike suçları”dır. Çünkü tehlike suçlarında, zarar tehlikesinin netice olarak meydana gelmesi yeterli görülmektedir.<sup>26</sup>

Bir kişinin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için hareket

---

ileri sürülmektedir. Belirtelim ki, suçun mağdurunu belirlemek, örneğin suçların içtimai ve özellikle zincirleme suç, ceza davasına katılma gibi ceza ve ceza muhakemesi kurumlarının uygulama alanının belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Kanaatimizce, suçun düzenlendiği yerden yani yasanın sistematüğinden hareketle söz konusu suçun mağdurunu toplum olarak kabul etmek ve bu suçtan münferit kişiler zarar görmüş ise kurumları bu zarar gören kişileri esas alarak değerlendirmemek gerekir. Bkz. Zafer, 153

<sup>23</sup> Yeni TCK’ya hakim olan suç teorisinde, her suçta mutlaka bir netice vardır şeklindeki klasik anlayış terk edilmiştir. Bunun sonucu olarak, benimsenen sistemde, klasik suç teorisinde olduğu gibi “neticesi harekete bitişik” veya “neticesi hareketten ayrı suç” ayrımından artık söz edilemez Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, 191; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 129

<sup>24</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 192

<sup>25</sup> 4369 sayılı Kanun öncesinde kaçakçılık suçlarında “vergi ziyarı” suç unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple sahte belge düzenlenmesinin yanında vergi ziyarı da aranmaktaydı. Vergi ziyarı ile neticelenmeyen sahte belge düzenleme hareketi ise, VUK’un 358. Maddesinde yer alan vergi kaçakçılığına teşebbüs suçu olarak nitelendirilmekteydi. 4369 sayılı Kanun ile kaçakçılık suçlarında vergi ziyarı suç unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Ayrıca VUK’un 359. Maddesinde yer alan kaçakçılığa teşebbüs suçu da ilga edilmişti. Bu değişiklikler ile neticeli suç olarak düzenlenen bu kaçakçılık suçları sırf hareket suçlarına dönüşmüşlerdir. Bkz. Ahmet Emrah Geçer, Vergi Usul Kanunu’nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibari ile Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 300

<sup>26</sup> Zarar suçlarında hareketin yönelmiş olduğu konuda bir zararın meydana gelmiş olması arandığı halde, tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi netice olarak yeterlidir. Tehlike suçlarında, hareketin yönelik olduğu konunun gerçekten zarar uğramış olması şart değildir; bu konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesi ile karşılaşmış olması, yani hareketin suçun konusu üzerinde zarar tehlikesini yaratabilme imkanının varlığı suç tipinin ihlal edilmiş olması için yeterlidir. Bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler/ Temel Bilgiler, 18. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 150-151

ve netice arasında bir nedensellik bağının olması gerekir. VUK m. 359/b bağlamında nedensellik yönünden bir uyuşmazlık meydana gelmez.<sup>27</sup> Zira sırf hareket suçlarında hareketin yapılması suçun meydana gelmesi için yeterlidir.<sup>28</sup>

## 5. Suçun Nitelikli Unsurları

Kanunlarda öncelikle suçun temel şekli tanımlanmaktadır. Ayrıca suçun bu temel şekline göre cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlara da yer verilmektedir. Bu unsurlara “nitelikli unsurlar” denilmektedir. Bunlar; fiilin işleniş tarzı olarak, fiilin işlendiği yer ve zaman itibarıyla, failin vasfı yönünden, mağdurun vasfı yönünden, fail ile mağdur arasındaki ilişki itibarıyla, suçun konusu ve fiilin işlenişiyle güdülen amaç veya saik olarak gruplandırılabilir.<sup>29</sup>

VUK m. 359/b’de yer alan sahte belge düzenleme veya kullanma suçu için cezanın artırılmasını gerektiren herhangi bir nitelikli hale Kanunda yer verilmemiştir. Ancak VUK’un 344. maddesi şu düzenlemeyi içermektedir; *“341 inci maddede yazılı hallerde vergi ziyana sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilir. Vergi ziyana 359 uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanır.”*

VUK m. 359/b kapsamında bir suçun işlenmesi için hareket neticesinde vergi ziyasının meydana gelmesi durumu aranmamaktadır. Eğer bu suçlar kapsamında vergi ziyayı doğarsa, bu durum cezanın TCK 61 kapsamında şahsileştirilmesi aşamasında göz önüne alınacaktır. Ancak kanun koyucu, devletin vergilendirme yetkisini tam koruma altına almak adına VUK m. 344’te özel bir düzenleme yapmış ve VUK m. 359/b kapsamında işlenen bir suç neticesinde vergi ziyasının ortaya çıkması durumunda, ilgili hakkında, ziyaa uğratılan vergi miktarının üç katı oranında bir cezanın uygulanacağı

<sup>27</sup> 4369 sayılı Kanun öncesi sahte belge düzenleme veya kullanma suçu birer neticeli suç tipiye kanunî yapılan Kanuni değişiklik sonrası ilgili suç tipi sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir.

<sup>28</sup> Bir neticeden dolayı sorumlu tutulabilmenin temelini, hareket ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağı oluşturur. Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için hareketin yapılması yeterli olduğundan, bu suçlarda nedensellik bağı problemi ortaya çıkmaz. Nedensellik bağı, kanuni tanımında hareketin yanı sıra neticeye de yer verilen suçlarda gerekli olan bir olgudur. Bkz. Koca/Üzülmez, 132

<sup>29</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 227-230

belirtilmiştir. Bu durum aynı fiil neticesinde kişilerin iki kere cezalandırılması durumunu meydana getirmekte ve “non bis in idem” ilkesinin ihlal edildiği tartışmalarına yol açmaktadır. Vergi zıyanının yaptırımını idari para cezasıdır dolayısıyla vergi zıyanı bir suç değil kabahattir.<sup>30</sup>

AİHM bir kararında, aynı fiil nedeniyle hem idari para cezası hem de cezai yaptırım uygulanmasını “non bis in idem ilkesi”nin ihlali olarak kabul etmiştir.<sup>31</sup> Ancak mahkemenin aksi yönde kararları da bulunmaktadır.<sup>32</sup> Anayasa mahkemesi ise bir kararında her iki yaptırımında tek fiilden kaynaklandığını belirtmiş ancak farklı hukuki yararların olduğu gerekçesiyle non bis in idem ilkesinin ihlal edildiğini sonucuna varmamıştır.<sup>33</sup>

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “içtima” başlıklı 15/3. maddesine<sup>34</sup> göre; “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.” Görüldüğü üzere bir fiilin işlenmesiyle suç ve kabahat meydana geliyorsa sadece suçtan yaptırım uygulanabilecektir. Hüküm açık bir şekilde “non bis in idem” ilkesini kabul

<sup>30</sup> Burak Kılıç, “Vergi Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu” in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 191-216, s. 204

<sup>31</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 13079/03 numaralı dosya üzerinde 16.6.2009 tarihli Ruosalainen-Finlandiya davasında verdiği kararda; başvuranın aynı olaydan dolayı “iki defa para cezası” ödemek zorunda kaldığı, başvurana uygulanan her iki müeyyidenin de “cezai yaptırım” olduğu, her iki idari yaptırımın da aynı olgular üzerine bina edildiği, dolayısıyla mükerrer işlem söz konusu olduğu ve Sözleşmeye ek 7 no.lu protokolün 4. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. Ali Çakmakçı/ Semra Köseer, 213 Sayılı VUK ve 5237 sayılı TCK’ya göre Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları Kavram- Yargı-Uygulama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 8; AİHM Lucky Dev Davasında, aynı fiilden kaynaklanan vergi kabahat ve suçlarında yargılamanın iki farklı yargı kolunda yürütülmesi sonucu davaların farklı zamanlarda sonuçlanması AİHS’nde de korunan temel bir hukuk ilkesi olan ne bis in idem ilkesine aykırılık bulmuştur. AİHM Başvuru no: 7356/10 Bkz. Ayşe Nil Tosun, “Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 7 (2), 95-104, s.96

<sup>32</sup> Rosenqist kararı ile Ponsetti ve Chesnel kararlarında da Mahkeme, vergi kaçakçılığı suçu ile diğer vergi para cezalarının amaç ve unsurlarının farklı olduğu, bu sebeple kişiye bu iki cezanın verilmesinin non bis in idem ilkesinin kapsamına giren bir sorun oluşturmayacağı kanaatine varmış ve başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. Kılıç, 207

<sup>33</sup> AYM, B. 2018/9115, T. 27.3.2019 Bkz. Kılıç, 210

<sup>34</sup> İlgili maddenin iptali için somut norm denetimi yoluna başvurulmuşsa da itiraz başvurusunun 6216 sayılı Kanun’un 40. Maddesinin 4 numaralı fıkrasına uygun olmadığı gerekçesiyle başvuru, esas incelemesine geçilmeksizin reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi Kararı-GK., E. 2017/25, K. 2017/26, T. 1.3.2017

etmektedir. Ancak Kabahatler Kanunu'nda yer alan içtima düzenlemesinin vergi kabahatleri hakkında uygulanabilirliği konusunda tartışma bulunmaktadır. Burada çözüm yolu, kanunların önceliği sonralığı ya da özel kanun genel kanun uygulamasıdır. Önceki kanun özel, sonraki kanunun genel olması durumunda "lex specialis" kuralına öncelik verilmekle beraber bu kuralın istisnasız uygulanması söz konusu değildir. Böyle bir durumda kanun koyucunun iradesine bakmak gerekecektir.<sup>35</sup> 213 sayılı VUK'un 367/4'üncü maddesi 5728 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve şu madde hükmüne yer verilmiştir; "359'uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."<sup>36</sup> Buna göre hem özel Kanun hem de sonraki Kanun niteliğine sahip VUK karşısında Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanma imkânı ortadan kalkmıştır.<sup>37</sup>

## B. Manevi Unsur

Fiil ile kişi arasındaki bağlantı, suç teşkil eden haksızlığın manevi unsurunu oluşturmaktadır.<sup>38</sup> Kast ve taksir haksızlığın birer unsuru kabul edilmektedir.<sup>39</sup> Kast, kural olarak her suçun zorunlu bir unsurudur.<sup>40</sup> Kanunda açık bir şekilde taksirle de işlenebileceği belirtilmediği takdirde o suç tipinin

<sup>35</sup> Ahmet Emrah Geçer, "Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 65 (2), 315-348, s. 332

<sup>36</sup> "Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hakimini bağlamaz" hükmü Anayasa Mahkemesinin E. 2019/4, K. 2021/78, T. 4.11.2021 kararıyla iptal edilmiştir.

<sup>37</sup> Benzer görüş için bkz. Kılıç, 211; Danıştay da bir kararında; "213 sayılı Vergi Usul Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında, 359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesinin, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlendiğinden, aerosol üretiminde kullanma taahhüdüyle özel tüketim vergisi ödenerek satın alınan LPG'nin üretimde kullanılmadığı sonucuna varılan davacı hakkında, haksız olarak iade edilen vergiler nedeniyle anılan Kanun'un 359. maddesi uyarınca vergi ziyai cezasının üç kat olarak uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır. Bu bakımdan, uyuşmazlığın sözü edilen hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle çözümlenmesi gerekirken, şirket yetkilileri hakkında ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmediği dolayısıyla maddede öngörülen koşulların oluşmadığı gerekçesiyle vergi ziyai cezasının vergi aslının bir katını aşan kısmının iptali yolundaki hüküm fıkrasında hukuki isabet bulunmamıştır." Danıştay 7. Daire, E. 2019/2003, K. 2022/1892, T. 21.2.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)

<sup>38</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 242

<sup>39</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 245, 267

<sup>40</sup> Koca/Üzülmez, 148



ancak kastla işleneceği kabul edilir. Bir fiilde aynı anda hem kast hem de taksirin bulunması mümkün değildir.

4369 sayılı Kanun değişikliği öncesi VUK'un 344'üncü maddesinin birinci fıkrasında; "mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyana sebebiyet" verilmesi şeklindeki düzenleme ile kaçakçılık suçunda 'kast' unsuru açık bir şekilde belirtilmiştir. Ancak 4369 sayılı Kanunun 14'üncü maddesiyle beraber 'kast' ibaresi kaldırılmıştır.<sup>41</sup> Ancak suç tipinde 'kast' ibaresinin bulunmaması o suçun taksirle işlenebileceği anlamına gelmemektedir. Zira belirttiğimiz üzere aslolan suçun kastla işlenmesidir. Taksirli sorumluluk istisna olup ancak kanun koyucunun açık bir şekilde taksirli sorumluluğu o suç tipi için düzenlemesiyle kişiler suçun taksirli halinden sorumlu tutulabilir. Bu nedenle VUK m. 359/b maddesinde yer alan sahte belge düzenleme veya kullanma suçu, kasten işlenebilen bir suç tipidir. Fail eğer sahte belge düzenlediğini veya kullandığını bilmiyorsa TCK m. 30/1 uyarınca kastından söz edilmeyecektir.<sup>42</sup> Suçun taksirli hali için de herhangi bir ceza öngörülmediği için failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Ünal, 1274; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun önüne intikal eden bir olayda da suçun işlendiği tarihte Kanun'un kast unsurunu aradığını açıkça vurgulamıştır. Kararda YCGK; "Suç tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenlemeye göre; vergi kaçakçılığı suçu VUY'nın 4008 sayılı Yasa ile değişik 344'üncü maddesinin birinci fıkrasında; "mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyana sebebiyet verilmesi" olarak tanımlanmıştır.

*Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, "aşağıda yazılı hallerden herhangi biri ile vergi ziyana sebep olunması halinde kastın varlığı kabul edilir" ifadesine yer verildikten sonra bu eylemler altı bent halinde sıralanmıştır. Fıkranın konumuzu ilgilendiren ikinci bendinde de; "Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak" eylemleri seçimlik hareketli suç olarak öngörülmüştür. Buna göre sahte belge düzenlemek, sahte belgeyi bilerek kullanmak, içeriği itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek, yanıltıcı belgeyi bilerek kullanmak eylemlerinden herhangi birini ya da birkaçını gerçekleştirmek suretiyle vergi ziyana neden olunması halinde vergi kaçakçılığı suçu oluşacaktır." YCGK, E. 2001/236, K. 2001/240, T. 6.11.2001 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)*

<sup>42</sup> Akbulut, 677

<sup>43</sup> VUK'un 369'uncü maddesinde belirtilen vergi cezaları; vergi ziyayı, usulsüzlük ve genel usulsüzlük cezalarıdır. İlgili madde uyarınca vergi idaresi tarafından mahkeme kararı olmaksızın idari para cezası yaptırımına tabi olan bu fiiller, vergi kabahatleri ve cezaları olarak adlandırılır. Bu kabahatlerin işlenmesi için kast gerekli olmamakla birlikte taksirli veya ihmali bir davranış da yeterlidir. Kusuru ortadan kaldıran hallerden yanılma halinde mükellefin suç işleme iradesinin mevcut olmadığı kabul edilmektedir. Bu fiillere yönelik kusur olmaması halinde cezalandırma şartının da olmayacağı kabul edilmektedir. Hilal Gürses Şahin, "Vergi Ceza Hukukunda Yanılma, Mücbir Sebep, Pişmanlık ve İslah" in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 67-110, s. 76



### C. Hukuka Aykırılık

İşlenen fiilin tipe uygun olması durumunda ikinci olarak bakılacak husus ‘hukuka aykırılık’tır.<sup>44</sup> Bir fiilin hukuka aykırı olması tüm hukuk sistemine aykırı olmasını ifade eder.<sup>45</sup> İlgili suçun hukuka aykırılık unsurunu ortanda kaldıran ve fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk sebepleri bulunmaktadır.

Kanun koyucu TCK’da kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru müdafaa, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması olmak üzere dört hukuka uygunluk sebebine yer vermiştir (TCK m. 24, m. 25, m. 26).<sup>46</sup> Öğretide VUK m. 359/b uyarınca hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanma imkanının olmadığı görüşü hakimdir.<sup>47</sup> Kanaatimizce; suçun mağdurunun tüm toplum olduğu göz önüne alındığında hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanma imkanının olmadığı görülmektedir.

### D. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

#### 1. Teşebbüs

Bir kişinin suç işlemesi aslında bir sürecin sonucudur. Fail öncelikle suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketleri yapar ardından suçun işlenmesine yönelik icra hareketlerine yönelir.<sup>48</sup> Failin icra hareketlerinin yarıda kalması halinde ya da özellikle suçun kanuni tanımında netice gerçekleşmesinin beklendiği hallerde netice gerçekleşmemişse, teşebbüs durumu söz konusu olacaktır. Teşebbüs teşkil eden davranış aynı zamanda hukuk düzeni tarafından haksızlık teşkil etmektedir.<sup>49</sup> Teşebbüs, cezalandırılabilirliğin alanını genişleten bir yöne sahiptir.<sup>50</sup>

Teşebbüsten söz edebilmek için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre öncelikle teşebbüs ancak kasten işlenen suçlarda

<sup>44</sup> Koca/Üzülmez, 265

<sup>45</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 314

<sup>46</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinin kesin bir sayısı “numerus clausus”u yoktur. Koca/Üzülmez, 274

<sup>47</sup> Ünal, 1275; Akbulut, 678

<sup>48</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 501

<sup>49</sup> Zafer İçer, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 129

<sup>50</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 501; İçer, 129

gündeme gelebilecek bir kurumdur. Taksirle işlenen bir suçta teşebbüsten söz edilemez. Kasten işlenen suçlarda teşebbüsten söz edebilmek için gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde ve neticeyi meydana getirmeye elverişli olması ve failin elinde olmayan nedenlerle hareketlerini tamamlayamamış olması gerekmektedir.<sup>51</sup>

Suçun hazırlık hareketleri ve icra hareketleri birbirinden farklı kavramlardır. Failin davranışının icra hareketine sahip olup olmadığının tespiti objektif ölçütlerle yapılmalıdır. Örneğin; bir kişinin çalacağı eşya üzerine eline koyması hırsızlık suçuna teşebbüste icra hareketi olarak kabul edilir.<sup>52</sup> Ancak elinde torbayla yakalanan ve hırsızlık yapacağını ikrar eden bir kişinin icra hareketlerine başlamış olduğundan söz edilemez. Bu durumda kişinin hırsızlık suçuna teşebbüsü de söz konusu olmayacaktır.

VUK m. 359/b kapsamında sahte belge düzenlemeye teşebbüs olup olmayacağı tartışmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere vergi kaçakçılığının konusunu oluşturan belgelerin birtakım özelliklere haiz olması gerekmektedir.<sup>53</sup> Bu özelliklerden birinin bile olmaması durumunda vergi ceza hukuku uyarınca bir belgeden söz edilemeyecektir. Örneğin bir kişi bu belgelerden birini sahte olarak düzenlemeye başlamış ancak belgenin kurucu unsurlarından birini tamamlayamadan yakalanmışsa VUK m. 359/b uyarınca suç teşebbüs aşamasında kalmış olmayacaktır. Zira daha ortada vergi ceza hukuku bağlamında bir belgenin varlığı söz konusu değildir. Bu nedenle, VUK m. 359/b uyarınca sahte belge düzenlemeye teşebbüsün söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Koca/Üzülmez, 420; Özgenç, Genel Hükümler, 506-520

<sup>52</sup> Sulhi Dönmezer, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2011, 8 (3-4), 433-456, s. 440

<sup>53</sup> Bkz. Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsurları, Fiil, 8

<sup>54</sup> Benzer görüş için bkz. Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 10 (37), 1-23, s. 18; Aksi görüş için bkz. Akbulut, 678; Ünal, 1276; Onur Özcan, Vergi Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 244; İcra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda teşebbüsün kabul edilebileceğini belirten yazarlar da vardır. Mustafa Karataş, “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Bu Suçların Teşebbüse Elverişlilik Noktasında Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 6 (2), 211-227, s. 225

Örneğin, Bakanlıkla anlaşması olmayan kişileri, mükelleflerinin kullandıkları belgeleri basmaya çalışırken baskı tamamlanmadan önce, baskının herhangi bir aşamasında yakalanmaları durumunda, vergi kaçakçılığı suçuna teşebbüsten cezalandırılmaları gerekecektir. Hasan Hüseyin Bayraklı/Ahmet Bozdağ, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, 2010, 158, 15-34, s. 30

VUK m. 359/b uyarınca sahte belge kullanma suçuna teşebbüs mümkündür. Örneğin sahte olarak düzenlenen bir belgenin vergi dairesine verilmek üzere götürüldüğü sırada engel olunması ya da Bakanlıktan izinsiz basılan belgelerin kullanılmak amacıyla işyerinde bulunması ancak kişinin belgeleri kullanmadan yakalanması.<sup>55</sup>

## 2. İştirak

Kanunen tek bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin farklı şekilde katılımlarıyla veya bir kişinin, çok failli bir suçun icrasına fail sıfatı dışındaki katılımına iştirak denir.<sup>56</sup> İştirak şekilleri faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>57</sup> TCK'da suça iştirak başlığı altında faillik ve şeriklik türleri olarak azmettirme ve yardım etme düzenlenmiştir (TCK M. 37-39). Şeriklik türlerinin cezalandırılabilirliği genişleten bir yönü bulunmaktadır.<sup>58</sup>

Kanunda belirtilen haksızlığı işleyen kişi 'fail'dir. Eğer kişi bu haksızlığı başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlerse 'dolaylı faillik' söz konusu olacaktır. TCK m. 37'de doğrudan müşterek faillik tanımlanmıştır.<sup>59</sup> Suçun işlenişine katılan ancak fiil üzerinde hakimiyet kuramayan kişilere ise şerik denir. Şeriklerin cezalandırılabilmelerinin ortak şartı bağıllık kuralı gereklerinin gerçekleşmesine bağlıdır.<sup>60</sup> Yani şeriklerin cezalandırılması için her ne kadar bir fiil icrası gerekliyse de bu fiil kanundaki haksızlığı gerçekleştirmediği için şeriklerin fiilden sorumluluğu bağıllık kuralıyla mümkün olmaktadır.<sup>61</sup>

Azmettirme, henüz suç işleme kastı olmayan birisinin bir başkası tarafından suç işlemeye karar verdirilmesi durumudur.<sup>62</sup> Ancak kasten

<sup>55</sup> Bayraklı/Bozdağ, 30

<sup>56</sup> Koca/Üzülmez, 448

<sup>57</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 539

<sup>58</sup> Muhammed Demirel, Suça İştirakte Bağıllık Kuralı, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.161

<sup>59</sup> Koca/Üzülmez, 453

<sup>60</sup> Koca/Üzülmez, 484

<sup>61</sup> Berrin Akbulut, "Bağıllık kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 14 (1), 167- 214, s. 176

<sup>62</sup> Azmettirme hareketinin objektif koşulları; suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsenin mevcut olması, ilk koşula uygun kişide belli bir suç işleme kararının oluşumuna neden olunan hareketin gerçekleştirilmesi. Muhammed Demirel/Melik Kartal, "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 2019, 21(Özel s.), 457-490, s.462

işlenebilen suçlara azmettirme mümkündür.<sup>63</sup> Kasten işlenen bir suçun işlenişine kasten yardım niteliğindeki fiilleriyle katılanlar ‘yardım eden’ olarak sorumlu tutulacaklardır.<sup>64</sup>

VUK’un “iştirak” başlıklı 333. maddesi, 4369 sayılı Kanun’un 82/1-b maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu vergi kaçakçılığı suçunda iştirak kurumunun kaldırıldığı anlamına gelmemektedir.<sup>65</sup> Bu sebeple VUK m. 359/b gereği bir suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda genel hükümleri ihtiva eden TCK’nın 37-41. maddeleri uygulama bulacaktır. Ancak VUK m. 360’da iştirak bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; “359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanunu’nun suçta iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir.”<sup>66</sup> İlgili madde ile sadece VUK m. 359’da düzenlenen suçlara iştirak halinde, cezada bir indirim olacağı düzenlenmiştir. Zira suçta iştirak için kasten işlenen bir suçun varlığı şarttır ve bu yüzden tüm vergi cezaları yerine özel olarak sadece kaçakçılık suçunu kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır.<sup>67</sup> Madde hükmü gereği, indirim yapma hususunda hâkime herhangi bir takdir hakkı verilmemektedir.<sup>68</sup> Kaçakçılık suçuna iştirakte menfaat elde etmiş olmak şart değildir<sup>69</sup> ve mükellef veya sorumlu olma zorunluluğu da bulunmamaktadır.<sup>70</sup>

<sup>63</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 572

<sup>64</sup> Koca/Üzülmez, 506; Özgenç, Genel Hükümler, 577

<sup>65</sup> Sercan Yavan, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında İştirak Müessesesinin Türk Ceza Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, Maliye Araştırmaları Dergisi, 2017, 3 (2), 119-128, s. 126

<sup>66</sup> 8.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun öncesi maddi menfaati bulunmayanlara cezanın dörtte biri uygulanmaktaydı.

<sup>67</sup> Ufuk Gencel, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında İştirak Müessesesi ve Sorunları”, Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, 2014, 7 (3), 71-88, s. 78

<sup>68</sup> Şüheda Demirkıran, “Vergi Suç ve Kabahatlerinde İştirak” in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 111-154, s. 136

<sup>69</sup> Demirkıran, 137

<sup>70</sup> Gencel, 78; Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta kaçakçılık suçuna iştirak edildiğinden bahisle vergi ziyat cezası kesilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. İlgili kararın gerekçesi şu şekildedir; “...Sonuç olarak vergilerin tahsilini güvence altına almanın vergi düzenine aykırılıkları önleyebilmek açısından büyük önem arz ettiği kuşkusuzdur. Bunun yanında devletin idari para cezalarının düzenlenmesi ve uygulanması alanında geniş bir takdir yetkisinin olduğu da dikkate alınmalıdır. Kaldı ki olayda başvurucuya vergi ziyat cezasının dışında herhangi bir adli veya idari yaptırım uygulanmamış, hakkında vergi suçu raporu düzenlenmiş olmasına rağmen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı tesis edilmiş olması nedeniyle başvurucu herhangi bir adli nitelikli

### 3. İçtima

TCK'nın 42, 43 ve 44. maddelerinde suçların içtimaı düzenlenmiştir. Arapça kökenli olan "içtima" kavramı; toplanma, toplantı anlamlarına gelmektedir.<sup>71</sup> TCK'nın benimsediği gerçek içtima kuralı "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" temeline dayanmaktadır.<sup>72</sup> Buna göre; birden fazla suç tipinin birbirinden bağımsız birden fazla fiil ile gerçekleşmesi durumunda gerçek içtimadan söz edilir.<sup>73</sup> Fikri içtima, tek fiille birden fazla suçun işlenmesidir. Aynı neviden fikri içtima; tek bir fiil ile aynı suçun birden çok işlenmesi, farklı neviden fikri içtima; tek bir fiil ile farklı birden fazla suçun işlenmesi durumudur.<sup>74</sup> Zincirleme suç ise aynı kişiye karşı farklı zamanlarda aynı suç tipinin işlenmesi halidir.<sup>75</sup> Örneğin fail tarafından bir mağdura karşı farklı zamanlarda hırsızlık suçu işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Ancak mağdurun farklı olması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Mağdurun toplum yani kamu olduğu durumlarda

*cezai işlemle muhatap olmamıştır. Ayrıca vergi ziyai cezası verilmesine yol açan fiilin başvurusunun kusurundan kaynaklandığı, somut olayda kamu makamlarının özensiz bir tutum veya davranışının ise söz konusu olmadığı gözetilmelidir.*

*Bu durumda başvurusunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin içerdiği kamu yararı amacı ile karşılaştırıldığında ve özellikle başvurusunun kendi kusuruyla kanuna aykırılığa yol açtığı dikkate alındığında başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemeye değeri değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurusunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı ve müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.*

*Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir." AYM, B. 2015/14383, T. 19.2.2019; "...Sanık ...'in sahte fatura düzenleme eylemine sanığın iştirak ettiği iddiasıyla açılan kamu davasında; sanık hakkında düzenlenen 04.12.2009 tarihli vergi suçu raporunda sanık ...'in ..... adresindeki işyerinde 16.04.2004-31.12.2006 tarihleri arasında faaliyette olduğu halde sanık ...'in aynı iş yeri adresinde 26.01.2006 mükellefiyet tesis ettirmesine yardımcı olduğu hususunun belirtildiği fakat sanığın suçlamayı kabul etmeyerek sanık ...'i tanımadığını ve onun adına bastırılan faturaların sahte olduğunu bilmediğini ve bu eyleme iştirak etmediğini savunmuş olması karşısında, sanık ...'in diğer sanığın eylemine, iştirak ettiğine ilişkin delillerin nelerden ibaret olduğu karar yerinde tartışılıp gösterilmeden, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesis edilmesi yasaya aykırıdır." Yargıtay 21. CD., E. 2016/1630, K. 2016/4945, T. 7.6.2016 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)*

<sup>71</sup> <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.12.2023

<sup>72</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 610; Koca/Üzülmez, 517

<sup>73</sup> Neslihan Göktürk, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 59

<sup>74</sup> Göktürk, 59

<sup>75</sup> Koca/Üzülmez, 519

da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (TCK m. 43/1).<sup>76</sup>

Görünüşte içtima<sup>77</sup> ise normlar arası ilişkiden ancak birinin faile uygulanabilmesidir.<sup>78</sup> Bileşik suç, suçların içtima hallerinden biri değildir. Zira bileşik suç halinde ortada sadece tek bir suç tipi vardır. Örneğin cebir ve tehdit kullanarak yağma suçunun işlenmesi durumunda ayrıca tehdit ya da kasten adam yaralama suçundan ceza verilmez.

Vergi kaçakçılığı suçları bileşik suçun oluşmasına elverişli değildir. Zira bileşik suç, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçlardır (TCK m.42). Ancak vergi kaçakçılığı suçlarında böyle bir durum söz konusu değildir. Bu sebeple vergi kaçakçılığı suçları, bileşik suç hükümlerinin uygulanacağı bir alan değildir.

Zincirleme suç hükümleri vergi kaçakçılığı suçlarında uygulanmaya elverişlidir. Vergi kaçakçılığı suçlarında mağdur toplum yani kamudur. Failin aynı suç işleme kastıyla birden çok aynı vergi kaçakçılığı suçunu işlemesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. 15.4.2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 7394 sayılı Kanun’un 4. Maddesiyle VUK m. 359’a şu hüküm eklenmiştir; “*Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının*

<sup>76</sup> Maddenin gerekçesi şu şekildedir; “Zincirleme suç halinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak, bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla, 43’üncü maddenin birinci fıkrasına “Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.” şeklinde bir cümle eklenmiştir.” Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, 197-198

<sup>77</sup> Tek fiilin bulunması, her zaman fikri içtimanın bulunduğu anlamına gelmez; sadece fikri içtimain koşullarından birini oluşturur. Fikri içtima ve görünüşte içtimain ortak özelliği tek ve aynı fiilin bulunmasıdır. Diğer taraftan, fikri içtimaa ilişkin hükmün uygulanabilmesi için görünüşte içtima hallerinden birinin bulunmaması gerekir. Tek ve aynı fiilin sebebiyet verdiği suç tipleri arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunmaması, fikri içtimain koşullarından biridir. Buna göre, öncelikli olarak suç tipleri arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti gerekli olup; görünüşte içtima ilişkisinin bulunması, fikri içtimaa ilişkin hükmün uygulanmasına engel teşkil eder. Göktürk, 73-73,

<sup>78</sup> Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7 (14), 35-49, s. 36

icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” İlgili düzenlemeden çıkan sonuç aynı takvim yılı veya vergilendirme döneminde kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde tek fiil ve tek suç vardır.<sup>79</sup>

Uygulamaya baktığımızda, 7394 sayılı Kanun öncesi Yargıtay, aynı takvim yılı veya vergilendirme döneminde işlenen birden fazla vergi kaçakçılığı suçu için zincirleme suç hükümlerini uygularken<sup>80</sup>, farkı takvim yılı veya vergilendirme dönemleri için gerçek içtima hükümlerini uygulamaktaydı.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Akbulut, 683

<sup>80</sup> “ Sanık hakkında “2004, 2005 ve 2006 takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek” suçundan kamu davası açılmış olmasına, her bir takvim yılında sahte fatura düzenlemek suçlarının birbirinden bağımsız ve ayrı kendi içerisinde teselsül eden suçlar olduğu, aynı takvim yılında birden fazla sahte fatura düzenlediği kabul edilen sanık hakkında TCK’nun 43/1. maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden ve hangi yıldan hüküm kurulduğu anlaşılamayacak biçimde tek ceza tayini suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 11. CD., E. 2016/2665, K. 2016/8511, T. 15.12.2016 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 11. CD., E. 2016/10238, K. 2016/7733, T. 23.11.2016; Yargıtay 11. CD., E. 2016/7336, K. 2016/7265, T. 21.10.2016; Bkz. Aynı ayın KDV beyannamesine konu 4 farklı sahte fatura kullanılması nedeniyle tek bir suçun varlığına dair YCGK kararı; “Sahte fatura kullanma suçunun, gerçekte herhangi bir mal alım satımına dayanmayan fatura bilgilerinin kaydedildiği beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesiyle oluştuğu, bu itibarla sahte fatura kullanma suçları yönünden zincirleme suç hükmünün uygulanmasında kıstas olarak düzenlenen sahte fatura sayısının değil, farklı dönemlerde verilen beyanname sayısının dikkate alınmasının gerektiği cihetle; sanığın yetkilisi olduğu ...Yazılım Donanım ve Bilgisayar Sarf Ürünleri İth. İhr. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında düzenlenen 17.09.2012 tarihli ve 1071/28 sayılı vergi inceleme raporu ile eki tutanakta yer alan; mükellef kurumun, 19.10.2011 tarihli ve 2132/14 sayılı vergi tekniği raporuyla sahte fatura düzenlediği tespit edilen... Grup İnş. Elekt. Pet. Med. Kırt. Otom. Temz. San. Ltd. Şti.ye ait 04.05.2010, 11.05.2010, 18.05.2010 ve 26.05.2010 tarihli dört adet faturayı yevmiye defterine kaydettiği ve bu faturaları ilgili dönem KDV beyannamesinde kullanarak indirim konusu yaptığı yönündeki tespitler ile 21.02.2014 tarihli bilirkişi raporunda bulunan; sanığın suça konu dört adet faturayı Şirketin yasal defterine kaydedip 2010 yılının Mayıs ayı KDV beyannamesinde indirim konusu yaptığı şeklindeki tespit göz önünde bulundurulup suça konu faturaların tamamının 2010 yılının Mayıs ayında düzenlendiği, aynı ay içerisinde tek bir beyannameye konu edilerek kullanıldığı, belirtilen ay dışında farklı bir vergilendirme döneminin KDV beyannamesine konu edildiğine dair dosya kapsamında herhangi bir delil bulunmadığı hususları bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, dosya kapsamından sahte olduğu tespit edilen dört adet faturanın 2010 yılının Mayıs ayı KDV beyannamesine konu edilerek bu beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesi ile kullanıldığı anlaşıldığından Özel Dairenin davaya konu olayda zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığı şeklindeki kabulünün isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır.” YCGK, E. 2021/433, K. 2022/575, T. 22.9.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)

<sup>81</sup> “... Sanık hakkında 2004-2005-2006-2007 takvim yıllarında “sahte fatura düzenlemek suçlarından kamu davası açılması karşısında; ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.03.2002 gün ve 28/179 sayılı kararında açıklandığı üzere her takvim yılının ayrı ve bağımsız suçları oluşturduğu, aynı takvim yılında farklı dönemlerde birden çok sahte fatura



Bu durumda fail, işlemiş olduğu suçun haksızlığının çok üstünde cezalar almasına sebep olmaktadır. Kanun koyucunun 7394 sayılı Kanun ile farklı takvim yılları içinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını sağlayarak, bu orantısızlığı gidermeyi amaçladığı görülmektedir.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere VUK m. 359/b’de düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu seçimlik hareketle işlenen bir suç tipidir.<sup>82</sup> Suçun konusu ise vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgedir. Buna göre, VUK m. 359/b uyarınca suçun konusu olan belge değişmediği sürece birden çok seçimlik hareket gerçekleşse de tek bir suçun kabulü gerekmektedir. Yargıtay, birden çok sahte faturanın tek beyannamede kullanılması durumunda tek suçtan cezaya hükmederken<sup>83</sup> aynı takvim yılında farklı dönemlerde birden çok sahte faturanın düzenlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>84</sup> Gerçekten de konusu nesnel olarak<sup>85</sup> aynı olan bir seçimlik hareketli suçun, düzenleme veya kullanma suretiyle işlenmesi durumunda faile tek bir suçtan ceza verilecektir.<sup>86</sup> Failin aynı takvim yılında

*düzenlenmesi durumunda faturaların adet ve tutarları, zarar miktarı, kastın yoğunluğu ve suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak temel cezanın alt sınırdan uzaklaştırılarak tayin edilmesi ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği dikkate alınarak her bir takvim yılı için ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden tek hüküm kurulması...”* Yargıtay 21. CD., E. 2016/4246, K. 2016/5987, T. 6.10.2016 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); İşlenen fiiller arasında çok fazla zaman girmesi suç işleme kararında birliğin yokluğuna karine sayılmaktadır. Serkan Açar, Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 299

<sup>82</sup> Bkz. Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsurları, Fiil, 5

<sup>83</sup> Bkz. YCGK, E. 2021/433, K. 2022/575, T. 22.9.2022

<sup>84</sup> “...Gereğeli karar başlığına “02.10.2009” şeklinde yanlış yazılan suç tarihinin en lehe kabulle 01.12.2004, 01.12.2005 ve 01.12.2006 olarak mahallinde düzeltilmesi mümkün görülmesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.03.2002 gün ve 28/179 sayılı kararında da açıklandığı üzere, her bir takvim yılında işlenen “sahte fatura düzenlemek” suçlarının birbirinden ayrı ve bağımsız suçları oluşturacağı gibi, aynı takvim yılı içerisinde farklı dönemlerde birden çok sahte fatura düzenlediği anlaşılan sanık hakkında zincirleme suçla ilişkin hükümler uygulanması gerekirken, üç farklı takvim yılında işlenen “sahte fatura düzenlemek” suçlarının tek suç kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılması...” Yargıtay 11. CD., E. 2012/14313, K. 2013/18348, T. 4.12.2013 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)

<sup>85</sup> Bkz. Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsurları, Fiil, 8

<sup>86</sup> “... 24.08.2009 tarihli iddianame ile sanıklar hakkında vergi suçu raporu ve mütalaaya uygun olarak “2006,2007,2008 ve 2009 takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek” suçlarından dava açıldığı, her takvim yılındaki eylemler ayrı suçları oluşturduğu gibi aynı yılda birden fazla fatura düzenlenmesi nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, hangi takvim yılından hüküm kurulduğu da belirtilmeksizin ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 4369 sayılı Kanun ile değişik 359/b-1 maddesindeki cezanın onsekiz aydan



başkası tarafından düzenlenen sahte belgeyi kullanması ve kendisinin sahte belge düzenlemesi durumunda, faile, iki ayrı suçtan dolayı ceza verilecektir.<sup>87</sup>

### E. Tekerrür

Arapça kökenli olan tekerrür ifadesi “tekrarlanma” anlamına gelmektedir.<sup>88</sup> Hukuken tanımı; bir kişinin daha önce işlediği bir suçtan dolayı hakkında verilen hükmün kesinleşmesini takiben yeni, bir veya daha fazla suç işlemesi halidir.<sup>89</sup> Tekerrür fiile yönelik değildir veya suçun ağırlaştırıcı bir unsurunu oluşturmaz. Ancak failin şahsına bağlı olarak cezayı ağırlaştırıcı bir kurumdur.<sup>90</sup> Tekerrür kurumunda asıl amaç, ilk defa suç işleyen birisiyle suç işlemekte ısrar eden arasında fark yaratmaktır.<sup>91</sup> Tekerrür durumuna düşen kimseye de ‘mükerrir’ denir.<sup>92</sup>

Vergi ceza hukukunda tekerrür hükümleri VUK m. 339’da düzenlenmiştir. Maddede yer alan düzenleme şu şekildedir; “*Vergi ziyasına sebebiyet vermektен veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, vergi ziyat cezasında cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren beşinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar, usulsüzlükte cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren ikinci yılın isabet ettiği takvim yılının*

*üç yıla kadar hapis iken 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle anılan maddedeki suç için üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü nazara alındığında, her takvim yılı için son faturanın tanzim tarihinin tespiti ile suç tarihleri belirlenerek yürürlükte bulunan Kanun maddesi uyarınca uygulama yapılması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde tek suçtan mahkumiyet hükmü kurulması...*”Yargıtay 19. CD., E. 2015/8783, K. 2015/6614, T. 4.11.2015 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)

<sup>87</sup> Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 13. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2022, s. 295; 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. Bkz. Erhan Günay, Vergi Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 22

<sup>88</sup> <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 13.12.2023

<sup>89</sup> İlhan Üzülmez, “Türk Hukukunda Tekerrür”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, 10 (1-2), 165-186, s. 166

<sup>90</sup> Üzülmez, 166

<sup>91</sup> Faruk Erem, “Tekerrür Hakkında Kanun Hükümlerini Tetkiki”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1945, 2 (2), 191-222, s. 191

<sup>92</sup> Sadık Okay, “Tekerrürün Mahiyeti Hakkında Başlıca Nazariyeler ve Tatbikata Tesirleri” (<https://teav.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47693/3091.pdf?sequence=>, 1952), 331-346, s. 331, Erişim Tarihi: 13. 12.2023

*sonuna kadar tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyai cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Şu kadar ki, artırım tutarı kesinleşen cezadan (kesinleşen birden fazla ceza olması durumunda bunlardan tutar itibarıyla en yükseğinden) fazla olamaz.*

*Birinci fıkrada yer alan beş ve iki yıllık sürelerin hesabında, artırıma esas alınan cezaların kesinleşme tarihi dikkate alınır.”*

VUK'nun tekerrür hükümlerini düzenleyen maddesi, 4369 sayılı Kanun ve 7338 sayılı Kanun ile iki kez değişikliğe uğramıştır.<sup>93</sup> VUK m. 339'un uygulanabilmesi için belirli şartların bulunması gerekmektedir. Buna göre; vergi ziyasına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı kesilen önceki cezanın kesinleşmesi, kesinleşen cezayı takiben aynı kişiye aynı neviden bir cezanın kesilmesi ve son olarak ikinci kabahatin belirlenen bir süre içerisinde işlenmiş olması gerekmektedir.<sup>94</sup>

Ancak VUK m. 339'da yer alan tekerrür hükümleri sadece vergi kabahatlerine ilişkin olmasından dolayı VUK m. 359 bakımından uygulanmaz. VUK m. 359'da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları açısından TCK m. 58'de yer alan tekerrür hükümleri uygulanır.

## F. SUÇUN MUHALEMESİ

Cumhuriyet savcısı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 160 vd. uyarınca, ihbar veya başka suretle bir suç işlendiğini öğrenir öğrenmez işin gerçeğini soruşturmaya başlar. Ancak birtakım suçlara ilişkin soruşturmanın başlaması için belli kurumların ihbarda bulunması gerekmektedir. Bazı kanunlarda öngörülen bu unsur “muhakeme şartı”<sup>95</sup> niteliği taşır ve bu unsur

<sup>93</sup> 26.10.2021 Tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7338 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle vergi ceza hukukunda tekerrür kurumu son şeklini almıştır. Kanun öncesi maddenin hali ise şu şekildeydi; “*Vergi ziyasına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyasında beş, usulsüzlükte iki yıl içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyai cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır.*” 4369 sayılı Kanun öncesi ilgili maddenin düzenlenme şekli ise şöyle idi; “*Kaçakçılık, ağır kusur, kusur veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası da kesinleşen bir kimse aynı neviden bir fiili cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere kaçakçılık, ağır kusur ve kusurda beş, usulsüzlükte iki yıl zarfında tekrar işlerse kaçakçılıkta yarısı, ağır kusur ve kusurda üçte biri, usulsüzlükte dörtte biri nispetinde artırılır.*”

<sup>94</sup> Mehmet Küçükkaya, “Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 19 (1), 191- 218, s. 196

<sup>95</sup> Burada söz konusu olan “şart”, “olmazsa olmaz” (sine qua non) anlamındaki şarttır. Yani şartın bulunmaması muhakemeye engel olur. Feridun Yenisey/Ayşe Nuhuğlu, Ceza Muhakemesi

tamamlanmadıkça soruşturmanın yürütülmesi mümkün değildir.<sup>96</sup>

Vergi kaçakçılığı suçlarının muhakemesi için kanun koyucu özel bir düzenleme getirmiştir. VUK m. 367’de yer alan bu düzenleme şu şekildedir; “(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 mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla 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 mütalaasıyla birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.(4) (Ek beşinci fıkra:8/4/2022-7394/5 md.) 359 uncu maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaya 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 mütalaa verilmesi şartı aranmaz. 359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez. (İptal fıkra: Anayasa Mahkemesi’nin 4/11/2021 tarihli ve E.: 2019/4, K.: 2021/78 sayılı Kararı ile.)”

İlgili maddeye göre kanun koyucu, VUK m. 367 düzenlemesiyle “mütalaa” verilmesini muhakeme şartı olarak belirlemiştir.<sup>97</sup> Ayrıca; vergi

Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 574; Öğreti de bazı yazarlar, muhakeme şartlarını, olumlu ve olumsuz muhakeme şartları olarak ikiye ayırmaktadır. Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 722

<sup>96</sup> Eyüp Kara/Ahmet Aslan, Ceza Avukatı ve Savunma, 3. Baskı, Adalet Yayınevi,2023, s. 107

<sup>97</sup> “213 sayılı Yasanın 367. maddesi uyarınca dava şartı olan...Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 30.01.2007 günlü mütalaasının sanık ... ile Şebnem Yıldırım isimli şahıslar hakkında

kaçakçılığının işlendiğine dair mütalaa vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları tarafından doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarına bildirilmesi zorunluymakla diğer memurlar için vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık aracılığıyla bildirilmesi zorunlu kılınmıştır.<sup>98</sup> VUK m. 367'nin gerekçesinde mütalaa şartının getirilmesinin nedeni olarak yersiz soruşturmaların önüne geçmek olduğu belirtilmiştir.<sup>99</sup> Eğer Cumhuriyet savcılığına vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğine dair ihbar ya da şikâyet gelmişse, savcılık, vergi dairesine durumu bildirerek vergi incelemesi yapılmasını istemek zorundadır.<sup>100</sup> Kamu davasının açılması, bu inceleme sonucunun savcılığa bildirilmesine ertelenecektir (VUK m. 367/3). Savcılığın istemi sonrası yapılan inceleme de bir mütalaa içereceğinden muhakeme şartı gerçekleşmiş olacaktır.

Savcılığa sunulan mütalaalar delil niteliğini haiz olmakla birlikte yargı mercilerini bağlayıcı değildir.<sup>101</sup> Aranan şart sadece mütalaanın alınması olup olumlu ya da olumsuz olmasının bir önemi yoktur. Mütalaa aranmasının önemi, savcılık ve mahkemelerin aydınlatılmasıdır.<sup>102</sup>

---

*düzenlendiği, sanık ... hakkında verilmiş bir mütalaa bulunmadığı anlaşılma; sanık ... hakkında dava şartı olan mütalaa alınarak sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...*" Yargıtay 21. CD., E. 2016/8012, K. 2016/7900, T. 22.12. 2016 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)

<sup>98</sup> "Somut olay açısından; sanık hakkında 2009-2010 takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek ve defter ve belgeleri ibraz etmemek suçları ile ilgili olarak Vergi Dairesi Başkanı adına Denetim Grup Müdürü vekili tarafından 27.12.2010 tarihli yazı ile doğrudan doğruya mütalaaada bulunduğu, yukarıda bahsedildiği üzere, 27.12.2010 tarihi itibarıyla rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasının zorunlu olduğu gözetilerek, durma kararı verilerek 213 sayılı VUK'nun 367. maddesi gereğince usulüne uygun şekilde mütalaa alınıp dava şartı yerine getirildikten sonra yargılamaya devamla hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi..." Yargıtay 21. CD., E. 2016/1624, K. 2017/253, T. 18.1.2017 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>)

<sup>99</sup> Güngör, 277

<sup>100</sup> Arifcan Kurt, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 77

<sup>101</sup> Didem Türker, "Vergi Kaçakçılığı Suçu Soruşturmasında İnceleme ve Mütalaa Şartına Getirilen İstisnai Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 27 (1), 321-358, s. 336; Özen'e göre, mütalaa ihbarın özel bir şeklidir. Bu nedenle, mütalaanın bulunmadığı durumlarda, suç başka öğrenme şekilleri ile öğrenilmişse, Cumhuriyet savcısı, mütalaayı beklemeksizin soruşturmayı başlatabilmelidir. Buna rağmen mütalaa verilmezse, delillere el koymalı ve bilirkişiye başvurarak görüş almalıdır. Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 787

<sup>102</sup> Yenisey/Nuhoğlu, 587

## G. ÇALIŞMAYA KONU YARGITAY KARARI İNCELEMESİNDE TARTIŞMA KONUSU SORULAR

### 1. Her bir sahte faturanın düzenlenmesi ve kullanılması bağlamında ayrı ayrı vergi kaçakçılığı suçu mu oluşur ve dolayısıyla, gerçek içtima hükümlerine göre mi cezalandırılmayı gerektirir?

ABC limited şirketi müdürü X; komisyon karşılığında, 2010 yılında 159 adet, 2011 yılında 44 adet, 2012 yılında 160 adet sahte fatura düzenlemiş, 2010 takvim yılında 53 adet belge, 2011 yılında 132 adet belge, 2012 yılında 67 adet belge ile sahte fatura kullanmıştır.

VUK m. 359/b fıkrası uyarınca; *“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 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. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.”*

X işlemiş olduğu fiiller ile VUK m. 359/b'deki sahte belge düzenleme veya kullanma suçunun tipikliğini gerçekleştirmiş ve neticesinde devleti vergi kaybına uğratmıştır.

Uyuşmazlık bakımından irdelenmesi gereken ilk husus, birden fazla sahte faturanın bir takvim yılında kullanılması durumudur. Yukarıda da detaylıca izah edildiği üzere; birden fazla sahte fatura düzenlenmesi ve bu faturaların aynı beyannamede kullanılması durumunda Yargıtay, tek bir suçun var olduğunu kabul etmektedir.<sup>103</sup> İşlenen fiillerin aynı suçun icrası kapsamında olması, mağdurun ve konunun (faturaların aynı beyannamede kullanılması) aynı olması özellikleri dikkate alındığında tek bir suçun varlığının kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde fail, işlediği fiilin haksızlık içeriğiyle orantısız bir cezayla karşı karşıya kalabilir.

Aynı takvim yılı içinde farklı beyanname dönemlerinde birden çok sahte fatura kullanılması durumunda Yargıtay, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>104</sup> Yargıtay, aynı takvim yılının

<sup>103</sup>Bkz. Suçun Özel Görünüş Biçimleri, İçtima, 20, dipnot

<sup>104</sup>Bkz. Suçun Özel Görünüş Biçimleri, İçtima, 19

farklı beyanname dönemlerinde sahte fatura düzenlenip kullanılmasını, aynı suç işleme kararı kapsamında kabul etmiş ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir.

Aynı takvim yılındaki farklı beyanname dönemleri arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması kanımızca yerindedir. Zira fail, her bir beyanname döneminde aynı suç işleme kastıyla birden fazla vergilendirme işlemi<sup>105</sup> yapmaktadır. Her iki vergilendirme işleminde suçun mağdurunun kamu olduğu da göz önüne alındığında, TCK m. 43/1 hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Aynı takvim döneminde fail tarafından hem komisyon karşılığı sahte belge düzenlenme hem de sahte belge kullanımı gerçekleşmesi durumunda, ilgili olayımızda da görüleceği üzere; Yargıtay, iki ayrı suçun varlığını kabul etmektedir. Kanımızca, Yargıtay'ın bu değerlendirmesi yerindedir. Zira komisyon karşılığı düzenlenen sahte faturanın mağduru kamu olmasına rağmen başka beyannamelerde kullanılması suçun konusunu<sup>106</sup> değiştirmektedir. VUK m. 359/b'de düzenlenen suç tipi seçimlik hareketli bir suç tipidir. Nesnel olarak aynı konu üzerinde seçimlik hareketlerin gerçekleşmesi durumunda tek bir suçun meydana geldiği kabul edilmektedir.<sup>107</sup> Ancak komisyon karşılığı sahte fatura düzenlenmesi ve düzenlenen başkaca sahte faturaların kullanılması durumunda nesnel olarak konu birlikteliğinden söz edilemeyeceğinden gerçek içtima hükümlerinin uygulanması yerindedir. Ayrıca suçların tamamlanma zamanları da farklılık göstermektedir. Sahte belge düzenleme suçu zorunlu unsurların tamamlanmasıyla, sahte belgenin kullanılması suçu beyannamenin (veya belgelerin) vergi dairesine verilmesiyle tamamlanır.

ABC limited şirketinin kurumlar vergisi, katma değer vergisi ve gelir

<sup>105</sup> Vergilendirme işlemi, aksine hüküm olmadığı sürece, mükellefin veya vergi sorumlusunun beyanı üzerine tarh olur. Üç çeşit beyanname türü bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla; yıllık beyanname, muhtasar beyanname ve münferit beyanname'dir. Mahmut Kalenderoğlu, Vergi Hukuku Türk Vergi Sistemi, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.171; Beyanname verilmesinin asıl amacı mükellef veya vergi sorumlularının beyanlarına binaen vergilendirilmelerini sağlamaktır. İlgililer sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergilendirmeden kaçarsa VUK m. 359/b uyarınca haklarında cezaya hükmolunacaktır. Ancak burada da haksızlık içeriğiyle uygun olmayan farklı cezaların verilmesi mümkün olmaktadır. Zira yıl içinde iki farklı beyanname veren ve her bir beyanname devleti bir milyon Türk Lirası zarara uğratan birisi ile on bin Türk Lirası zarara uğratan kişinin benzer cezaları almaları muhtemeldir. Bu durumda TCK m. 61 uyarınca cezanın alt ve üst sınırı belirlenmek suretiyle bireyselleştirilmesi gerekmektedir.

<sup>106</sup> Bkz. Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsurları, Suçun hukuki konusu ve korunan hukuki değer, 9

<sup>107</sup> Bkz. Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsurları, Fiil, 8

(stopaj) vergisi mükellefiyeti bulunmaktadır.<sup>108</sup> Kurumlar vergisi, katma değer vergisi ve gelir vergisi beyannamelerinin vergi dairesine bildirim tarihleri ve içerikleri farklıdır. Örneğin, gelir vergisi beyannamesi ile gelir unsurları (ticari, zirai kazançlar vb.) kar/zarar şeklinde kuruma bildirilir. Kurumlar vergisi beyannamesi ile geçmiş yıl zararları, kazanç ve matrah bildirim (ticari bilanço karı/zararı), katma değer vergisi beyannamesi ile de matrah ve vergi bildirim vergi dairesine yapılır.

Şirket müdürü X, Y şirketinden komisyon karşılığı almış olduğu VUK m. 230 uyarınca unsurları eksik (örneğin malın veya işin nev'i, miktarı) faturanın eksikliklerini gidererek beyannamesinde kullanması durumunda, X ve Y'nin cezai sorumlulukları ne olacağına da değinmekte fayda görüyoruz. Y tarafından X'e verilen fatura, VUK m. 230 uyarınca gerekli unsurları taşımadığı için vergi ceza hukuku bakımından 'belge' niteliğine haiz değildir.<sup>109</sup> Eksik olan unsurların X tarafından tamamlanmasıyla Y tarafından verilen fatura vergi ceza hukuku bakımından belge özelliği kazanır. Bu sebeple Y'nin vergi ceza hukuku uyarınca hiç düzenlenmemiş sayılan bir belgeyi X'e verdiği için sahte belge düzenlemek suretiyle vergi kaçakçılığı suçundan sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak vergi kabahatinden dolayı sorumluluğu saklıdır. X, bir vergilendirme döneminde Y'den aldığı sahte faturanın eksiklik unsurlarını gidermiş ve bu faturayı kullanmıştır. İşlenen vergi kaçakçılığı suçunun mağduru aynıdır ve nesnel olarak tek bir konusu bulunmaktadır. Seçimlik hareketlerden biri aynı nesnel konu üzerinde gerçekleşmesi durumunda bir suçun varlığı kabul edileceğinden, X tek vergi kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulacaktır.

**2. Her bir sahte faturanın düzenlenmesi ve kullanılması bağlamında ayrı ayrı vergi kaçakçılığı suçu oluşmakla birlikte, bütün bu kaçakçılık fiillerinin aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlendiğinin kabulüyle, zincirleme suç hükümlerine göre mi cezaya hükmetmek gerekir?**

Bir takvim yılında; verilen komisyon karşılığında birden çok sahte fatura düzenlenmesi ve sahte fatura kullanılması, yukarıda da izah edildiği üzere, ayrı ayrı suçlar oluşturmakta ve gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir.<sup>110</sup> Fail, komisyon karşılığı düzenlediği sahte faturaları

<sup>108</sup>Bkz. Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamesi Genel Tebliği (Sıra No: 1)

<sup>109</sup> Bkz. Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsurları, Fiil, 7

<sup>110</sup> Bkz. Suçun Özel Görünüş Biçimleri, İçtima, 20



ve başkası tarafından düzenlenen sahte faturaları aynı beyanname üzerinde kullanması durumunda aynı suç işleme kararıyla suçun işlendiğinin kabulü mümkün değildir. Zira iki suç tipinin konuları ve tamamlanma zamanları birbirinden tamamen farklıdır. Örneğin fail komisyon karşılığı düzenlediği sahte belgeleri ve başkası tarafından düzenlenen sahte belgeleri yıllık beyannamesine eklemiş olsun. Fail bu beyannameyi vergi dairesine sunmadığı sürece sadece VUK m. 359/b'nin sahte belge düzenleme suçundan sorumlu olacaktır. Zira sahte belge kullanma suçunun unsurları tamamlanmamıştır.

Ezcümle, aynı suç işleme kararıyla hareket edildiğinin kabul edilmesi suretiyle suçlar arasında zincirleme suç hükümleri uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.<sup>111</sup>

**3. Her bir takvim yılı içinde düzenlenen ve/veya kullanılan çok sayıda sahte faturalar bağlamında işlenen vergi kaçakçılığı suçları ile ilgili olarak, bunların aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlendiğinin kabulüyle, zincirleme suç hükümlerine göre cezaya hükmetmekle birlikte; farklı takvim yıllarında işlenen vergi kaçakçılığı fiilleriyle ilgili olarak, gerçek içtima hükümlerine göre mi cezaya hükmetmek gerekir?**

7394 sayılı Kanun öncesi Yargıtay, farklı takvim yıllarında işlenen vergi kaçakçılığı fiilleriyle ilgili olarak gerçek içtima kuralını uygulamaktaydı.<sup>112</sup> Yargıtay'ın bu kabulü failin gerçekleştirdiği haksızlıkla orantısız çok daha

<sup>111</sup> Yargıtay da seçimlik hareketli suçlarda, seçimlik bir hareketin gerçekleşip suçun tamamlanmasının ardından başka bir seçimlik hareketin gerçekleşmesi durumunda gerçek içtima uygulanması görüşündedir; "Seçimlik hareketli suçlarda, hareketlerden birkaçının birden yapılması birden çok suç işlenmesi anlamına gelmez. Bu gibi hâllerde de ortada tek bir suç vardır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, suçun konusunu oluşturan maddenin aynı olmasıdır. Hareketlerin seçimlik olma özelliği aynı uyuşturucu veya uyarıcı madde için geçerlidir. Failin, değişik zamanlarda aynı veya farklı kişilere maddede öngörülen seçimlik hareketlerden herhangi birisini gerçekleştirmesi hâllerinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak bunun için de öncelikle bu suçların her birinin cezalandırılabilir nitelikte olması ve suçlar arasında hukuki ve fiili kesintinin bulunmaması gerekir. Suçlar arasındaki sürenin ne kadar olması gerektiği konusunda ise kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Suçlar arasında çok kısa bir zaman aralığı olsa dahi suç işleme kararının yenilenmiş olması hâlinde zincirleme suçtan söz edilemeyecektir. Diğer bir anlatımla failin işlemeyi kast ettiği uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun konusunu oluşturan maddenin, öngörülen seçimlik hareketlerden herhangi birisinin gerçekleştirilmesi sonrasında tüketilmesinin ardından, yeniden uyuşturucu madde temin etmesi hâlinde zincirleme suçun değil, gerçek içtima kuralı gereğince ayrı ayrı suçların oluştuğunun kabulü gerekmektedir." Yargıtay 10. CD., E. 2020/9228, K. 2022/6272, T. 16.5.2022

<sup>112</sup> Bkz. Suçun Özel Görünüş Biçimleri, İçtima, 19



yüksek cezalar almasına sebebiyet vermekteydi. Zira 7394 sayılı Kanun öncesi uygulama şu şekildeydi; örneğin fail, iki farklı takvim yılının her bir yılında hem sahte fatura düzenlemiş hem de kullanmışsa, Yargıtay, her takvim yılının kendi içinde zincirleme suç hükümlerini uygularken farklı takvim yılları arasında işlenen suçlar için gerçek içtima hükümlerini uygulanmaktaydı.<sup>113</sup>

7394 sayılı Kanun öncesi Yargıtay'ın gerçek içtima kabulü için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Aynı suç işleme kararıyla işlenen suçların sadece takvim yılı farklılığı nedeniyle gerçek içtima hükümleri uygulanmasının izahı bulunmamaktadır. Her ne kadar Yargıtay, her takvim yılının ayrı ve bağımsız suçlar oluşturduğunu kabul etse de her takvim yılının bağımsız suç teşkil edeceğine dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Aynı takvim yılı için zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını kabul eden Yargıtay'ın sadece yeni takvim yılından dolayı kaçakçılık suçunu bağımsız ve ayrı suç kabul etmesinin hukuki bir izahı bulunmamaktadır. Örneğin fail, komisyon karşılığı aldığı bir kısım sahte belgeleri kullanmak suretiyle 2010 yılının Aralık ayı ve 2011 yılının Şubat aylarında çeşitli beyannameler vermişse, Yargıtay'a göre, takvim yılı farklılığı nedeniyle gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Halbuki bu senetler 2010 yılının Haziran ve Aralık ayında kullanılsaydı zincirleme suç hükümleri uygulanacaktı. Haksızlık içeriği aynı olan iki durum arasında 'öngörülemez' bir ceza farkı ortaya çıkmaktadır. Kanımızca olması gereken; aynı suç işleme kararıyla hareket edilmesi ve fiili kesinti olmaması durumunda, takvim yılı fark etmeksizin zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasıdır.

Bu orantısız ve 'öngörülemez' durumu gören kanun koyucu, 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle VUK m. 359'a şu hükmü eklemiştir; *"Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır."* Böylece uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilmiş ve farklı takvim yılları arasında da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır.

Bu sebeple; farklı takvim yıllarında işlenen sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarının işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

<sup>113</sup>Bkz. Suçun Özel Görünüş Biçimleri, İçtima, 20

## SONUÇ

Vergi Usul Kanunu, kabahatlere ve suçlara ilişkin düzenlemeleri içinde barındıran bir Kanundur. Bu düzenlemelerin temel amacı, devletin vergilendirme yetkisini korumak ve vergi kaybını en aza indirmektir. Vergi ceza hukuku kapsamında, kabahatler ve suçlara ilişkin düzenlemeler 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer almaktadır. Vergi kaçakçılığı suçu, 'kaçakçılık suçları ve cezaları' başlığı altında VUK m. 359'da düzenlenmektedir. İlgili madde birden çok fıkra ve bendi içinde barındırmakla beraber bu çalışma kapsamında özellikle VUK m. 359/b'de düzenlenen 'sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçu' incelenmiştir.

VUK m. 359/b'de düzenlenen suç tipi özellikle TCK m. 207'de düzenlenen 'özel belgede sahtecilik suçu' ile karıştırılmaktadır. Ancak iki suç tipi arasında belli başlı farklar mevcuttur. Örneğin TCK m. 207'de düzenlenen suç tipinde fikri sahtecilik cezalandırılmamıştır. Ancak VUK m. 359/b'de kanun koyucu fikri sahteciliği cezalandırmıştır. Benzer şekilde, TCK m. 207'de yer alan 'belge' tanımı TCK m. 204 dışında yer alan tüm özel belgeleri kapsadığı kabul edilmektedir. VUK m. 359/b kapsamında belge ise, vergi kanunları uyarınca tutulan ve Kanunda sayılanlardan ibarettir.

VUK 359/b'de düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu, seçimlik hareketli bir suç tipidir. Buna göre bir kişi, nesnel olarak konu birlikliği olması şartıyla, sahte belge düzenler ve kullanırsa tek suç işlenmiş olacaktır. Ancak iki seçimlik hareketin aynı konu üzerinde var olması TCK m. 61 uyarınca cezanın şahsileştirilmesinde göz önüne alınacaktır.

VUK m. 359/b düzenlemesi, başlıca içtima kurumunun uygulanması hususunda tartışma konusu olmaktadır. Suç tipinin seçimlik hareketli olması, konu farklılıklarının meydana gelmesi, farklı takvim yılları söz konusu olduğunda yaşanan belirsizlikler, içtima kurumunun bu suç tipinde uygulanmasını daha karmaşık hale getirmektedir. 7394 sayılı Kanun değişikliği ile bu karmaşıklığa ve uygulama farklılıklarına çözüm getirilmek istenmiş ve farklı takvim yılları arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır. Ancak sorun sadece farklı takvim yıllarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ile sınırlı değildir. VUK m. 359/b'nin baştan düzenlenmesinde fayda olacağı kanaatindeyiz.

## ÖNERİLER

*Mevcut Düzenleme*

*Kaçakçılık Suçları ve Cezaları*

**Madde 359- (Değişik: 23/1/2008-5728/276 md.)**

...

b) 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 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. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir

*Öneri Metni*

*Kaçakçılık Suçları ve Cezaları*

**Madde 359- (Değişik: 23/1/2008-5728/276 md.)**

...

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgeleri yok edenler veya bu belgeler üzerinde esaslı değişiklik yapanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

c) Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler, düzenlenen belgeler sonucu devletin vergi kaybı yaşaması durumunda üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Kanun uyarınca tanımlanan belgenin unsurları tamamlanmamış olması halinde de tamamlanmış vergi kaçakçılığı suçundan cezaya hükmolunur.

d) c bendi uyarınca düzenlenen sahte belgeleri devletin vergi kaybına sebep olmak amacıyla kullanan kişiler hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

*Gerekçe*

Eski düzenlemede, b,c ve d bentleri tek bir bentte yer almakta ve bu durum mahkemelerin farklı yorumlar getirmesine sebep olmaktaydı. Bu düzenleme ile vergi kaçakçılığı suçunun meydana gelmesine sebebiyet veren

hareketlerin her biri ayrı bentlerde düzenlenmiş ve uygulamada yeknesaklık amaçlanmıştır.

Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgeler, defter ve kayıtları da kapsamaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçunun mağduru kamudur. Bu suç tipiyle korunan hukuki değer, devletin vergilendirme hak ve yetkisidir. Sahte olarak düzenlenen belge ile devletin vergi kaybı olmaması durumunda, bu suç tipiyle korunan hukuki değer de ihlal edilmiş olmayacaktır. Ancak bu belgenin kullanılması ve vergi kaybı meydana gelmesi durumunda, belgeyi düzenleyen kişinin c bendi uyarınca sorumluluğu meydana gelebilecektir.

Önceki düzenlemede, sahte bir belgenin unsurlarında eksiklik olması halinde vergi hukuku kapsamında 'belge'nin varlığı kabul edilmemekteydi. 'c' bendinde yapılan değişiklik ile unsurları tam olmayan belgelerden dolayı da kişilerin cezai sorumluluğunun doğacağı ayrıca belirtilmiştir. Örneğin X limited şirketi yetkilisi, bir faturanın fiyat kısmını tamamlamadan Y kişisine vermesi ve bu belgenin eksik kısmının Y tarafından doldurulup kullanılmasıyla vergi kaybı meydana gelmesi durumunda, X, VUK m. 359/c uyarınca sorumlu olacaktır.

Vergi vermek Anayasal bir zorunluluk olmakla beraber aynı zamanda vatandaşlık görevidir. Bireyler, eğitim düzeyleri ve artan sosyal farkındalıklarıyla doğru orantılı olarak vatandaşlık görevlerini tam olarak yerine getirmektedir. Ceza hukuku sonucu getirilen yaptırımlar, birey farkındalıkları artmadığı sürece yeterli etkiyi meydana getirmeyecek aksine farklı kaçakçılık yöntemlerini doğuracaktır. Bu nedenle vergi kaçakçılığı cezalarının üst sınırında bir azaltmaya gidilmesi uygun görülmüştür.

## KAYNAKÇA

- Ağar S, Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Akbulut B, “Bağlılık kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 14 (1), 167- 214.
- Akbulut B, “Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)”, Adalet Dergisi, 2023, 71, 653-702.
- Aslanpınar B, TCK’nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Batı M, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği- Vergi Yargısı- Kamu İcra, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Bayraklı H H, Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 10 (37), 1-23.
- Bayraklı H H/Bozdağ A, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, 2010, 158, 15-34.
- Bozdağ A, Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Centel N/Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınevi, 2022.
- Çakmakçı A/Köseer S, 213 Sayılı VUK ve 5237 sayılı TCK’ya göre Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları Kavram- Yargı- Uygulama, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Demirel M, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On iki Levha Yayınları, 2017.
- Demirel M/Kartal M, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, 21(Özel s.), 457-490.
- Demirkıran Ş, “Vergi Suç ve Kabahatlerinde İştirak” in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, 2021, 111-154.
- Dönmezer S, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2011, 8 (3-4), 433-456.

- Ela H, Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Erem F, “Tekerrür Hakkında Kanun Hükümlerini Tetkiki”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1945, 2 (2), 191-222.
- Geçer A E, “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 65 (2), 315-348.
- Geçer A E, Vergi Usul Kanunu’nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibari ile Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, 2021.
- Gencil U, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında İştirak Müessesesi ve Sorunları”, Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, 2014, 7 (3), 71-88.
- Gökçen G/Özdemir M, “Türkiye’de Muhasebe Uygulamalarından E-Defter ve E-Fatura Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, 2016, 12 (46), 137-154.
- Göktürk N, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, 2013.
- Günay E, Vergi Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Güngör M, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2020, 44, 269-300.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler/ Temel Bilgiler, 18. Baskı, Astana Yayınları, 2020.
- İçel K, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7 (14), 35-49.
- İçer Z, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On iki Levha Yayınları, 2021.
- Kalenderoğlu M, Vergi Hukuku Türk Vergi Sistemi, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kara E/Aslan A, Ceza Avukatı ve Savunma, 3. Baskı, Adalet Yayınevi,2023.
- Karataş M, “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Bu Suçların Teşebbüse Elverişlilik Noktasında Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 6 (2), 211-227.

- Keçelioğlu E, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 25 (2), 433-464.
- Kurt A, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Küçükkaya M, “Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 19 (1), 191- 218.
- Kılıç B, “Vergi Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Non Bııs In Idem İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu” in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, 2021, 191-216.
- Koca M/Üzölmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Meral E S, “Vergi Kaçakçılığı Suçları ile Belgede Sahtecilik Suçları Arasındaki İlişkisi” in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 307-344,
- Okay S, “Tekerrürün Mahiyeti Hakkında Başlıca Nazariyeler ve Tatbikata Tesirleri” (<https://teav.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47693/3091.pdf?sequence=>, 1952), 331-346, Erişim Tarihi: 13. 12.2023
- Özbek V. Ö/Doğan K/ Bacaksız P/Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özcan O, Vergi Suçları, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 31. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023. Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şahin H G, “Vergi Ceza Hukukunda Yanılma, Mücbir Sebep, Pişmanlık ve İslah” in İzzet Özgenç, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, 2021, 67-110.
- Şenyüz D./Yüce M/Gerçek A, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 13. Baskı,

Ekin Kitabevi, 2022.

Taş F, “Vergi Mükelleflerinin Kayıt Düzenine İlişkin Ödevleri”, Maliye Dergisi, 2007, 152, 116-120.

Tosun A N, “Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 7 (2), 95-104.

Türker D, “Vergi Kaçakçılığı Suçu Soruşturmalarında İnceleme ve Mütalaa Şartına Getirilen İstisnai Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 27 (1), 321-358.

Ünal E, “Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2021, 27 (2), 1260-1297.

Üzülmez İ, “Türk Hukukunda Tekerrür”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, 10 (1-2), 165-186.

Yavan S, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında İştirak Müessesesinin Türk Ceza Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, Maliye Araştırmaları Dergisi, 2017, 3 (2), 119-128.

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Yüce M, Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.

Zafer H, Özel Belgede Sahtecilik, Özel Ceza Hukuku, c. VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 2020.



## KARARLAR

AYM, B. 2015/14383, T. 19.2.2019

AYM, B. 2018/9115, T. 27.3.2019

Anayasa Mahkemesi Kararı-GK., E. 2017/25, K. 2017/26, T. 1.3.2017

Danıştay 7. Daire, E. 2019/2003, K. 2022/1892, T. 21.2.2022

Yargıtay 11. CD., E. 2012/14313, K. 2013/18348, T. 4.12.2013

Yargıtay 19. CD., E. 2015/2866, K. 2015/5570, T. 14.10.2015

Yargıtay 19. CD., E. 2015/8665, K. 2015/6343, T. 28.10.2015

Yargıtay 19. CD., E. 2015/8783, K. 2015/6614, T. 4.11.2015

Yargıtay 21. CD., E. 2016/1630, K. 2016/4945, T. 7.6.2016

Yargıtay 11. CD., E. 2016/7336, K. 2016/7265, T. 21.10.2016

Yargıtay 11. CD., E. 2016/10238, K. 2016/7733, T. 23.11.2016

Yargıtay 11. CD. E. 2016/2665, K. 2016/8511, T. 15.12.2016

Yargıtay 21. CD., E. 2016/8012, K. 2016/7900, T. 22.12. 2016

Yargıtay 21. CD., E. 2016/1624, K. 2017/253, T. 18.1.2017

Yargıtay 10. CD., E. 2020/9228, K. 2022/6272, T. 16.5.2022

YCGK, E. 2018/427, K. 2918/517, T. 8.11.2018

YCGK, E. 2001/236, K. 2001/240, T. 6.11.2001

YCGK, E. 2021/433, K. 2022/575, T. 22.9.2022





# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

## Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852

Cilt/Volume: 2

Sayı/No: 2

ARALIK/December 2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YÜKSEL YALÇINKAYA v. TÜRKİYE KARAR İNCELEMESİ

*A Review of the European Court of Human Rights Case of Yüksel Yalçinkaya  
v. Türkiye Decision*

Efe Can KARABULAT\*

#### ÖZET

*Terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılan Yüksel Yalçinkaya'nın yargılama sürecinde gerçekleştiği iddia olunan hak ihlallerinin ele alındığı Yüksel Yalçinkaya v. Türkiye kararı, sosyal ve politik sonuçları itibarıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından son yıllarda verilmiş olan en önemli kararlardan biridir. AİHM, kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6., 7. ve 11. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. İçerdiği unsurlar itibarıyla Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin güncel içtihatlarıyla da benzerlikler taşıyan bu karar, bazı yeni standartlar da getirmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi.*

#### ABSTRACT

*Yüksel Yalçinkaya v. Türkiye decision is one of the most important decisions made by the European Court of Human Rights in recent years, in terms of its social and political consequences. In its decision, the ECHR decided that Articles 6, 7 and 11 of the European Convention on Human Rights were violated. This decision, which is similar to the current jurisprudence of the Turkish High Cassation Court and the Turkish Constitutional Court in terms of the elements it contains, also introduces*

\* Dr. Ar. Gör, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.efe.karabulat@hbv.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2181-1692>.

*some new standards.*

**Keywords:** *European Court of Human Rights, right to a fair trial, principle of equality of arms, principle of no crime or punishment without law.*

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM/Mahkeme) tarafından 26.09.2023 tarihinde hükme bağlanan ve Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6, 7 ve 11. maddelerini ihlal ettiğine hükmedilen *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* kararı, ilk andan itibaren kamuoyunda tartışmalara neden olmuştur. Bu durum, davanın olası etkilerinin büyüklüğü düşünüldüğünde şaşırtıcı değildir. Özellikle başvuru ile benzer durumda olan başka kişilerin ceza davaları bakımından kararın etki doğurabilme ihtimali de göz önüne alındığında kararın önemi iyice ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kararın hukuki analizinin yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur.

Kararın incelenmesinden önce, bu çalışmanın bazı sınırlılıklarından bahsetmek gerekmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki 180 sayfa civarında olan karar metnindeki bütün detaylara bu çalışmada yer verilebilmesi ve tartışılabilmesi mümkün değildir. Tıpkı AİHM kararında; yerel makamlarca hazırlanan rapor, fezleke ve iddianameler, dava dosyası içeriği ve kararlar çok kısaca ve önemli unsurları itibarıyla yer aldığı gibi, bu çalışmada da AİHM kararı aynı şekilde inceleme bakımından önem arz eden hususları itibarıyla yer almıştır. Unutulmamalıdır ki bu çalışmada maksat yerel makamların yerini alarak delillerin içeriğini ve teknik özelliklerini değerlendirmek değil, verilen kararın ceza hukuku açısından analizini yapmaktır. Bu itibarla, çalışmada bu neviden tartışmalardan tümüyle sakınılacak ve bu hususun değerlendirmesi konunun uzmanlarına bırakılacaktır.

Çalışma bir karar incelemesi biçiminde kaleme alındığı için, incelenen karar bakımından önem arz eden ya da onunla ilişkili bulunan ve her biri monografi boyutunda çalışmalar gerektiren çok sayıda hukuki kurum ya da ilkeye, yalnızca birkaç cümleyle değinilmekle yetinilmesi bir mecburiyet halini almaktadır. Bunun çalışma açısından bir eksiklik teşkil etmemesi için, mümkün olduğu ölçüde okuyucunun o konuya ilişkin geniş bilgi içeren kaynaklara yönlendirilmesi sağlanmıştır.

Çalışmanın amacı, *AİHM nezdinde yapılan başvuruyu* ve verilen kararı değerlendirmektir. Başvuru hakkında ulusal mahkemelerce verilen kararı

ya da benzer davalarda verilen kararları değerlendirmek, bu kararların doğruluğunu ya da yanlışlığını tartışmak bu çalışmanın konusu değildir. Bununla birlikte, AİHM kararında yapılan bazı tespitler ve bu tespitlere binaen yapacağımız değerlendirmeler, kuşkusuz ulusal mahkemelerce verilen kararlardaki unsurlar hakkında da bazı yorumları gerektirecektir.

İnceleme konusu davada bir yazılım/aplikasyon olan *ByLock*, çok önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle ister istemez bazı teknik meseleler de konuya dahil olmaktadır. Bu meselelere dair analiz çalışmanın konusu değildir<sup>1</sup> ancak taraf beyanları, yetkili makamların incelemeleri ve kararlar bu detayları içerdiğinden çalışmada da bunlara yer verilmesi bir mecburiyettir. Kanaatimizce bu detaylar çok da karmaşık değildir ve gündelik bilgisayar kullanıcılarının halihazırda büyük ölçüde aşına olduğu bilgilerden ibarettir. Bu nedenle bu noktalar mümkün olduğunca basitleştirilmekle birlikte, ek açıklamalara yer vermeye gerek görülmemiştir. Söz gelimi IP, VPN, APK, 2FA gibi kısaltmaların ne anlama geldiği; çift yönlü şifrelemenin prensipleri, HTS ve CGNAT kayıtları, veri güvenliğinin *ByLock* veya diğer haberleşme programlarında nasıl sağlandığı gibi hususlarda özel açıklamalar yapılmamıştır<sup>2</sup>. Her halükârda *ByLock*'un teknik yönleri, kararda belirleyici bir role sahip değildir.

Kararda AİHS'in 6, 7 ve 11. maddelerinin ihlali bağlamında değerlendirmeler yapılmıştır. İhlal iddiaları hakkındaki kararların tümüne çalışmada yer verilecek olmakla birlikte, çalışmanın amaçları bakımından bir önem arz etmemesi nedeniyle, ihlal dolayısıyla maddi ve manevi tazminat yükümlülüğüne yönelik açıklamalara yer verilmemiştir. Aynı şekilde, karar bakımından önemli bir sonuç doğurmaması nedeniyle OHAL ve AİHS m. 15 bağlamındaki tartışmalar da tümüyle çalışmanın dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte özellikle manevi tazminat meselesinin hakimler arasında tartışmalara neden olduğu ve karşı oy yazılarında bu konuya geniş yer ayrıldığı ifade edilmelidir.

Özellikle olay özetindeki bilgiler ve isimlendirmeler bakımından, karar metinlerine sadık kalınmış, şahsi değerlendirmelerden sakınılmıştır. Hatta bu nedenle çoğu kez olay özetleri karar metninden doğrudan alıntı şeklinde

<sup>1</sup> Bu hususta geniş bilgi için bkz. **Değirmenci, Olgun**, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi'nin *Ferhat Kara Başvurusu*'ndaki oldukça özlü açıklamalarından bu hususta yararlanılabilir. Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020, §23 vd.

alıntılanarak kullanılmış, bilgilerin özetlenmesine dahi ancak gerektiğinde başvurulmuştur. Aşağıda aynı örgütün kimi zaman farklı isimlerle anıldığı görülecektir. Bu durumun nedeni ya alıntılanan karar metninde ilgili mercinin bu ismi kullanmış olması ya da -katmanlı bir yapıya sahip olan ve görünüşte meşru zeminde faaliyet gösteren unsurları da bulunan- *FETÖ/PDY'nin* farklı katmanlarının farklı isimlerle anılmasıdır. Her halükârda kullanılan isimlendirmeler bir kanaat ifade etmemektedir.

## 1. Karara İlişkin Bilgiler

### 1.1. Olay Özeti

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*<sup>3</sup> davasına konu olan olayda<sup>4</sup>, 15-16 Temmuz 2016 gecesi, kendilerini “Yurtta Sulh Konseyi” olarak adlandıran bir grup Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu, Türkiye'nin demokratik yollarla seçilmiş parlamentosunu, hükümetini ve Cumhurbaşkanı'na devirmeyi amaçlayan bir askeri darbe girişiminde bulunmuştur.

16 Temmuz 2016 tarihinde, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Bürosu, darbe girişimine ilişkin soruşturma başlatmıştır. Bu soruşturma çerçevesinde hareket eden Cumhuriyet savcılıkları, darbe girişimine karıştığından şüphelenilen kişilerin yanı sıra *FETÖ/PDY* ile bağlantısı olduğundan şüphelenilen diğer kişiler hakkında da ceza soruşturmaları başlatmıştır.

Esasen darbe teşebbüsünden önce de *FETÖ/PDY* yapılanmasının kamu güvenliği için tehlikeli bir yapı, hatta bir terör örgütü olduğu kamu otoritelerince değerlendirilmekte ve bu hususta birtakım adli soruşturmalar yürütüldüğü gibi, istihbarat faaliyetleri de yürütülmekte idi. Bu bağlamda Millî İstihbarat Teşkilâtı (MİT), 2016 yılının başlarında, yalnızca bu yapının üyeleri tarafından haberleşme amacıyla kullanıldığını değerlendirdikleri

<sup>3</sup> Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye, 15669/20, 26.09.2023.

<sup>4</sup> Karar metninin olay özeti bölümünde esasen *FETÖ/PDY'nin* tarihçesine ve genel özelliklerine ilişkin bilgiler, 15.07.2016 tarihindeki darbe teşebbüsü ve akabinde Devlet tarafından alınan tedbirler, olağanüstü hal ilanı, kamudan ihraçlar gibi konulara dair bilgiler de bulunmaktadır. Hakimler için konunun bağlamı içinde anlaşılabilirliği için önemli olabilecek bu bilgiler, Türkiye'de kamuoyunca halihazırda iyi bilinmekte olduğundan bu bilgilere çalışmada yer verilmesine gerek görülmemiştir. Bu bilgilerin daha geniş ve sağlıklı bir biçimde Anayasa Mahkemesi'nin *Aydın Yavuz* Başvurusu'ndaki ilgili paragraflardan da edinilmesi mümkündür. Bu hususta bkz. Aydın Yavuz Başvurusu, 2016/22169, 20.06.2017, §12-107.

*ByLock* isimli mesajlaşma uygulamasının Litvanya'daki ana sunucusuna erişmiş ve buradan edindikleri bilgileri Emniyet Genel Müdürlüğü ve diğer ilgili kurumlarla paylaşmıştır<sup>5</sup>.

Aralık 2016'da MİT, elindeki ham *ByLock* verilerini Ankara Cumhuriyet

<sup>5</sup> Kararın 115 ve devamı paragraflarında bu rapordaki bazı temel bulgulara yer verilmiştir. Bu bulgular arasında önemli olanlar, özetle, şöyle sayılabilir:

**ByLock ilk olarak 2014'ün başlarında Google Play mağazasında yayınlanmış ve 2016'nın başlarına kadar farklı sürümlerle orada kalmış ve bu süre zarfında 100.000'den fazla kez yüklenmiştir,**

Sunucuda **215.092** kayıtlı kullanıcı tespit edilmiştir (123-127. paragraflar arasında yer verilen uzman raporunda bu sayının kullanıcı sayısı olmadığı, uygulamaya kayıt olma sayısı olduğu ayrıca açıklanmıştır),

*ByLock* kullanıcı hesabı oluşturulurken hiçbir kişisel bilgi talep edilmemiş ve kimlik doğrulaması için herhangi bir yöntem uygulanmamıştır,

Sisteme kayıt olmak diğer kullanıcılarla iletişim kurmak için yeterli olmadığı gibi, kullanıcıları isimleriyle aramak ve eklemek de mümkün değildi; **bireyler ancak birbirlerinin kullanıcı adlarını/kodlarını ekledikten sonra birbirleriyle iletişim kurabilmektedir,**

Uygulama APK sitelerinde yer alan istatistiklere göre **500.000 ila 1 milyon kez indirilmiştir**; Bu rakamların doğruluğunu teyit etmek mümkün olmamakla birlikte, kişilerin (i) uygulamayı silip yeniden indirmiş olabilecekleri; (ii) uygulamayı bir kullanıcı hesabı oluşturmadan indirmiş olabilecekleri ve (iii) uygulamayı birden fazla cihaza indirmiş olabilecekleri göz önüne alındığında, *ByLock* sunucusunda bulunan kullanıcı sayısı (215.092) ile tutarsız görünmemektedir. (Rapordan alıntılanan kısımda belirtilmemiş olmakla birlikte, programın bu şartlar altında otomatik olarak güncellenmeyebileceği de göz önüne alındığında, yeni sürüm indirilmesi nedeniyle de kullanıcıların birden fazla kez APK indirmiş olmaları gerekebilir.)

Programın kullanıcılarının tamamına yakını Türkiye'den olduğu halde, programın Türkiye IP'leri ile kullanımı engellenmiştir. Rapora göre bu durumun olası sebebi kullanıcıların *ByLock*'a erişebilmek için VPN kullanmalarını zorunlu hale getirmek ve böylece kimliklerinin tespit edilmesini güçleştirmektedir.

Rapora göre *ByLock* üzerinden paylaşılan mesajların içeriğinin incelenmesi, programın örgütsel amaçlarla kullanıldığını ortaya koymuştur: **Deşifre edilen içeriğin neredeyse tamamı - yani kurtarılan 17 milyon mesajdan yaklaşık 15 milyonu ve kurtarılan 3 milyon e-postadan 2 milyonu - örgütsel temas ve FETÖ/PDY ile ilgili faaliyetlerle ilgilidir ve örgüte özgü jargon kullanılmaktadır.**

Bu içerikler, kararın 159. paragrafında açıklandığı üzere, üyeler için gizli saklanma yerlerinin sağlanması; yurt dışına kaçış planları; görevden uzaklaştırılan veya ihraç edilen örgüt üyeleri için para (himmət) ve mali destek toplama toplantıları; F. Gülen'in talimat ve görüşlerinin aktarılması; Türkiye'yi teröre destek veren bir ülke olarak göstermek amacıyla faaliyet gösteren internet sitelerinin paylaşılması; FETÖ/PDY'ye yönelik yürütülen soruşturmalar ve açılan davalar kapsamında şüpheli veya sanıkların belirli hâkim ve savcılar tarafından serbest bırakılmasının sağlanması; örgüt mensuplarına yardımcı olmak üzere avukat görevlendirilmesinin sağlanması; faaliyet yapılabilecek yerler hakkında bilgi verilmesi ve bu yerlerdeki önemli dijital verilerin imha edilmesi yönünde uyarılarda bulunulması; deşifre edilmesi halinde *ByLock* kullanımının sonlandırılması ve yerine Eagle, Dingdong, Tango gibi alternatif programların kullanılması gerektiği yönünde üyelerin bilgilendirilmesi ve örgüt üyelerinin savunmalarında kullanılacak hukuki metinlerin hazırlanması gibi hususları içermektedir.

Başsavcılığı'na teslim etmiştir. Başsavcılığın talebi üzerine, 09.12.2016 tarihinde Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca söz konusu ham verilerin incelenmesine karar vermiştir. Özellikle, MİT tarafından teslim edilen materyalin kopyalarının çıkarılmasını ve içeriğinin deşifre edilmesini talep etmiştir. Bu arada, MİT tarafından elde edilen bilgilere dayanılarak, ByLock kullanıcısı olduğu tespit edilen binlerce kişiye yönelik soruşturmalar başlatılmıştır (§10-22).

Kayseri'de bir devlet okulunda öğretmen olan başvurucu, kamu hizmetinden açığa alınmıştır. 27 Temmuz 2016 tarihinde 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile *FETÖ/PDY* ile irtibat ve iltisaklı olduğu şüphesiyle görevinden ihraç edilmiştir.

29 Temmuz 2016 tarihinde Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı, Kayseri Emniyet Müdürlüğü'nden, aralarında başvurucunun da bulunduğu Kayseri'de görevden ihraç edilen öğretmenlerin *FETÖ/PDY* üyesi veya yöneticisi olup olmadıklarının ya da bu örgütle bağlantılarının bulunup bulunmadığının araştırılmasını, sosyal medya hesaplarında suç unsuru bulunup bulunmadığının incelenmesini, bu kişilerle ilgili tanık ifadelerinin alınmasını, adres ve iletişim bilgilerinin tespit edilmesini talep etmiştir.

5 Eylül 2016 tarihinde Kayseri Emniyet Müdürlüğü, Kayseri'de memuriyetten ihraç edilen 147 öğretmenle ilgili soruşturma raporunu Kayseri Cumhuriyet Savcılığına sunmuştur. Raporunda, başvurulanla ilgili olarak, *ByLock* kullanıcısı olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Raporunda ayrıca, başvurucunun "PDY doğrultusunda" faaliyet yürüttüğü kabul edilen "Aktif Eğitimciler Sendikası", diğer adıyla "Aktif Eğitim-Sen" ve "Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği" üyesi olduğu belirtilmiştir. Raporun sonuç bölümünde, söz konusu şüphelilerin **ByLock üzerinden kendi aralarında özel şifreli haberleşme yapmaları, diğer örgüt mensuplarıyla irtibatlı olmaları ve bazılarının FETÖ/PDY'ye destek veren Bank Asya'da hesaplarının bulunması** nedeniyle *FETÖ/PDY* üyesi oldukları yönünde bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

Başvurucu bilahare gözaltına alınmış ve tutuklanmıştır. Başvurucunun evinde yapılan aramada, evinde veya üzerinde herhangi bir suç unsuruna rastlanmamıştır. Bu esnada başvurucuya ait bir adet cep telefonu ve SIM karta da elkonulmuştur. Başvurucu sorgusunda *ByLock* kullanıcısı olduğunu ve Fethullah Gülen'in çağrısı üzerine *Bank Asya*'ya para yatırdığını reddetmiştir (§23-33).



Başvurucu hakkında Kayseri Emniyet Müdürlüğü tarafından hazırlanan raporda bilahare, başvurucaunun *ByLock* kullanıcısi olduğu ve hesabının “turuncu” kodlu olduğu; *Bank Asya*’daki iki hesabından birine, Fethullah Gülen’in bankayı destekleme çağrısından sonra iki kez farklı tarihlerde para yatırıldığı yönünde tespitler yer almıştır.

Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, TCK m. 314 uyarınca **silahlı terör örgütüne üye olmak** suçundan dolayı yargılanmak üzere başvuruca hakkında iddianame düzenlenmiş ve bu iddianame Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 20.01.2017’de kabul edilmiştir.

Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, bilahare 21.03.2017 tarihinde başvurucaunun silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan dolayı altı yıl üç ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. Bu kararın gerekçesi olarak üç delil gösterilmiştir: Başvurucaunun *ByLock* kullanıcısi olduğuna dair rapor, FETÖ/PDY ile bağlantısı nedeniyle bilahare kapatılan derneklere üyeliği ve Şubat 2014’te *Bank Asya*’ya ciddi bir miktar para yatırmış olması.

Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi, başvurucaunun *ByLock* verilerinin toplanmasında CMK’nın ilgili hükümlerine uyulmaması nedeniyle verilerin hukuka aykırı olduğuna ilişkin savunmaya, söz konusu verilerin MİT tarafından -2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamındaki yetkileri çerçevesinde- *ByLock* uygulamasının ana sunucusunun bulunduğu Litvanya’dan elde edildiğini, CMK hükümleri Litvanya’da uygulanabilir olmadığından, verilerin bu bağlamda CMK’ya uyulmaması nedeniyle hukuka aykırı bir şekilde toplandığını iddia etmenin mümkün olmadığı, ayrıca, 09.12.2016 tarihinde Ankara 4. Sulh Ceza Mahkemesi’nin MİT tarafından teslim edilen verilerin CMK’nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine karar verdiği (ve bu itibarla delillerin hukuka aykırı olarak toplandığının ileri sürülemeyeceği) gerekçesiyle itibar etmemiştir.

Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi ayrıca, bir dernek veya sendika üyeliğinin tek başına silahlı terör örgütü üyeliğinin kanıtı olamayacağını, ancak başvurucaunun durumunda, örgütün iletişim aracı *ByLock*’u kullanmasının yanı sıra, *FETÖ/PDY* ile bağlantılı birden fazla kuruluşa üyeliğinin tespit edildiğini belirtmiştir. Terör örgütlerinin amaçları ve işleyişi göz önüne alındığında, örgüt içi iletişimi sağlayan ve örgütsel faaliyetlere ilişkin bilgi akışına izin veren her türlü vasıta örgütsel yapının dışında değerlendirilemeyecektir, zira yalnızca örgütsel hiyerarşinin bir parçası olan kişiler iletişim ağına kabul edilecektir. Bu nedenle mahkeme, *ByLock* uygulamasını kullanması ve dava dosyasındaki

diğer deliller nedeniyle başvuruçunun *FETÖ/PDY*'nin hiyerarşik yapısının bir parçası olduğunun tespit edildiğine karar vermiştir (§33-70).

Başvuruçucu, Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi'nin mahkûmiyet kararına karşı, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde istinaf başvurusunda bulunmuştur. İstinaf başvurusunda, özetle ve başka bazı hususlar yanında, şu hususlar üzerinde durulmuştur:

**i)** Silahlı terör örgütü üyeliğinin doğrudan kastla işlenen bir suç olduğu ve başvuruçunun (ve genel olarak kamuoyunun) örgütün bu niteliğini bilmediğinden bu suçun işleyemeyeceği,

**ii)** ByLock isimli programın açık kaynaklardan indirilebildiği, bir başka deyişle yalnızca kapalı bir grup ile paylaşılan bir kurulum dosyası gerektirmediği,

**iii)** ByLock verilerinin hukuka uygun olarak elde edilmediği,

**iv)** Başvuruçunun ByLock kullandığına dair IP verilerinin, teknik özellikleri dolayısıyla onun gerçekten de kullanıcı olduğunu ispatlamaya yetmeyeceği,

**v)** ByLock verilerinin nasıl işlendiğinin ve analiz edildiğinin bilinmediği ve savunmanın bu bilgilere vakıf olmadığından delilleri tartışmadığı (§71-75).

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi önündeki istinaf yargılamasında, sanığın savunmasındaki bu unsurlar da dikkate alınarak, bir adli bilişim uzmanı tarafından bilirkişi raporu hazırlanmasına karar verilmiştir<sup>6</sup>.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, bilahare istinaf başvurusunu esastan

<sup>6</sup> Rapor içeriğine dair kısım kararda şöyle ifade edilmektedir: “İstinaf mahkemesinin talebi üzerine, dava dosyasında bulunan tüm bilgi ve kayıtlar esas alınarak bir adli bilişim uzmanı tarafından bilirkişi raporu hazırlanmış ve 29 Haziran 2017 tarihinde istinaf mahkemesine sunulmuştur. Bu rapora göre başvuruçunun ByLock uygulamasına belirtilen telefon numarası ile GSM hattı üzerinden erişim sağladığı ve ByLock kullanıcı kimlik numarasının 408783 olduğu tespit edilmiştir. BTK tarafından temin edilen bu GSM hattına ait 1 Ocak 2015-16 Temmuz 2016 tarihleri arasındaki HTS (“Historical Traffic Search”) kayıtlarının incelenmesi sonucunda, hattın ByLock uygulamasının kullanıldığı tespit edilen 35368406164487 IMEI numaralı cihaz da dâhil olmak üzere üç farklı IMEI numaralı telefonda kullanıldığı, ancak başvuruçunun tutuklandığı sırada evinde veya üzerinde bulunmadığı anlaşılmıştır (...) Raporunda ayrıca, söz konusu GSM hattının 35368406164487 IMEI numaralı telefon ile kullanıldığı 11 Ağustos 2014 ile 10 Ocak 2015 tarihleri arasında, ByLock sunucularına ait 46.166.164.181 IP numarası ile altı farklı tarihte toplam 380 kez iletişim kurulduğu belirtilmiştir.” (§80)

reddetmiştir. Karar gerekçesinde, özetle şu hususlara vurgu yapılmaktadır:

i) Örgüte yardım etme veya örgüt adına suç işleme suçları da örgütten emir almayı gerektirmektedir; ancak örgüt üyeliğinin belirlenmesinde ayırt edici faktör, şüpheli üyenin örgütsel hiyerarşi bağlamında verilen tüm talimat ve emirleri sorgulamadan ve mutlak bir teslimiyetle yerine getirmeye hazır olmasıdır. Üye, örgüt üyeliğinin en önemli unsuru olan örgütle organik bir bağ kurmuş ve örgütün faaliyetlerine katılmış olmalıdır. Bu bağlamda, bireyin silahlı örgüt içindeki konumunun bu örgütün “üyesi” olarak değerlendirilmesini gerektirecek bir düzeye ulaşıp ulaşmadığının somut olaylara göre belirlenmesi öncelikli bir konudur. Terör örgütü belirli bir amaç için kurulduğundan, failin bu amacı bilmesi ve bu amacı gerçekleştirmek için belirli bir niyete sahip olması gerekmektedir (§83).

ii) Mahkeme, *FETÖ/PDY* örgütünün amacının meşru yöntemlerle iktidara gelmek değil, Meclis binası ve Cumhurbaşkanlığı yerleşkesi de dâhil olmak üzere birçok sembolik devlet binasına ağır silahlarla gerçekleştirilen saldırıların da gösterdiği üzere, cebir ve şiddet kullanarak Meclis’i, Hükümeti ve diğer anayasal kurumları feshetmek olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca, *FETÖ/PDY*’yi terör örgütü olarak tanımlayan bir yargı kararının bulunmamasının, bu örgütle bağlantılı olarak işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluğa engel teşkil etmediğini vurgulamıştır (§84).

iii) Mahkeme, adli prosedürün ancak MİT’in dijital materyali adli makamlara teslim etmesinden sonra başladığını, bu noktadan itibaren soruşturmanın CMK hükümlerine uygun olarak yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir. Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği, MİT tarafından teslim edilen verilerin CMK’nın 134. maddesi uyarınca incelenmesine ve işlenmesine karar vermiştir. Dolayısıyla, *ByLock* kullanımını tespit etmek ve değerlendirmek için yapılan işlemler hukuka uygun olmuştur (§85).

iv) Başvurucunun salt *ByLock* kullanıcısı olmasının silahlı terör örgütü üyeliği suçunun ispatı bağlamında anlamı bakımından ise kararda şu tespitte yer verilmektedir: *“ByLock sisteminin örgütsel bir delil mi yoksa bir örgütün emrindeki bir iletişim sistemi mi olduğunu değerlendirmeden önce, [hangi koşullar altında] bir iletişim sisteminin örgütsel bir iletişim sistemi olarak değerlendirilebileceğinin tespit edilmesi gerekir. Bir kişi özel bir iletişim ağına katılabilir ve [bu] programı cep telefonu cihazında veya bilgisayarında kullanabilir. Ancak, bu iletişim ağının suç işlemek için kurulmuş bir ağ olduğunun ve münhasıran bir suç örgütünün üyeleri tarafından*

*kullanıldığının somut delillere dayanılarak tespit edilmesi halinde, [bir suç örgütünün üyeleri tarafından bu şekilde kullanıldığını] bilerek (kasıtlı olarak) iletişim kurmak için bu ağa katılmak ve kullanmak, iletişimin içeriği tespit edilmemiş olsa bile, [kişinin] örgütle bağlantısının kanıtı olarak kabul edilmelidir.” (§86)*

v) Mahkeme *ByLock* uygulamasının herkesçe erişilebilir olup olmadığı ve kamuya açıklığı bağlamındaki değerlendirmesinde; uygulamanın internette indirilebildiğini veya hafıza kartları ya da Bluetooth aracılığıyla elde edilebildiğini ve 2014’ün başında istisnai olarak herkes tarafından indirilebilirken, daha sonra örgüt üyeleri tarafından USB anahtarlar, hafıza kartları veya Bluetooth aracılığıyla erişilebilir hale getirildiğini, elde edilen ifadelerde, mesajlarda ve e-postalarda belirtildiği gibi gözlemlemiştir. Mesajlaşmak için uygulamanın indirilmesi yeterli olmaması; iletişim kurmak için sistem tarafından otomatik olarak atanmış kullanıcıya özel kullanıcı numarasının bilinmesi ve karşı tarafın onayının alınması gerektiğini göz önünde tutmuştur.

Uygulamanın bu özellikleri dolayısıyla Mahkeme, “*Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 24 Nisan 2017 tarihli ve 2015/3-2017/3 sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26 Eylül 2017 tarihli ve 2017/956-370 sayılı kararıyla onandığı üzere, ByLock uygulaması, küresel bir uygulama kisvesi altında, silahlı terör örgütü FETÖ/PDY üyelerinin kullanımı için tasarlanmış bir ağıdır ve münhasıran bu suç örgütünün bazı üyeleri tarafından kullanılmaktadır. [Bu nedenle] [bir kişinin] örgütün talimatıyla bu ağa katıldığı ve gizliliği sağlamak için [ByLock] kullandığının- kesin bir kanaati destekleyebilecek teknik verilerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde-tespit edilmesi halinde, bu bulgu kişinin örgütle bağlantısının kanıtı olarak kabul edilir.*

(...)

*Eğitim düzeyi [ve] işi sayesinde edindiği bilgi, konum ve deneyim sayesinde [FETÖ/PDY’nin] nihai amacını, Devlet kurumları ve silahlı kuvvetler içindeki örgütlenmesini ve üyelerinin gerektiğinde ellerindeki silahları örgütün amacı doğrultusunda kullanabileceklerini bilmesi beklenen sanığın FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün bir üyesi olduğuna şüphe yoktur. Sanık, ByLock haberleşme sistemine, teknik özellikleri, indirme ve kullanma yöntemi, kullanıcıları ve içeriği dikkate alındığında, yalnızca FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin kullanımı için tasarlandığı ve yalnızca bu suç*

*örgütü üyeleri tarafından kullanıldığı [gerçeğini] bilerek (kasıtlı olarak) katılmış ve birçok kez kullanmıştır.”* tespitini yapmıştır (§87-88).

Başvurucu, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına karşı Yargıtay nezdinde temyiz başvurusunda bulunmuştur. Temyiz başvurusu gerekçeleri genel olarak istinaf başvurusundaki gerekçelerle benzer niteliktedir. Temyiz başvurusu gerekçeleri; failin kastının tespiti, ByLock verilerinin elde edilmesi, işlenmesi ve tartışılması bakımından hukuka uygunluğu ve FETÖ/PDY yapılanmasının niteliği hususları üzerinde toplanmaktadır (§89-97). Yargıtay temyiz başvurusunu, istinaf aşamasında alınan bilirkişi raporu ve dava dosyasının geri kalan içeriği ışığında, yargılama sırasında gerçekleştirilen tüm usul işlemlerinin hukuka uygun olduğuna ve mahkûmiyete dayanak teşkil eden delillerin hukuka aykırılığına ilişkin iddiaların usulüne uygun olarak değerlendirildiğine karar vermek suretiyle reddetmiştir.

Başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru da AYM tarafından açıkça dayanaktan yoksun olması ve diğer başvuru kriterlerini karşılamaması sebebiyle reddedilmiştir (§98-106).

Başvurucu, bu gelişmeler üzerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 7 ve 11. maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

## **1.2. Mahkemenin Değerlendirmesi**

### **1.2.1. 7. Maddenin İhlal Edildiği İddiası**

Başvurucu, mahkumiyetine esas teşkil eden fiillerin işlendiği sırada hukuka uygun olduğundan ve bu fiillerden dolayı cezalandırılmasının, Sözleşme'nin 7. maddesinde yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal ederek, ilgili kanunların geniş ve keyfi bir şekilde yorumlandığı gerekçesiyle AİHS'nin 7. maddesinin<sup>7</sup>;

Bunun yanında, kendisine atfedilen eylemler sırasında veya daha sonra soruşturulduğu sırada *FETÖ/PDY*'yi terör örgütü ilan eden herhangi bir mahkeme kararı olmamasına rağmen, söz konusu yapının yürütme tarafından silahlı terör örgütü olarak yasaklandığından ve üyelerinin [mahkemelerce] silahlı terör örgütüne üye olmaktan dolayı [cezalandırıldığından] bahisle

<sup>7</sup> **AİHS m. 7:** “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrasının<sup>8</sup>;

1999 yılında Fethullah Gülen'e karşı açılan ceza davasında 2008 yılında beraat kararı verildiği ve kesinleştiği halde, [kurucusu olduğu örgütün] 1966 yılına kadar uzanan eylemlerine dayanılarak *FETÖ/PDY'nin* terör örgütü olarak tanımlanmasının Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde tanımlı *non bis in idem* ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, her üç şikâyetin de özü itibarıyla başvurucağının silahlı terör örgütüne üye olmaktan dolayı cezalandırılmasının öngörülebilirliğine ilişkin ve birbiriyle bağlantılı olduğunu tespit etmiş ve bu nedenle yalnızca 7. madde bağlamında değerlendirme yapılması gerektiğine karar vermiştir.

Mahkeme bu noktada öncelikle 7. maddenin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin genel prensipleri ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, 7. madde yalnızca suç ve ceza içeren normların geriye dönük olarak uygulanmasını engelleyen bir prensip değil, aynı zamanda bu normların bireylerin hangi davranışlarda buldukları takdirde cezalandırılacaklarını anlayabilmelerini sağlayacak ölçüde belirli ve öngörülebilir olmasını şart koşan bir kuraldır (§238). Kuşkusuz her ceza normunun anlaşılması belli bir yorum gerektirecektir, bu anlamda belirlilik mutlak değildir. Bu bağlamda, *Sözleşme'nin 7. maddesi, ortaya çıkan gelişmenin suçun özünü tutarlı olması ve makul bir şekilde öngörülebilir olması koşuluyla, cezai sorumluluk kurallarının davadan davaya yargısal yorum yoluyla kademeli olarak açıklığa kavuşturulmasını yasakladığı şeklinde okunamaz.* (§239).

Son olarak Mahkeme'ye göre, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik bağlamında, kural olarak, bir yaptırımın ceza olarak kabul edilebilmesi için [bir başka deyişle cezaya başvurulabilmesi için], o yaptırımı gerektiren fiil bakımından failin kişisel sorumluluğunun tespit edilmiş olması gerekir. Kişisel sorumluluğun tespiti ise, suçun tanımındaki unsurlarla fail arasında bir zihni bağlantının [manevi unsur] varlığını gerektirir. Bu ilke, Sözleşme hükümleriyle uyumlu olması koşuluyla, bazı durumlarda [ceza kanunlarında] objektif sorumluluk hallerinin varlığını yasaklamaz. Bununla birlikte objektif sorumluluk halleri, failin hiçbir durumda sorumluluktan kurtulamamasını sağlayacak karineler biçiminde zuhur etmemelidir (§242).

Bu prensipleri mevcut olaya uygulayan Mahkeme, öncelikle, faile isnat edilen eylemlerin ve bu esnada ByLock programını kullanıp kullanmadığını

<sup>8</sup> **AİHS m. 6, f. 2:** “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.”

değerlendirmenin ve failin ceza sorumluluğuna karar vermenin yerel makamların görevi olduğunu ifade etmiş, kendi görevinin yalnızca 7. madde bağlamında erişilebilirlik ve öngörülebilirlik değerlendirmesi yapmak olduğunu ortaya koymuştur.

Failin cezalandırıldığı suç olan silahlı terör örgütü üyeliğine ilişkin yasal düzenlemeler, Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin 2. fıkrasında ve [genel olarak suç örgütleri bakımından] 220. maddede yer almaktadır. Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesi başta olmak üzere diğer maddeleri de hükmün yorumlanması için katkı sağlamaktadır. Bunun yanında örgüt üyeliğinden ne anlaşılması gerektiği ve örgüt üyeliğinin şartlarının neler olduğu konusunda geniş bir Yargıtay içtihadı da bulunmaktadır. **Mahkeme bu iki hüküm ve yargı içtihadını göz önünde tutarak, silahlı terör örgütü üyeliği suçunun, Türk hukukunda 7. madde ile uyumlu olarak kodifiye edildiği sonucuna varmıştır.** Bir başka deyişle silahlı terör örgütü üyeliği suçuna ilişkin norm, *ilke olarak, bir bireyin, gerektiğinde uygun hukuki tavsiye ile, hangi eylem ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını bilmesini sağlamak için yeterli hassasiyetle formüle edilmiştir (§249).*

Her ne kadar kural olarak silahlı terör örgütü üyeliği suçuna ilişkin norm genel olarak 7. madde ile uyumlu bir biçimde kaleme alınmış ise de, somut olayda erişilebilirlik ve öngörülebilirlik bakımından iki farklı sorun daha mevcuttur:

**i) Başvurucunun kendisine atfedilen fiilleri işlediği sırada, FETÖ/PDY bir terör örgütü olarak kabul edilebilir mi (ve fail bu yapıya mensubiyeti nedeniyle cezalandırılabilir mi)?**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, daha önce *Gülen Hareketi* ya da *Cemaat* isimleriyle anılmakta olan<sup>9</sup> ve başvurucunun da üyesi olduğu iddia edilen yapının *FETÖ/PDY* ismi ile anılmaya başlaması ve bu yapının bir *terör örgütü* olarak kabul edilmesi, bu yapının kurulmasından ve faaliyete geçmesinden çok sonraki tarihlere rastlamaktadır. Türk yargısında *FETÖ/PDY'nin* terör örgütü olarak kabul edildiği ilk karar Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından

<sup>9</sup> “*FETÖ/PDY Fetullah Gülen tarafından kurulan, 1960’lı yıllardan itibaren faaliyette bulunan ve uzun yıllar boyunca dinî bir grup olarak nitelenen bir yapılanmadır. Bu yapılanma, süreç içinde “cemaat”, “Gülen cemaati”, “Fetullah Gülen cemaati”, “hizmet hareketi”, “gönüllüler hareketi” ve “camia” gibi isimlerle anılmıştır.*” Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu, 2019/20791, 18.10.2022, §44.



**16.06.2016** tarihinde, darbe girişiminden bir ay önce verilmiştir<sup>10</sup>. Bu özelliği taşıyan ilk *kesin hüküm* Samsun Bölge Adliye Mahkemesi **07.17.2017** tarihinde verilmiştir. Yargıtay'ın bu konudaki ilk kararları **24.04.2017** ve **26.09.2017** tarihlerinde verilmiştir. Milli Güvenlik Kurulu ise, 2014 yılından itibaren bu yapıyı kamu güvenliği için zararlı olarak addetmekle birlikte<sup>11</sup>, bu yapının bir terör örgütü olduğunu açıkça ilk kez **26.05.2016** tarihinde ifade etmiştir (§251).

Buna karşılık, yerel mahkemede başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olduğunun kabul edilmesine neden olan olgular bu tarihlerden önce gerçekleşmiştir. Başvurucunun *ByLock* yazılımı kullandığı tarihler,

<sup>10</sup> Bu hususta ek açıklamalar için ayrıca bkz. Aydın Yavuz Başvurusu, 2016/22169, 20.06.2017, §32.

<sup>11</sup> Kararın 108 ve devamı paragraflarında MGK açıklamalarından FETÖ/PDY'yi tanımlayan pasajlara yer verilmiştir. Bu açıklamalara çalışmada da yer verilmesinde yarar görülmüştür:

- “Kamu barışını ve ulusal güvenliği tehdit eden yapı” (26.02.2014 ve 30.04.2014);
- “Devlet içindeki illegal yapı” (26.06.2014);
- “Ulusal güvenliğimizi tehdit eden ve kamu düzenini bozan, yurtdışında ve yurtdışında legal görünüm altında illegal faaliyetler yürüten paralel yapılar ve illegal oluşumlar” (30.10.2014);
- “Paralel devlet yapılanması ve yasadışı oluşumlar” (30.12.2014);
- “Paralel devlet yapılanması ve yasallık kisvesi altında faaliyet gösteren yasadışı oluşumlar” (26.02.2015);
- “Ulusal güvenliğimizi tehdit eden paralel devlet yapılanması ve yasadışı oluşumlar” (29.04.2015 ve 29.06.2015);
- “Paralel devlet yapılanması... hukukun dışında faaliyet gösteriyor” (02.09.2015);
- “Ulusal güvenliğimizi tehdit eden ve diğer terör örgütleriyle işbirliği yapan paralel devlet yapılanması” (21.10.2015).
- “Paralel Devlet yapılanmasıyla mücadelenin yurt içinde ve yurt dışında kararlılıkla sürdürüleceği... Dini, mezhepsel, etnik kavram ve hassasiyetleri istismar eden tüm terör örgütleri ve bunlara destek veren [güç] gruplarıyla ayırım gözetmeksizin mücadeleye devam edileceği...” (18.12.2015)
- “Bu çerçevede, ulusal güvenliğimize yönelik iç ve dış tehditler ile bölücü terör örgütü, paralel devlet yapılanması ve DAESH'e karşı yurt içinde ve yurt dışında yürütülen çalışmalar değerlendirilmiştir... Kimden ve nereden kaynaklandığına bakılmaksızın, terörün her türlü ortadan kaldırılıncaya kadar [terörle] kararlı ve ilkeli mücadeleye devam edileceği (...) Bu çerçevede, ulusal güvenliğimize yönelik iç ve dış tehditler ile terör ve teröristle mücadele çalışmaları değerlendirilmiş, paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirlerin uygulanmasına ağırlık verilmiştir.” (24.03.2016)
- “Vatandaşlarımızın huzur ve güvenliği ile kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen çalışmalar, terör ve teröristle mücadelede elde edilen başarılar ile ulusal güvenliğimizi tehdit eden ve bir terör örgütü olan paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirler görüşülmüştür.” (26.05.2016).



raporlarda **03.10.2015-23.10.2015** aralığı, *Bank Asya*'da hesap hareketlerinin gerçekleştiği tarihler **28.02.2014-31.12.2014** aralığı olarak görünmektedir. Başvurucu, *Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği* ve *Aktif Eğitim-Sen* sendikası üyeliklerinin her ikisini de 23.07.2016 tarihli 667 numaralı KHK ile kapatılmadan önce 2016 yılının haziran ayında sonlandırmıştır. Mahkeme bu nedenle, *FETÖ/PDY'nin*, başvurunun kendisine isnat edilen fiilleri işlediği sırada, Türk hukukuna göre terör örgütü olarak kabul edilmediği sonucuna varmıştır (§251-252).

Esasen bu husus daha önce Türkiye'de yapılan yargılamalarda da tartışılmış ve örgütün niteliğinin mahkeme kararıyla tespit edilmemiş olmasının, o tarihten önceki fiiller bakımından failin terör örgütü (veya genel olarak suç örgütü) üyeliğinden dolayı ceza sorumluluğuna hanel getirmeyeceği sonucuna varılmıştır. Gerçekten de böyle bir kabulün varlığı halinde, bir suç örgütünün bu özelliği mahkeme kararıyla tespit edilmeden önceki fiillerin cezasız kalması sonucu doğacaktır ki bu durumun kabul edilebilmesi mümkün değildir<sup>12</sup>. Fail, içinde bulunduğu yapının bir terör örgütü olduğunu *bilerek* hareket etmekte ise, bu hususta daha önce verilmiş bir mahkeme kararı olmasa bile, failin örgüt üyeliğinden dolayı cezalandırılabilmesi mümkündür. Hükümet, *Yüksel Yalçınkaya* davasındaki beyanlarında da bu hususa vurgu yapmış ve Mahkeme bu argümanı **haklı bulmuştur**. Ayrıca, Mahkeme'ye göre, *Fethullah Gülen*'in silahlı terör örgütü kurma suçlamasından daha önce beraat etmesi, sonraki gelişmeler ışığında *FETÖ/PDY'nin* niteliğine ilişkin gelecekte farklı bir karar verilmesi olasılığını kendiliğinden **ortadan kaldırmamaktadır**. Bu nedenle Mahkeme, mevcut dava bakımından meselenin, başvurucuya isnat sırasında *FETÖ/PDY'nin* bir terör örgütü olarak kabul edilip edilmediği meselesi olmadığını belirtmiştir (§253-254).

**ii) Başvurucunun terör örgütü üyesi olduğuna dair tespit, iç hukuk kurallarına uygun bir biçimde mi yapılmıştır?**

Mahkeme, başvurunun, yerel mahkemelerce, yalnızca *ByLock* kullanmış olması nedeniyle silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılmış olmasının, TCK m. 314, f. 2 bağlamında Türk hukukuna uygun bir biçimde tespit edilip edilmediğinin de sorgulanması gerektiğini ortaya koymuştur. Her ne kadar başvurunun dernek üyelikleri ve *Bank Asya*'daki hesap hareketleri de bu bağlamda delil olarak kabul edilmiş ise de hem yerel mahkeme kararlarında hem de davada hükümetin beyanlarında

<sup>12</sup> Bu hususta Yargıtay kararlarından örnekler için bkz. §84, 163, 165 ve 187.

başvurucu hakkında verilen mahkûmiyet kararına esas teşkil eden olgunun *ByLock* kullanımını olduğu ve Türkiye’de yapılan diğer yargılamalarda da *ByLock* kullanımının mahkûmiyet kararı için yeterli olduğu açıkça kabul edilmiş durumdadır (§257). Mahkeme *ByLock* verilerinin elde edilmiş tarzını şimdilik bir yana bırakarak (§268), bu verilerin mahkûmiyet için tek başına yeterli görülmesinin 7. maddeye uygun olup olmadığını sorgulamıştır.

*ByLock* isimli yazılımın örgüt içi haberleşme maksadıyla kullanıldığı ve örgüt üyesi olmayan kişilerin bu programı indirip kullanmasının pratikte mümkün olmadığı hususundaki hükümet beyanları Mahkemece reddedilmemiş ve bu durumun *ilk bakışta Gülen hareketi ile bir tür bağlantıya işaret edebileceği* kabul edilmiştir. Bununla birlikte Türk hukukunda, TCK m. 314, f. 2 hükmü ile cezalandırılan fiil, *ByLock* kullanımı değil, **örgüt üyeliğidir**. Örgüt üyeliğinin koşulları ise gerek mevzuatta gerekse Yargıtay kararlarında açıklanmış bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bu koşullara yönelik bir değerlendirme yapılmaksızın, Yargıtay tarafından [esasen bir delil niteliğinde olan] *ByLock* kullanımının terör örgütü üyeliği suçunun maddi ve manevi unsurlarıymış gibi hareket edilmesi, kanunilik ilkesine aykırı ve 7. madde bakımından değerlendirme yapılmasını gerektiren bir yorum tarzıdır (§262).

Mahkeme’ye göre *ByLock* kullanımı, başvurunun [Türk hukukunda geliştirilen örgüt üyeliği ölçütlerine uygun olarak] ne *FETÖ/PDY’nin* cebir ve şiddet kullanarak bazı terörist amaçlara ulaşmayı çalıştığını bildiği sonucuna yol açtığını ne de *FETÖ/PDY’nin* iradesine boyun eğdiğini, amaçlarını gerçekleştirmek için özel bir niyete sahip olduğunu ve hiyerarşisinin bir parçası olarak faaliyetlerine katıldığını veya ulusal hukukun gerektirdiği şekilde örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine başka herhangi bir somut maddi veya zihinsel katkıda bulunduğunu göstermektedir. Halbuki yerel mahkemelerce verilen kararlar, *ByLock* kullanımının kendiliğinden bu sonuçları doğurduğunun kabul edildiğini göstermektedir (§263-264). Bu kararlarda *ByLock* kullanımının, Türk hukukunda örgüt üyeliği için varlığı aranan süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk<sup>14</sup> şartlarının varlığını ne şekilde

<sup>13</sup> Bu hususlara aşağıda detaylı olarak değinileceği için burada bu unsurlara yer verilmeyecek, yalnızca ihlal kararının özünü oluşturan husus izah edilmekle yetinilecektir.

<sup>14</sup> Kararın 184. paragrafında Yargıtay’ın 05.07.2019 tarih ve E.2019/521, K.2019/4679 sayılı kararından şu kısma yer verilmektedir: “Bir kuruluşun üyesi, bir kuruluşun amaçlarını benimseyen, [kuruluşun] hiyerarşisine bağlı olan ve [kendisine] verilen görevleri yerine getirmeye hazır olarak kuruluşun iradesine boyun eğen bir kişidir ... Bir örgüt üyesi, örgütle organik bir bağa sahip olmalı ve örgütün faaliyetlerine katılmalıdır. **Üyeliğin en önemli unsuru olan organik bağ, canlı, geçişli ve aktif bir bağdır**: bir faili emir ve talimatlar için

gösterdiği anlaşılammaktadır.

Mahkeme'ye göre, *ByLock*'un genel olarak örgüt üyelerinin iletişim aracı olarak kullanılıyor olması ve bu kullanıcıların genel profili hakkındaki bilgiler; kendi hiyerarşik konumuna veya iletişim içeriklerine dair hiçbir bilgi bulunmayan başvuru hakkında sonuç çıkarmaya yetmez. Özellikle de yerel makamlarca elde edilen bilgilere göre, *ByLock*'un bir süre sonra örgütün yalnızca üst kademelerinde değil *Cemaat* olarak adlandırılan tabanda da kullanılmaya başlanması karşısında, bu programı kullanıyor olmaları, onların **[içinde buldukları yapının bir terör örgütü olduğu konusunda] bilgi sahibi olduklarının ve [silahlı terör örgütü üyeliği bakımından] doğrudan kastla hareket ettiklerinin ispatı olamayacaktır.** Bu bağlamda bu kişilerin sırf bu nedenle yerel makamlarca nasıl kendiliğinden “silahlı terör örgütü üyesi” olarak kabul edildiklerinin anlaşılması güçtür (§265-267).

*ByLock* kullandığı iddia edilen bir kişinin sırf bu nedenle silahlı terör örgütü üyesi olduğuna yönelik bir kabul (karine), ayrıca, başvuru kendisini temize çıkarmasını da imkânsız hale getirmesi karşısında, Mahkeme'nin 7. maddeye ilişkin yukarıda prensiplerine de aykırılık teşkil etmektedir (§268).

Mahkeme, yerel mahkemelerce uygulanan içtihadın, suçun manevi

---

*hazır hale getirir ve [onun] hiyerarşik konumunu belirler. [Bir örgüte yardım etme veya örgüt adına suç işleme [suçları da] [örgütten gelen] emir ve talimatları içerir.] Ancak, örgüt üyeliğinin belirlenmesinde ayırt edici faktör, üyenin örgüt hiyerarşisi içinde verilen tüm emir ve talimatlara, bunları sorgulamadan, tam bir teslimiyetle uymaya hazır olmasıdır.*

...

*Terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmak için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiili bir suç işlenmesi gerekse de, [bireyin] yine de örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması gerekir...*

..

*Yerleşik yargı uygulamasına göre, ... silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bir bağın bulunması ve kural olarak sürekli, çeşitli ve yoğun nitelikte eylem ve faaliyetlerin mevcut olması gerekmektedir. Ancak, böyle bir 'süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk' olmamasına rağmen, nitelikleri, işleme yöntemleri, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı ve örgütün amaçlarına ... katkıları göz önüne alındığında, ancak bir üye tarafından işlenebilecek fiillerin failleri de örgüt üyesi olarak kabul edilecektir...*

...

*Manevi unsur: Suçun zihinsel unsuru doğrudan kasıt ve 'suç işleme amacı/hedefidir'. Bir örgüte katılan bir kişi, örgütün suç işleyen [veya] suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmelidir.*

... ”

unsurunu ortadan kaldıran ve onu katı bir objektif sorumluluk haline dönüştüren ve o **suçun iç hukuktaki tanımına aykırı** bir yorum tarzı olduğundan bahisle, *on bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.*

Özetle ifade etmek gerekirse, Mahkeme, silahlı terör örgütü suçuna yönelik olarak Türk hukukundaki kodifikasyonu yeterli görmüş, *FETÖ/PDY'nin* başvurucuya isnat edilen fiillerin işlendiği tarihte MGK ve mahkeme kararlarındaki konumunun da bir ihlal gerekçesi olmadığı yönünde görüş belirtmiş ancak salt *ByLock* kullanımının silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı mahkûmiyet kararına hükmedilmesine neden olması şeklinde gelişen içtihadın, suçun tanımında yer alan unsurlara aykırı olmasından bahisle, 7. maddeye aykırılık sonucu doğurduğuna hükmetmiştir.

Karara katılmayan altı hâkim, yazdıkları ortak kısmı muhalefet şerhinde 7. maddenin ihlal edilmediğine yönelik görüşlerini şöyle gerekçelendirmektedir: Yerel mahkemeler, silahlı terör örgütüne üyelik suçu bakımından, *ByLock* kullanımının *actus reus* (suçun fiil unsuru) olmadığını açıkça ortaya koymuşlardır. Ayrıca, başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olduğunun tespiti için, *ByLock* kullanımının yanında, bir bankaya para yatırması, bir sendika ve derneğe üye olması gibi hususlar da delil olarak kullanılmıştır. Bu olguların delil değeri [olup olmadığı] tartışma konusu yapılabilirse de her halükârda mahkemenin [bu hususları tespit etmekle] yaptığı işin dava konusu olayın maddi gerçeğini tespit etmek ve delilleri değerlendirmek olduğu açıktır. Bu cümleden olarak yerel mahkeme, *ByLock* kullanımını suçun fiili olarak değil, delil olarak görmüş ve bu yönde hareket etmiştir.

Mahkeme'nin bu husustaki geniş içtihadı, 7. maddenin amacının, bir kişinin, işlediği fiilin suç teşkil edip etmediğini makul bir şekilde öngörebilmesini sağlamak, böylece davranışın hukuki sonuçlarını öngörülebilir kılmak ve keyfi kovuşturmaya karşı korumak olduğunu göstermektedir. Delillere ilişkin sorunlar, özellikle delillerin değerlendirilmesi ve delillerden ne sonuç çıkarılabileceği gibi meseleler, bir fiil veya ihmalin hukuki sonuçlarının öngörülebilirliği ile değil, **bu fiilden dolayı mahkum edilme olasılığı ile ilgilidir** ve çoğunluğun, “*suçun unsurların ve özellikle de manevi unsurun, iç hukukun gerekliliklerine uygun olarak başvuran açısından usulüne uygun olarak tespit edilip edilmediğini doğrulamanın Mahkeme'ye düştüğü*” yönündeki prensibi ile [gerçek anlamda bağlantılı değildir].

Çoğunluğun bu davada benimsediği alışılmadık yaklaşım, Mahkeme'nin

7. maddenin anlamına ve kapsamına yönelik yerleşik içtihadından uzaklaştığını düşündürebileceği gibi, **hukuki düzenleme ile maddi gerçeklik arasındaki çizgiyi de bulanıklaştırmaktadır.**

Bu gerekçelerle altı hâkim, **7. maddenin ihlal edilmediği** yönünde görüş bildirmişlerdir.

### 1.2.2. 6. Maddenin İhlal Edildiği İddiası

Başvurucu, *ByLock* yazılımına ait verilerin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini öne sürmüştür. Ayrıca, ilgili verilerin, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerinin yanı sıra, CMK m. 134 hükmünde tanımlı koşullara aykırı olarak, incelemesi veya itiraz etmesi için kendisine sunulmadığından ve ulusal mahkemelerin bu verileri doğrudan incelemeyen veya başka bir bağımsız değerlendirmeye tabi tutmadan yalnızca savcılığın ve diğer kamu makamlarının tek taraflı değerlendirmesine dayandığından şikayetçi olmuştur. Ayrıca, mahkumiyetine dayanak teşkil eden delillerin ve özellikle *ByLock* kullanımına ilişkin delillerin ulusal mahkemeler tarafından keyfi olarak değerlendirildiğini ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay nezdinde delillere ilişkin yaptığı itiraz ve taleplerin bu mahkemeler tarafından gerekçeden yoksun kararlarla göz ardı edildiğini iddia etmiştir (§273).

Başvurucu, delillerin MİT tarafından hukuka aykırı olarak toplandığını iddia etmektedir. Başvurucuya göre, 2937 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca, istihbarat faaliyetlerinin bir parçası olarak toplanan bilgiler adli makamlar tarafından ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere talep edilemez. Bu hususta bazı suçlar bakımından kanunda istisnalara yer verilmiş ise de, başvuru zaten bu suçlardan dolayı yargılanmamıştır. Ayrıca MİT tarafından telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi için 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hâkim kararı alınması gerektiği halde böyle bir karar alınmamıştır.

*ByLock* verilerinin delil olarak kullanılmaya başlanması, yukarıda da izah edildiği üzere, Ankara 4. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 09.12.2016 tarihinde CMK'nın 134. maddesine dayanılarak verilen karara dayanmaktadır. Halbuki başvuru iddiasına göre bu verilerin yerel makamlarca analiz edilmesi ve kullanılması bu karardan önceye dayanmaktadır. Nitekim kendisinin de bu bağlamda, 09.09.2016 tarihinde *ByLock* kullanması nedeniyle *FETÖ/PDY* üyeliğinden tutuklu yargılandığını iddia etmiştir.

Başvurucuya göre, *ByLock* verilerinin toplanması ve işlenmesine ilişkin

adli denetimin yokluğu, bu verileri değiştirilmeye karşı savunmasız bırakmış ve bunların gerçekliğini ve bütünlüğünü doğrulamayı imkânsız hale getirmiştir. MİT'in bu verilerin doğrulanabilir bir şekilde bütünlüğünü sağlamak için aldığı tedbirleri açıklamamış olmasıyla, savunmanın içinde bulunduğu zafiyet daha da yoğunlaşmıştır. Bu koşullar altında, ByLock verileri ne güvenilir ne de kesin olarak kabul edilebilir. Başvurucu, HTS kayıtları ve CGNAT verileri bakımından da benzer şekilde hem hukuka aykırılık hem de güvenilirlik sorunları bulunduğunu öne sürmüştür (§282-285).

Başvurucu, mahkumiyetine esas teşkil eden ByLock verilerini mahkeme önünde tartışma imkanının bulunmadığını da öne sürmüştür. ByLock kullandığını gösteren verilerin, inceleyip savunmasını yapabilmesi için, kendisiyle paylaşılmadığını ya da bağımsız bilirkişilerce incelenmediğini; bunun yerine kendisine çok genel ifadeler içeren, dolaylı ve yanlışlanması mümkün olmayan, üstelik kim tarafından oluşturulduğu da belirsiz raporlar sunulmuştur. Bu da uygulamada bu delilin tartışılmasını imkânsız hale getirmiştir. Başvurucu ayrıca, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından hazırlatılan ek bilirkişi raporunun dava dosyasında zaten mevcut olan bulguları özetlemekten ibaret olduğunu ve ham verilerin bağımsız bir şekilde incelenmesi talebinin reddedildiğini ileri sürmüştür. Başvuran, bu koşullar altında, iddia makamına karşı önemli bir dezavantaj içinde olduğu için, AİHS'in 6. maddesi ile güvence altına alınan çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir (§286-288).

Hükümet ise bu beyanlara karşılık olarak, başvurusunun iddialarının aksine, MİT'in 2937 sayılı Kanun m. 4, f. 1, bent a ve i, ve m. 6, f. 1, bent d ve g hükümleri uyarınca ByLock verilerini toplamakla görevli ve yetkili olduğunu, MİT'in bu işlemlerinin ceza muhakemesinde kullanılmak üzere delil toplamak için yapılmış bir adli kolluk faaliyeti değil, demokratik toplumlarda önemli bir ihtiyaç olan, terör tehditlerini gerçekleşmeden önce tespit etmek için yürütülen istihbarat çalışmaları olduğunu savunmuştur. Hükümetin beyanlarına göre adli süreç 2016 yılının aralık ayında MİT'in ilgili dijital verileri adli makamlara teslim etmesinin ardından başlamış, adli makamlar da bu verileri CMK'nın 134. maddesine uygun olarak işlemiş ve yargı denetimi sağlamıştır.

Hükümet, verilerin güvenilirliğinin kuşkulu olduğuna yönelik iddiaya karşılık ise başvurusunun ilgili verilerin neden güvenilir olarak kabul edilemeyeceğine dair somut argümanlar ortaya koymadığını ve soyut olarak bu verilerin güvenilirliklerini savunmak zorunda olmalarını gerektiğini

savunmuştur. Hükümet ayrıca bu verilerin güvenliğinin nasıl sağlandığı konusunda Mahkeme'ye açıklamalarda da bulunmuştur.

Bu bağlamda hükümet, MİT'in *ByLock* sunucusundan ham verileri, herhangi bir insan müdahalesi olmaksızın açık kaynaklı bir ilişkisel veri tabanı yönetim sistemi olan MySQL yazılımı tarafından otomatik olarak oluşturulan bir dosya olarak elde ettiğini açıklamıştır. Veri bütünlüğünü sağlamak için dosyanın *hash değeri* adli makamlara teslim edilmeden önce hesaplanmıştır. Ham *ByLock* verilerini içeren sabit disk, adli makamlar tarafından teslim alındıktan sonra CMK'nın 134. maddesi uyarınca incelemeye tabi tutulmuştur. Buna göre, görevlendirilen iki uzman tarafından adli bilişim standartlarına uygun olarak, hâkim huzurunda ve kamera ile kayıt altına alınarak kopyalanmış ve bir kopyası KOM'a gönderilmiş, diğeri ise güvenli bir yerde muhafaza altına alınmıştır. Dolayısıyla hükümete göre *ByLock* verilerinin bütünlüğünü ve güvenilirliğini sağlamak için yeterli önlemler alınmıştır.

Hükümet ayrıca, MİT ve daha sonra KOM tarafından gerçekleştirilen eylemin, MySQL tarafından otomatik olarak oluşturulan ham veri dosyası bir arayüz programı yardımıyla daha fazla işlenmeden okunabilir olmadığından, bunlardan anlamlı bilgiler çıkarabilmek için ham verileri anlaşılır hale getirmekle sınırlı olduğunu ve içeriklerinde herhangi bir değişiklik içermediğini açıklamıştır.

Hükümet'e göre, ham *ByLock* verilerinin bütünlüğüne ilişkin en önemli gösterge, temyiz mahkemesi aşamasında başvuranın dava dosyasında yer alan CGNAT verilerinin, *ByLock* sunucusunun hedef IP adresine hangi tarihte, kaç kez ve hangi adresten bağlantı yapıldığı hakkında bilgi veren *ByLock* verileriyle uyuşmasıdır. Hükümet, CGNAT verilerinin kendi başına güvenilirliği konusunda bir sorun olmadığını, çünkü bu verilerin trafik akışının oluşturulmasının ardından ve hash değerinin hesaplanmasından sonra servis sağlayıcıların sistemleri tarafından üretildiğini ve bu nedenle bozulabilir olmadığını iddia etmiştir. Dahası, istinaf mahkemesi CGNAT verilerini, diğerlerinin yanı sıra, arama geçmişini ve yapılan aramaların zaman ve sürelerini gösteren HTS kayıtlarıyla karşılaştırarak doğrulamış ve ayrıca mevcut tüm verileri incelemek üzere bağımsız bir bilirkişi atamıştır. Hükümet, başvuruçunun CMK'nın 68. maddesi uyarınca bu uzmanın duruşmada dinlenmesini talep etme hakkına sahip olduğunu, ancak bu hakkını kullanmadığını belirtmiştir. Ayrıca, neden bu bilirkişiye itiraz ettiğini ve bunun yerine delillerin üç uzmandan oluşan bir heyet tarafından yeniden incelenmesini talep ettiğini de açıklamamıştır.



Hükümet, başvurunun delilleri tartışıp gereği gibi savunmasını yapma imkanının kendisine tanınmadığına yönelik iddiasını da reddederek, başvurunun *ByLock* kullandığının polis, BTK ve yukarıda bahsedilen bağımsız uzman tarafından hazırlanan çeşitli raporlar temelinde tespit edildiğini ve tüm bu raporların silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak kendisine sunulduğunu öne sürmüştür. Ayrıca başvurunun soruşturma dosyasına erişimi hiçbir şekilde kısıtlanmamıştır. Bunun yanında başvurunun *ByLock*'un *FETÖ/DPY* üyeleri tarafından “münhasıran kullanıldığına” ilişkin Yargıtay’ın emsal kararındaki bulguya da itiraz edebileceği, ancak bunu yapmadığı da belirtilmiştir.

Hükümete göre, ham verilerin başvuruyla paylaşılması için herhangi bir neden yoktur. CMK m. 134, f. 4’te yer alan, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerinden alınan verilerin bir kopyasını şüpheli veya vekiline verme yükümlülüğü, bilgisayar veya bilgisayar kütüğünün şüpheliye ait olduğu durumlara ilişkin olup, olayda şüpheliye ait olmayan bir veri tabanı söz konusudur. Kendiliğinden okunması mümkün olmayan ve farklı kullanıcılara ait verilerin farklı tablolara dağıldığı [ve dolayısıyla yukarıda zikredilen KOM raporunda da belirtildiği üzere bir kullanıcıya ait verilerin diğerlerinden ayıklanamadığı] ham verilerin şüpheliyle paylaşılması, aynı zamanda yüz binlerce başka kişiye ait verilerin de ifşa edilmesi anlamına gelecektir. Bu hem diğer kullanıcıların haklarını ihlal edecek hem de diğer soruşturmanın selametini riske atacaktır. Bütün bunların ötesinde hükümet, başvuranın ham verilerin bir kopyasını elde edememesinin kendisini nasıl dezavantajlı bir duruma soktuğunu ve bu verilerin kendisi hakkında verilecek kararı nasıl etkileyeceğini açıklayamadığını da kaydetmiştir.

Hükümet son olarak, ulusal mahkemelerin *ByLock*'un teknik ve örgütsel yönlerine ilişkin kapsamlı değerlendirmeler içeren *ByLock* kanıtlarının delil değerine ilişkin yorum ve sonuçlarının herhangi bir açık hata veya keyfilik içermediğini ve kararlarını usulüne uygun olarak gerekçelendirdiklerini ileri sürmüştür. Bu bağlamda, mevcut davadaki kararların, *ByLock*'un münhasıran *FETÖ/DPY* tarafından kullanıldığını ortaya koyan olgu tespitlerine ve Yargıtay’ın ilgili içtihadına dayandığı iddia edilmiştir. Hükümete göre yerel mahkemelerin her davada bu olguyu ayrı ayrı inceleyerek tespit etmeksizin önceki içtihadı dayandırmalarında 6. maddeye aykırı bir durum bulunmamaktadır (§289-299).

Mahkeme, 6. maddenin ihlali bağlamında değerlendirmesine başlarken, *ByLock* verilerinin delil değeri ve ceza muhakemesi bakımından anlamı



konusundaki incelemesini 7. madde bağlamındaki değerlendirme sırasında yaptığını, bu başlık altında incelenecek olan konunun ByLock verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi usulü bağlamında *delillerin kalitesi* ve bu delillerin mahkeme önüne getirilmesi, tartışılması ve silahların eşitliğinin sağlanması bağlamında *yargılamanın genel olarak adil olup olmadığı* olduğunu ortaya koymuştur.

Mahkeme, değerlendirmesine 6. maddeye ilişkin genel prensiplerini ortaya koyarak başlamıştır. Mahkeme'ye göre, 6. madde adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabul edilebilirliğine veya delillerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir kural koymamaktadır; bunlar esasen ulusal hukuk ve ulusal mahkemeler tarafından düzenlenmesi gereken hususlardır.

Bu bağlamda, belirli delil türlerinin (örneğin iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin) kabul edilebilir olup olmadığını ya da başvuranın suç teşkil eden fiili işleyip işlemediğini belirlemek, prensip olarak Mahkeme'nin görevi değildir. Cevaplanması gereken soru, delillerin elde edilme şekli de dâhil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Başvurana delillere itiraz etme ve kullanılmasına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği de bu kapsamda incelenmelidir.

Adil bir yargılama çekişmeli yargılamayı ve silahların eşitliğini gerektirir; dolayısıyla, delillerin toplanması sürecindeki olası kusurlar AİHS m. 6 kapsamında incelenebilir. Elde edildiği koşulların güvenilirliği ve doğruluğu konusunda şüphe uyandırıp uyandırmadığı da dâhil olmak üzere, delilin kalitesi de dikkate alınmalıdır. Bu incelemeyi yaparken Mahkeme, dava dosyasındaki **diğer delillerin durumunu da dikkate alır ve söz konusu delilin yargılamanın sonucu açısından belirleyici olup olmadığına önem verir.**

Mahkeme, adil yargılanmanın bir gereği olarak yargı mercilerinin kararlarının gerekçeli olması gerektiğini ifade etmiştir. Gerekçe yükümlülüğü, ileri sürülen her argümana detaylı bir cevap vermeyi gerektirmez. Bununla birlikte, her adli işlem bakımından, o işlemin taraflarının, işlem sonucu bakımından belirleyici olabilecek argümanlarına belirli ve açık birer cevap alma hakları vardır.

Adli yargılamanın bir gereği de yargılamanın çekişmeli olmasıdır. Çekişmeli yargılama ilkesi, bir ceza davasında, hem iddia makamına hem de savunmaya, diğer tarafça sunulan görüşler ve ileri sürülen deliller hakkında bilgi

sahibi olma ve yorum yapma fırsatı verilmesi gerektiği anlamına gelir. Sanık savunmasını uygun bir şekilde yapma ve ilgili tüm savunma argümanlarını duruşmada sunma hakkına sahip olmalı ve böylece yargılamanın sonucuna etki edebilmelidir.

Çekişmeli yargılama ilkesi, bir ceza davasında, savcılık makamlarının, sanık lehine veya aleyhine ellerinde bulunan tüm maddi delilleri savunmaya açıklamasını da gerektirir. Maddi delil, bu bağlamda, hiç dikkate alınmamış veya ilgili olarak değerlendirilmemiş olsa bile, yetkili makamların elinde bulunan ve potansiyel olarak ilgili olan tüm materyalleri kapsar. Ancak, ilgili bütün delillerin açıklanması hakkı mutlak bir hak değildir. Herhangi bir ceza davasında, ulusal güvenlik veya polisin suç soruşturma yöntemlerini gizli tutma ihtiyacı gibi, sanığın hakları ile dengelenmesi gereken başka menfaatler de ortaya çıkabilir. Bazı durumlarda, başka bir bireyin temel haklarını veya önemli bir kamu menfaatini korumak için bazı delillerin savunmadan saklanması gerekli olabilir. Bununla birlikte, ilke olarak, AİHS m. 6 kapsamında savunma hakkı sadece kesinlikle gerekli olan durumlarda sınırlanabilir. Ayrıca, sanığın adil bir şekilde yargılanmasını sağlamak için, savunma haklarına getirilen bir kısıtlamanın yol açtığı her türlü zorluk, adli makamlar tarafından alınacak tedbirlerle yeterince dengelenmelidir (§302-308).

6. maddeye ilişkin ilkeleri mevcut davaya uygulayan Mahkeme, olaya ilişkin şu tespitleri yapmaktadır:

*i) Delillerin kalitesi bakımından*

Mahkeme, bir delilin kabul edilebilirliğini ve davadaki önemini belirlemede sınırlı bir rolü olduğunu göz önünde tutarak, itiraz edilen delilin gerçekten iç hukuk açısından kanunda öngörülen şartlara uygun bir biçimde elde edilip edilmediğini ve kabul edilebilir olup olmadığını ya da ulusal mahkemelerin ilgili delili değerlendirirken herhangi bir maddi hata yapıp yapmadığını belirlemenin **gerekli olmadığı kanısındadır**.

Bu gerekçe ile Mahkeme, ByLock verilerinin elde edilmesi ve güvenliğinin sağlanması ile ilgili tartışmalardan büyük ölçüde uzak durmuş ve bu meseleleri birer ihlal sebebi olarak mütalaa etmemiştir. Mahkeme, prensip olarak taraf devletlerin yetkili mercilerinin iyi niyetle hareket ettiğinin varsayıldığını ifade ederek **mevcut davada MİT veya diğer makamların iyi niyetle hareket etmediğini gösteren herhangi bir somut bulgunun mevcut olmadığını** kabul etmiştir.

Mahkeme, 2911 sayılı Kanun'da öngörülen veri toplama faaliyetinin, CMK m. 134'te öngörülen usuli güvencelerden yoksun olduğunu kabul ederek, bu bağlamda yerel mahkemelerin delillerin kalitesini (veri güvenliği ve bütünlüğü bağlamında) sağlamak için aldığı tedbirleri incelemiştir.

Özetle ifade etmek gerekirse Mahkeme, yerel makamlarca ByLock verilerinin güvenilirliğinin iki kaynaktan teyit edilmesi, HTS ve CGNAT verileri ile doğrulanmasını yeterli görmüş, başvurunun bu verilerin güvenilirliğini sarsacak somut bir iddiasının bulunmadığını kabul etmiştir. Bu cümleden olarak Mahkeme, her ne kadar ByLock verilerinin MİT tarafından alındığı koşullar, adli makamlara teslim edilene kadar bütünlüklerini sağlamaya yönelik özel usuli güvencelerin yokluğunda, delillerin kalitesi bakımından ilk bakışta şüphe uyandıracak nitelikte olsa da, **bu verilerin doğruluğunu sorgulamasını gerektirecek yeterli bir unsurun mevcut bulunmadığını kabul etmiştir** (§309-323).

*ii) Başvurucunun delilleri mahkeme önünde tartışabilmesi bakımından*

Yerel mahkemelerin kararları ve hükümet beyanları doğrultusunda, başvurunun mahkumiyetine esas teşkil eden delilin ByLock verileri olduğu, diğer delillerin yalnızca bu kanaati güçlendirmeye yönelik destekleyici deliller olduğunu göz önünde tutan Mahkeme, bu durumun başvurunun AİHS m. 6'da tanımlı güvencelere uygun olarak etkili bir şekilde bu delile itiraz edebilmesini daha da önemli kıldığı için altını çizmiştir.

Bu hususta yapılacak tartışma bakımından Mahkeme, şu üç gerçeği göz önünde bulundurduğunu ifade etmiştir:

**i)** Teknolojik gelişmeler neticesinde dijital deliller ceza muhakemesinde giderek artan bir önemi haizdir. Özellikle örgütlü suçlarla mücadele bakımından, örgüt içi iletişimi sağlayan şifreli mesajlaşma programlarının kullanıldığına yönelik kanıt teşkil eden delillerin kullanılması çok önemli olabilir.

**ii)** Dijital deliller, geleneksel delillere kıyasla önemli farklar taşımakta olup, bu durum verilerin elde edilmesi, korunması ve işlenmesi bakımından özel güvenlik sorunları ortaya çıkarmaktadır. Bu durum özellikle yargı organı bakımından zorluklara yol açabilecektir.

**iii)** Şifreli ve/veya çok büyük veriler söz konusu olduğunda, elektronik delillerin ele alınması, ceza muhakemesinin tüm tarafları bakımından belli zorluklara yol açabilir.

Bu gerçekleri ortaya koyan ve göz önünde tutacağını bildiren Mahkeme, yine de bu durumun **6. maddedeki ilkelerden sapılmasını veya onların daha yumuşak uygulanmasını gerektirmeyeceğinin** de altını çizmektedir.

Ham verilerin başvuru ile paylaşılmamış olması ve dava dosyasında yalnızca bu ham verilere istinaden hazırlanan raporların yer alması hususunda Mahkeme; savunmanın doğrudan dikkate alınmayan delillere de erişme hakkının bulunduğunu hatırlatarak, **bu bağlamda başvurucağının ham verilere erişmekte de menfaatinin bulunduğunu kabul etmiştir.** Verilerin başka kaynaklarca doğrulanmış olması, başvurucağının bu hakkına hanel getirmeyecektir [zira savunmanın kapsamı yalnızca verilerin doğruluğunu tartışmaktan ibaret değildir, verilerin ne anlama geldiği konusundaki bir tartışmayı da ihtiva eder].

Mahkeme, hükümetin verilerin paylaşılmasının doğuracağı olası güvenlik sorunları ve tek bir kullanıcıya ait verilerin ayıklanarak paylaşılacağına yönelik beyanlarını da dikkate almıştır. Mahkeme, maddi delillerin tümünün açıklanmasının mutlak bir hak olmadığını hatırlatarak, birçok farklı nedenden dolayı bazı delillerin tümüyle açıklanmayabileceğini ortaya koymuştur. Mahkeme, son tahlilde bu kararın delil değerlendirme yetkisine sahip yerel makamlara ait olduğunu ve bu hususun kendi görev alanında bulunmadığını kabul etmiştir. **Bu itibarla ham verilerin başvurucağıyla paylaşılmamış olması bizatihi bir ihlal nedeni değildir.**

Delillerin tümüyle başvurucağı ile paylaşılmamış olması, çekişmeli yargı ve silahların eşitliği ilkesi bakımından savunma aleyhine bir duruma sebebiyet verecektir. Mahkeme'ye göre, 6. maddenin bir gereği olarak, bu tür durumlarda dengeyi yeniden kuracak tedbirlerin yerel makamlara alınmış olması gerekir. Mahkeme bu noktada, başvurucağının aleyhindeki delilleri tartışırken yaşadığını iddia ettiği zorlukların, ceza yargılaması sırasında başka bir şekilde telafi edilip edilmediğini veya daha da kötüleşip kötüleşmediğini değerlendirmiştir.

Mahkeme, her şeyden önce ham verilerin dava dosyasına neden dahil edilmediği konusunda yerel makamların **başvurucağına hiçbir zaman bir gerekçe sunmadıklarını not etmiştir.** Mahkeme önünde -yukarıda zikredilen-sebeplerin hiçbiri, başvurucağının yargılanması sırasında yerel mahkemelerce ifade edilmemiş, başvurucağının bu delillerin dava dosyasına dahil edilerek kendi erişimine de açılması yönündeki taleplerine **cevap vermemekle yetinilmiştir.** Mahkeme, hangi delilin kiminle ne ölçüde paylaşılacağı

konusunda karar vermeye yetkili olmasa da başvuruca bu hususta hiçbir açıklama yapılmamış olmasını bir sorun olarak tespit edebileceğini belirtmiştir.

Mahkeme ayrıca, yerel mahkemelerin, başvurucaın verilerin bütünlüğünün ve güvenliğinin sağlanması için **bağımsız bir incelemeye tabi tutulması yönündeki taleplerini de dikkate almadığını** da not etmektedir. Esasen 6. madde yerel mahkemelere böyle bir zorunluluk yüklememektedir, bu itibarla Mahkeme de yerel mahkemelerin MİT ve KOM raporlarının doğruluğuna güvenerek hareket etmelerini ve ayrıca bir rapor temin etmemelerini bizatihi ihlal nedeni olarak görmemiştir. Bununla birlikte, verilerin adli makamlara sunulduğu sırada veya daha sonra doğruluklarının incelendiğine yönelik hiçbir bulgu bulunmadığı göz önüne alındığında, **başvurucaın böyle bir talepte bulunmakta meşru bir menfaati bulunduğu kabul edilmelidir.** Böyle bir durumda mahkemenin de başvurucaıya uygun bir biçimde yanıt verme yükümlülüğü doğmaktadır. Yerel mahkeme bu talebi kabul etmek zorunda olmasa bile, en azından gerekçeli bir biçimde reddetmeli idi.

Üçüncü olarak, başvurucaın, **ByLock verilerinin güvenilirliğine ilişkin ileri sürdüğü argümanlar** (kullanıcı listelerindeki farklılıklar, indirme sayısı ile kullanıcı sayısı arasındaki tutarsızlık vb.) **yerel mahkemelerce cevapsız bırakılmıştır.** Halbuki Mahkeme'ye göre -mevcut davadaki gibi-savunmanın verilere doğrudan erişemediği durumlarda yerel mahkemelerin böyle iddiaları daha da titizlikle incelemesi gerekmektedir. Ancak yerel mahkeme, veri toplama prosedürünün hukuka uygunluğunu teyit etmek ve başvurucaın *ByLock* sunucusuyla bağlantı kurduğunu doğrulamak dışında ulusal mahkemelerin sunucudan elde edilen verilerin bütünlüğünün her açıdan, özellikle 09.12.2016 tarihinde adli makamlara iletilmeden önceki dönemde nasıl sağlandığı konusuna değinmemiştir. Bilhassa *ByLock* verilerinin MİT tarafından toplanması ile sulh ceza mahkemesinin bunların incelenmesine yönelik kararı arasındaki dönemde, **ByLock verilerinin zaten işlenmiş olduğu ve yalnızca istihbarat amacıyla değil, aynı zamanda başvurucaın da dahil olmak üzere şüphelilerin soruşturulması ve tutuklanması için delil olarak kullanıldığı gerçeğini hesaba katmamışlardır.** Başvurucaın, MİT'in ceza yargılamalarında delil olarak kullanılmak üzere veri toplama yetkisinin bulunmadığı ve 09.06.2016 tarihinde verilen mahkeme kararının bu şekilde toplanan delilleri geriye dönük olarak hukuka uygun ve güvenilir kılamayacağı yönündeki iddiaları ne Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ne de Yargıtay tarafından incelenmiştir.

Dördüncü olarak, ham verilerin başvuranla paylaşılması mümkün olmasa da, silahların eşitliği ilkesi gereğince, en azından yargılamanın, başvuruçunun, *ByLock* faaliyetlerinin niteliği ve içeriği de dahil olmak üzere, **kendisiyle ilgili deşifre edilen materyalin tamamı hakkında yorum yapmasına olanak tanıyacak şekilde yürütülmesini gerektirecektir.** Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin KOM'dan başvuranın *ByLock* üzerinden yaptığı yazışmaların içeriğinin yanı sıra iletişim kurduğu kişilerle ilgili bilgi vermesini talep etmiş olmakla birlikte, **bu verilerin sunulmasını beklemeden kararını vermiştir.** Başvuruçunun bu verilerin yokluğuna ilişkin itirazları da Yargıtay tarafından reddedilmiş ve **temyiz kararının ayrıntılı *ByLock* bulguları ve değerlendirme raporunun sunulması beklenmeden verilmesinin sonucu etkilemediğine hükmedilmiştir.** Mahkeme, Yargıtay'ın bu tespiti yaparken, yargılama usulünün adilliğini incelemek yerine, sadece ceza davasının sonucuyla ilgilendiğini gözlemlemekte ve bunu bir sorun olarak not etmektedir. Davanın sonucunu etkileyip etkilemeyeceğine karar vermek Mahkeme'nin görevi olmasa bile, ilgili materyalin dava dosyasına girmesi halinde savunmanın argümanlarını güçlendirebileceği [ve aksinin yapılmasının savunmayı silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak zayıflattığı] söylenebilecektir.

Beşinci olarak, yerel mahkemelerin gerekçelerindeki eksiklikler, başvuruçunun delillere doğrudan erişememesinin yarattığı dezavantajı daha da derinleştirmiştir. *ByLock* verileri yalnızca başvuruçunun kullanımını (ve buna binaen cezai sorumluluğunu) değil, aynı zamanda bu yazılımın **münhasıran örgüt üyelerince kullanıldığı ve örgüt içi haberleşme programı olduğu iddialarını da delillendirmektedir.** Başvuruçunun bu verilerin tamamına erişememiş olması, bu iddiaları tartışabilmesini de güçleştirmektedir. Böyle bir durumda yerel mahkemelerin bu iddiaların doğruluğuna ilişkin savunmanın itirazlarını daha da büyük bir titizlikle inceleyip karşılamaları gerektiği halde, bunu yapmamışlardır.

Mahkeme'nin tespitine göre, yerel mahkeme, başvuruçunun *ByLock*'u bir *örgütsel faaliyet çerçevesinde kullandığını*, o davaya ilişkin herhangi bir özel bulguya dayanarak değil; *ByLock*'un münhasıran *FETÖ/PDY* üyelerince kullanıldığına yönelik önceki kararlara dayanarak tespit etmiştir. Halbuki -yukarıda zikredilen- indirme/kullanıcı sayılarına ilişkin şüpheler ve *ByLock* kullanımının bir noktada *Cemaat* geneline yayıldığı yönündeki beyanlar karşısında, başvuruçunun ham verilere ulaşamamasının aleyhine yarattığı durum da göz önünde tutularak, mahkemenin başvuruçunun ***ByLock*'u**

**örgütsel faaliyet çerçevesinde kullanıp kullanmadığını özel olarak değerlendirmesi gerekirken bunu yapmamış veya bunun yapılmasına neden gerek görmediği yönünde bir gerekçe ortaya koymamıştır.** Mahkeme'ye göre, yerel mahkemelerin, *ByLock'un* nasıl yalnızca *FETÖ/PDY* üyeleri tarafından münhasıran kullanıldığının tespit edildiğine ve neden üye olmayan kimsenin bu programı kullanamadığına ve kullanamayacağına yönelik gerekçeleri, özellikle de örgütün katmanlı yapısı göz önüne alındığında, yetersizdir. Mahkeme, gerek başvuru hakkında verilen kararda, gerekse bu karara da dayanak teşkil eden ve *ByLock'un* münhasıran *FETÖ/PDY* tarafından kullanıldığını tespit eden Yargıtay kararında, bu hususun derinlemesine incelenmediği kanısındadır.

Mahkeme, sayılan gerekçelerle, başvurucağın aleyhindeki delillere itiraz etme ve savunmasını etkili bir şekilde ve iddia makamıyla eşit bir şekilde yürütme fırsatına sahip olmasını sağlamak için yeterli güvencelerin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, ulusal mahkemelerin başvurucağın özel ve ilgili taleplerine ve itirazlarına cevap vermemesi, savunma argümanlarına karşı duyarsız oldukları ve başvurucağın *gerçekten dinlenmediği* konusunda meşru bir şüphe uyandırmıştır (§324-343).

Mahkeme, davadaki konuları göz önüne alındığında, delil olarak kabul edilen diğer hususlar bakımından ileri sürülen iddiaları ayrıca değerlendirmeye gerek görmemiş ancak (ülke mevzuatına uygun bir biçimde faaliyet gösteren bir bankaya para yatırmak gibi) görünüşte yasal eylemlerin yasallık karinesinden yararlanması gerektiğinin altını çizerek, **bu davranışların nasıl olup da bir suçun delili olabileceğinin yerel mahkemelerce anlamlı bir şekilde tartışılmadığını da not etmiştir.**

Bu gerekçelerle Mahkeme, olayda, *on altıya karşı bir oyla*, **6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.**

Belirtmek gerekir ki Mahkeme, olayda 6. maddenin ihlal edildiğine dair diğer iddiaların (mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile etkili hukuki yardımdan mahrum bırakılma) ayrıca incelenmesine gerek görmemiş (§357-367) ve 8. maddenin ihlal edildiğine yönelik iddiaları da ilgili hususların 6. maddenin ihlali bağlamında yapılan değerlendirmede ele alındığı gerekçesiyle ayrıca değerlendirmemiştir (§368-373).

### **1.2.3. 11. Maddenin İhlal Edildiği İddiası**

Başvurucağın, hakkında verilen mahkûmiyet kararının gerekçelerinden biri



olarak, yasalara uygun bir biçimde kurulmuş ve faaliyet göstermekte olan bir sendikaya (Aktif Eğitim-Sen) ve derneğe (Kayseri Gönüllü Eğitimciler Derneği) üye olmasının gösterilmiş olmasının, AİHS m. 11'den kaynaklanan haklarını<sup>15</sup> ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Başvurucunun iddiasına göre, bu sendika ve dernekte herhangi bir yasa dışı faaliyet yürütülmediği gibi, yerel mahkemelerce bu yapıların terör eylemleriyle veya herhangi bir yasa dışı faaliyetle ilişkilendirilmesi de söz konusu olmamıştır. Bir başka deyişle, yerel mahkemelerin kararlarında terör örgütü üyeliği ile bu sendika veya derneğe üyelik arasında herhangi bir bağ kurulmaksızın, salt bu sendika veya derneğe üyelik terör örgütü üyeliğinin delili kabul edilmiştir.

Hükümet ise bu iddialara karşılık, başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararında **belirleyici** olan delilin *ByLock* kullanımı olduğu, *Bank Asya* 'ya para yatırma ve 667 sayılı KHK ile kapatılan dernek veya sendikalara üye olma eylemlerinin ise *destekleyici* birer delil olarak mahkemelerce dikkate alındığını öne sürmüştür.

Hükümet beyanlarına göre, eğer başvurucunun 11. madde kapsamındaki haklarına bir müdahale söz konusu olduğu düşünülüyor ise dahi, bu müdahale kanunla, yani TCK m. 314, f. 2 ve Yargıtay içtihatları ile, öngörülmüş durumdadır. Müdahaleyi gerektiren meşru amaç, *FETÖ/PDY'nin* Türkiye Cumhuriyeti'ni yıkmaya teşebbüs ettiği göz önüne alındığında, ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin korunması ve karmaşanın veya suçun önlenmesi olarak ifade edilmiş; bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve mahkemelerin zaten başvurucunun sendika ve dernek üyeliğine ihtiyatla yaklaşarak, bu olguları yalnızca birer destekleyici delil olarak kullandığı savunulmuştur.

Hükümet ayrıca, dünyanın pek çok farklı yerinde, suç örgütlerinin, demokrasi ve insan haklarının sunduğu avantajlardan yararlanan yasal yapıların

<sup>15</sup> **AİHS m. 11:** "1. Herkes, çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı da dahil olmak üzere, barışçıl olarak toplanma ve başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin sağlanması, düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışında hiçbir kısıtlama getirilemez. Bu madde, bu hakların silahlı kuvvetler, polis veya Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına hukuka uygun sınırlamalar getirilmesini engellemez."



kisvesi altında yasadışı faaliyetler yürüttüğünü savunmuş; Mahkeme'nin *Ayoub ve Diğerleri v Fransa* kararına atıfta bulunarak, Mahkeme'nin içtihadında da bu tür bazı örgütlerin tespit edildiğini öne sürmüştür. Hükümete göre *FETÖ/PDY*'nin faaliyetleri ve anayasal düzeni ortadan kaldırma amacı göz önüne alındığında, Mahkeme'nin bu içtihattan ayrılması için bir neden yoktur (§376-383).

Mahkeme, 11. maddenin ihlal edildiğine yönelik iddiayı, bu hususta geliştirdiği klasik yöntem ile incelemiştir. Öncelikle 11. madde kapsamında kalan örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı değerlendirilecek, daha sonra bu müdahalenin AİHS'e uygun olup olmadığının belirlenebilmesi için kanunla öngörülme, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik unsurlarından oluşan üçlü teste başvurulacaktır.

Mahkeme öncelikle olayda örgütlenme özgürlüğüne müdahale olup olmadığını değerlendirmiştir. Dernek veya sendika kurmanın veya bu yapılara üye olmanın da örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olduğunu tespit eden Mahkeme, bu yapılara üye olmanın silahlı terör örgütüne üye olma suçunu oluşturabilecek objektif olguların varlığına işaret etmediği durumlarda, [bizatihi] şiddet içermediği açık olan ve ilke olarak AİHS tarafından korunması gereken [örgütlenme özgürlüğü gibi] haklar kapsamındaki ifade ve eylemlerin, ceza sorumluluğunun tayininde kullanılmasının bu haklara müdahale niteliğinde olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre dernek veya sendika üyeliğinin belirleyici değil destekleyici delil olmasının, ceza sorumluluğunun tayininde etkili olduğu müddetçe, herhangi bir önemi yoktur.

Mahkeme daha sonra müdahalenin haklı olup olmadığına yönelik değerlendirmesine başlamış ve ilk olarak müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini sorgulamıştır. Mahkeme'ye göre kanunla öngörülme yalnızca mevzuatta bu hususta bir hüküm bulunmasından ibaret değildir, aynı zamanda bu hükmün Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde bulunan hukukun üstünlüğü ilkesiyle de uyumlu olmasını gerektirmektedir.

Söz konusu sendika ve derneğin, darbe girişiminin ardından *FETÖ/PDY* ile bağlantılı oldukları gerekçesiyle 667 sayılı KHK ile kapatılmadan önce yasal olarak kuruldukları ve faaliyet gösterdikleri hususunda bir uyuşmazlık yoktur. Mahkeme, görünüşte Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamına giren ve şiddeti teşvik etmeyen veya demokratik bir toplumun temellerini başka bir şekilde reddetmeyen eylemlerin *yasallık karinesinden yararlanması gerektiğini* ortaya koymuştur.

Mahkeme bu noktada, yerel mahkemelerce verilen kararlarda söz konusu sendika ve derneğin 667 sayılı KHK ile kapatılmasına neden olan eylemlerinin niteliğine ilişkin olarak mahkeme kararında herhangi bir açıklama bulunmadığının altını çizmiştir. Aynı zamanda kararlarda başvurusunun bu yapılar içerisinde herhangi bir eylemde bulunup bulunmadığına ve eğer bulunmuşsa, bu eylemlerin niteliğinin ne olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama da yer almamıştır. Üst mahkemeler de bu konuyu irdelememiştir. Hükümetin AİHM nezdindeki beyanlarında da, bu yapıların *FETÖ/PDY'nin* amaçlarına hizmet ettiğini belirtmenin ötesinde, söz konusu sendika ve derneğin faaliyetlerine dair bir açıklama yoktur. Bu itibarla hükümetin, yasallık karinesini çürütebilecek bir dayanağı bulunmamaktadır.

Mahkeme *Selahattin Demirtaş v Türkiye* kararına atıfta bulunarak; ifade özgürlüğünün kullanılmasını silahlı bir terör örgütüne üye olma, terör örgütü kurma veya yönetme ile bir tutmayı gerektiren bir ceza kanunu hükmünün bu kadar geniş yorumlanmasının, böyle bir bağlantıya dair somut bir kanıtın yokluğunda, haklı gösterilemeyeceği görüşünü benimsemiştir.

Bu cümleden olarak Mahkeme, her ne kadar hükümet bu müdahalenin TCK m. 314, f. 2'de kanunla öngörüldüğünü belirtmekte ise de, uygulamada ilgili hükmün **yasal olarak faaliyet gösteren bir sendikaya ve bir derneğe üyeliği içerecek şekilde** öngörülemeyen bir biçimde genişletildiği kanısına varmıştır.

Hükümetin, Mahkeme'nin *Ayoub ve Diğerleri* kararındaki içtihat yönünde karar verilmesi yönündeki beyanlarına da itibar etmeyen Mahkeme, o kararda kapatılan derneklerin her biri bakımından farklı unsurlar (bir kişinin öldürülmesi, derneklerin nefret ve ırk ayrımcılığına teşviği) bulunduğunu ve o davadaki olguların bu nedenle mevcut davadan önemli bir biçimde farklı olduğuna hükmetmiştir.

Mahkeme bu gerekçelerle, örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmüş olma niteliğini haiz olmadığı kanısına varmış, bu nedenle meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik kriterlerini araştırmaya gerek görmemiştir.

Müdahalenin haksız olduğu sonucuna varan Mahkeme, *oybirliğiyle*, **11. maddenin ihlal edildiği** sonucuna varmıştır.

## **2. Karara İlişkin Hukuki Değerlendirmeler**

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasına konu olan hususlar, Türkiye'de

halihazırda görülmekte olan çok sayıda dava ile benzerlik göstermektedir. Nitekim, kararda da belirtildiği üzere, aynı ihlal iddialarını ihtiva eden çok sayıda dosya AİHM önündedir. Bu itibarla, yukarıda bilgileri verilmiş olan karara ilişkin hukuki incelemenin yapılması, gelecekte ortaya çıkabilecek olan olası hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi bakımından önemlidir.

Yapılacak olan incelemede, AİHM'in yaptığı inceleme ile aynı usul takip edilecek ve 6, 7 ve 11. maddelere ilişkin ihlal iddiaları hakkında verilen kararlar ayrı ayrı incelenecektir. Bunun yanında, kararın Türk hukukuna gerek mevzuat değişikliği gerekse yargı kararları bakımından olası yansımaları da tartışılacaktır.

### 2.1. 7. Maddenin İhlali Hakkında Verilen Karar

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasında 7. maddenin ihlali bağlamında AİHM tarafından yapılan incelemede birbiriyle bağlantılı ancak birbirinden farklı üç konu incelenmiştir. Bunlardan ilki Türk hukukunda *silahlı terör örgütü üyeliği* suçunun kanunla ve 7. maddede öngörülen prensiplerle uyumlu olarak, bireylerin davranışlarını düzenleyebilmesine ve sonuçlarını öngörebilmesine olanak tanıyan bir şekilde düzenlenip düzenlenmediğidir. İkinci konu, kamuoyunda uzun süre *Cemaat, Hizmet* ya da *Gülen Hareketi* isimleriyle tanınan ve hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla silahlı terör örgütü olduğu yönünde bir tespit 2017 yılına değin yapılmamış olan *FETÖ/PDY'nin* üyelerinin, 2014-2016 yılları arasındaki eylemleri dolayısıyla silahlı terör örgütü üyesi sayılıp sayılmayacaklarıdır. Nihayet üçüncü konu ise salt ByLock kullanımı (daha doğru bir söyleyişle *ByLock* kullanımının mahkumiyete esas teşkil eden tek temel delil olması) nedeniyle silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı mahkûmiyet kararına hükmedilmesinin, Türk hukukunda silahlı terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmanın şartlarını sağlayıp sağlamadığı ve bu anlamda kanunda düzenlenmeyen yeni bir suç tipine *de facto* vücut verip vermediğidir.

#### 2.1.1. Türk Hukukunda Silahlı Terör Örgütü Üyeliği Suçuna İlişkin Hukuki Düzenlemelerin AİHS m. 7'ye Uygunluğu Sorunu

AİHS'in "*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz.*" şeklindeki 7. maddesi, Anayasa'nın 38. maddesi ve TCK'nın 2. maddesi ile uyumlu bir biçimde, bir fiilin ancak işlendiği tarihte kanunla suç sayılması halinde cezalandırılabilmesine dair prensibi öngörmektedir.

AİHM, bu madde bağlamında *kusurun tespiti, fiilin işlendiği zaman, kanunsuz ceza, kanunda öngörülenden daha ağır ceza ve kanunun geriye dönük uygulanması* gibi muhtelif hususları inceleme konusu yapmaktadır<sup>16</sup>. *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasında ise 7. maddenin, *kanunsuz suç* cihetinden ihlal edildiği yönünde bir iddia söz konusudur.

AİHM'in bir fiilin cezalandırılmasına ilişkin olarak 7. maddenin ihlal edildiğine yönelik iddiaları incelerken öncelikli olarak değerlendirdiği husus, bu fiile ilişkin bir yasal düzenleme olup olmadığıdır. Mahkeme bu değerlendirmeyi, *erişilebilirlik* ve *öngörülebilirlik* olmak üzere iki kritere göre yapmaktadır.

*Erişilebilirlik*, dava konusu suç ve cezaya ilişkin normun, bireylerin erişimine açık olmasını ifade eder. Bu bağlamda ilgili normların kamuya açık bir şekilde ilan edilmesi, eğer norm bir uluslararası sözleşmeye dayanıyorsa bu sözleşmenin iç hukukta uygulanmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılmış olması (ve bu düzenlemelerin de erişilebilir olması) gibi hususlar incelenmektedir<sup>17</sup>. *Yüksel Yalçınkaya* davasında, Türk hukukunun ilgili ceza normlarının erişilebilirliği hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

*Öngörülebilirlik* ise dava konusu suç ve cezaya ilişkin normun lafzının, bireylerin hangi fiilleri işledikleri takdirde suçlu sayılabileceklerini ve cezalandırılabileceklerini öngörebilmelerine ve davranışlarını buna uygun olarak düzenleyebilmelerine uygun olmasını ifade eder. Kuşkusuz, ne kadar açık kaleme alınmış olursa olsun her ceza normu belli ölçüde yorumu gerektirecektir. Bu itibarla AİHM içtihadında öngörülebilirlik, kanuni düzenleme yanında mahkeme içtihatlarından da yararlanmak suretiyle sağlanabilir. Bir başka deyişle kanunda açıkça belirtilmeyen bazı hususlar, mahkeme içtihadıyla açık ve anlaşılır hale gelmiş olabilir. Türk hukukunda örgüt üyeliği, aşağıda da görülebileceği üzere bu hususa iyi bir örnektir.

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasında inceleme konusu olan ve başvuru konusunun işlediği iddia edilen suç, *silahlı terör örgütüne üye olma* suçudur. Türk hukukunda bu suça ilişkin normlar TCK m. 220, 314 ve TMK m. 1-4 hükümleridir.

<sup>16</sup> European Court of Human Rights, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights: No Punishment Without Law: The Principle That Only the Law Can Define a Crime and Prescribe a Penalty*, 2022, s. 5.

<sup>17</sup> ECHR, s. 13.

Gayrimuayyen suçlar işlemek amacıyla suç örgütü kurma, yönetme ve bu örgütlere üye olma fiilleri, TCK m. 220'de *suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu* başlığı altında düzenlenmektedir. İlgili hükme göre;

(1) *Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler; örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.*

(2) *Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca örgütün silahlı olması cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu karşısında özel norm niteliğinde olan<sup>18</sup>,<sup>19</sup> ve kanunda düzenlenen belli suçları işlemek amacıyla kurulmuş olan örgütlere ilişkin TCK m. 314'te *silahlı örgüt* başlığı altında ayrıca bir düzenleme de yer almaktadır. İlgili hükme göre;

(1) *(Dördüncü kısım) dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.*

(3) *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.*

Hangi örgütlerin terör örgütü olarak kabul edileceği ve bu örgütleri kuran, yöneten ve bu örgütlere üye olanların ne şekilde cezalandırılacağına yönelik norm ise TMK m. 7'dir. İlgili hükme göre;

(1) *Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak*

<sup>18</sup> **Kitapçoğlu Yüksel, Tülay**, “Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m. 314)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72(1), 2023, 295-342, s. 297.

<sup>19</sup> Suç örgütü, silahlı örgüt ve terör örgütü ayrımları hakkında daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Osmanoğlu, Bilal, Kıdıl, Fahrettin**, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (Özel Sayı), 2019, 1141-1177, s. 1168 vd.

*suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanunu'nun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.*

TMK m. 7 hükmü, terör örgütüne bu niteliği kazandıran amaç bakımından aynı kanunun 1. maddesine atıf yapmaktadır. Terörü tanımlayan ilgili hüküm şu şekildedir:

*(1) Terör; 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 bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*

Başvurucunun ceza sorumluluğunun tayin edilmesi bağlamında yukarıdaki kanuni düzenlemeler incelendiğinde, bir eksiklik derhal dikkat çekmektedir: Suç örgütü üyeliğini bir suç olarak düzenleyen ve karşılığında belli bir ceza öngören bu normlar, *bir yapının suç örgütü olma şartlarını* ve *örgüt üyeliği şartlarını* düzenlememektedir.

Suç işlemek için kurulabilecek birlikteliklerin çeşitliliği, toplumsal hayatın kompleks yapısı dolayısıyla bireylerin suç örgütleriyle bilerek veya bilmeyerek kurabilecekleri ilişkilerin çok farklı şekillerde zuhur edebileceği gerçeği karşısında düzenlemelerin bu haliyle bireylerin davranışlarını düzenleyebilmeleri bakımından yeterli kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte yukarıda da izah edildiği üzere, AİHS m. 7 bağlamında öngörülebilirlik, kanun hükmüne dayalı yargı içtihatlarıyla da sağlanabilir. Bu itibarla her iki hususa ilişkin içtihadın da incelenmesi gerekir<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Bu çalışmanın amacı suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun veya silahlı örgüt suçunun unsurlarının incelenmesi değil, bu unsurların öngörülebilir bir şekilde düzenlenip düzenlenmediği konusundaki kararı değerlendirmektir. Bu itibarla bu unsurlara konuyla ilgili olduğu ölçüde çok kısaca değinilecektir. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Sarıtaş, Erkan**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*, 2018, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, **Özkaya, Burçin**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, **Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay**, “Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m. 314)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72(1), 2023, 295-342, **Osmanoğlu, Bilal, Kıdıl, Fahrettin**, *Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21

Suç örgütünün unsurları Yargıtay'ın yerleşik içtihadında suç işleme amacı etrafında birleşme, üyeler üzerinde manevi hakimiyet kurmayı sağlayacak bir hiyerarşik yapı ve devamlılık şeklindedir<sup>21</sup>. Şüphesiz bu ölçütler yanında, kanunda yer alan en az üç kişinin bir araya gelmesi ve örgütün suç işlemeye elverişliliği de araştırılacaktır<sup>22</sup>.

Örgüt üyeliğinin unsurları ise örgütle organik bağ kurma<sup>23</sup>, yani örgüte katılma, örgüt hiyerarşisi içinde yer alma ve bu hiyerarşi içinde verilen

(Özel Sayı), 2019, 1141-1177, **İnce, Kadri**, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk ve Silahlı Terör Örgütü”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(1), 2020, 241-269, **Aydoğan, Gökhan**, *Türk Ceza Hukukunda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022, **Zengin, Mehmet**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçlarının Normatif ve Olgusal Temelleri*, 2021, Ankara: Seçkin Yayınevi.

<sup>21</sup> “Örgüt, soyut bir birleşme olmayıp bünyesinde hiyerarşik bir yapının, ast-üst ilişkisinin, emir-komuta zincirinin hâkim olduğu yapılanmayı ifade eder. Böylece örgüt, mensupları üzerinde hakimiyet tesis eden bir güç kaynağı mahiyetini kazanmaktadır. Bu bağlamda bir organize güç aracından, organize güç enstrümanından söz edilebilir. Suç örgütünün varlığından söz edebilmek için belli bir amaç, maksat etrafındaki bir fiili birleşme yeterlidir. Bu örgütler mahiyetleri itibariyle devamlılık arz ederler. Bu itibarla belli bir suçu işlemek için bir araya gelme hâlinde bir suç örgütünün varlığından bahsedilemez.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, somut bir tehlike suçu olduğu için oluşturulan örgütün üye sayısı ve malzeme donanımı itibariyle güdülen amaçları gerçekleştirme açısından somut bir tehlike arz edip arzetmediği hâkim tarafından yapılacak değerlendirmeye belirlenecektir. Somut zarar tehlikesini oluşturmaya uygunluk için “amacı gerçekleştirmeye yeterli üye”nin, “hiyerarşik örgüt yapısı”nın, “şiddete dayanan eylem programı”nın varlığını aramak gerekir. Örgütün silahlı olup olmaması ve sahip olunan silahların cins, nitelik ve miktarı somut tehlikenin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Örgütün, silahlı örgüt vasfını kazanması için mensuplarının silah sahibi olmaları gerekmez. Silahlar üzerinde gerektiğinde tasarruf imkânının olması gerekli ve yeterlidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.11.2021 tarih, 2020/61 E. ve 2021/546 sayılı kararı.

<sup>22</sup> Bu hususta ayrıca bkz. **Osmanoğlu/Kıdıl**, s. 1145 vd.

<sup>23</sup> “Silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. Ancak niteliği, işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibariyle süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özelliği olmasa da ancak örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olduğunun kabulü gerekir. 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 örgütün kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir. Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak suçu için de saikin ‘suç işlemek amacı’ olması aranır...” Yargıtay 16. CD, 26.10.2017 tarih ve E.2017/1809, K.2017/5155 sayılı kararı.



*emirleri sorgulamaksızın yerine getirme* olarak ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Örgüt hiyerarşisi içinde yer alma ve emir alıp yerine getirmeye hazır olma kriterleri, örgütle kurulabilecek sempatanlık, ticaret, maddi yardım, örgütle aynı siyasi ve ideolojik amaçları paylaşma gibi pek çok ilişki tarzını dışlamakta ve örgüt üyeliğinin sınırlarını oldukça daraltmaktadır.

İlgili mevzuat ve Yargıtay içtihadı bir araya getirildiğinde, gerek terör suçlarının gerek suç örgütlerinin gerekse örgüt üyeliğinin açık bir şekilde tanımlandığı ve kriterlerinin belirlendiği görülmektedir. Bu itibarla Türk hukukunda silahlı terör örgütü üyeliği suçunun, bu suçun kapsamının genişliğine dair tartışmalar bir yana bırakılırsa, bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmesini sağlayacak nispette öngörülebilir bir yasal düzenlemeye sahip olduğu söylenebilir.

Bizatihi başvuruçunun *-ByLock* kullanmak şeklinde tezahür eden- fiilinin bu suçu teşkil edip etmediği ya da bu suçun işlendiğinin ispatı bağlamında delil değeri tartışılabilir ise de bu durum, failin cezalandırıldığı suça dair normun erişilebilirliğine ve öngörülebilirliğine halel getirmemektedir. Bu itibarla AİHM tarafından yapılan incelemede, silahlı terör örgütü üyeliği

<sup>24</sup> “Yargıtay’ın istikrar kazanan uygulamalarına göre; 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 hâkim 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 işlemeye 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.*

*Diğer bir ifadeyle, fail açık veya zımnî beyanıyla örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde yer almayı, bu kapsamda, bu katılımının tek bir fiil için değil sürekli bir hâl almasını, örgütün amacı çerçevesinde verilen emirleri yerine getirmeyi, bu kapsamda kişisel iradesini örgütsel faaliyetlerde örgüt iradesinin emrine terk etmeyi kabul etmiş ise; örgüte üye olma iradesiyle hareket ettiği kabul edilmelidir.*

*Örgüt üyesinin, örgütsel eylemlere maddi bir katkı sunmuş olması gerekmemektedir. Bir kimsenin, örgütün emir ve komutası içerisinde yer aldığını bilmesi ve bu çerçevede verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olması, örgüt üyesi olarak kabulü için yeterlidir. Zira emir komuta zinciri içerisinde verilecek görevleri ifaya hazır olmak da asgari düzeyde de olsa örgütün hayatta kalmasına bir katkıyı yansıtmaktadır.*

*Örgüte sadece sempati duymak ya da örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmak, örgüt liderine saygı duymak gibi eylemler örgüt üyeliği için yeterli değildir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.11.2021 tarih, 2020/61 E. ve 2021/546 sayılı kararı.*



suçunun Türk hukukunda erişilebilir ve öngörülebilir bir biçimde düzenlenmiş olduğuna yönelik tespiti kanaatimizce isabetlidir.

### 2.1.2. FETÖ/PDY'nin Silahlı Terör Örgütü Vafsinin Tespiti

AİHM tarafından incelenen ikinci husus, FETÖ/PDY'nin başvurucuya isnat edilen fiilin işlendiği tarihteki hukuki statüsüdür. Gerçekten de fail *silahlı terör örgütü* üyeliğinden dolayı cezalandırılacaksa, içinde bulunduğu yapının bu vasfı taşıyor olması gerekir. Şu hâlde bir yapının silahlı terör örgütü ya da genel olarak suç örgütü vafsinin nasıl ortaya çıktığının da incelenmesi gerekir.

Çalışmada FETÖ/PDY'nin *silahlı terör örgütü* vafsinin tespitine dair Yargıtay kararı ve bu kararın unsurları tartışma konusu yapılmayacaktır<sup>25</sup>. *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davası bakımından önem arz eden husus, yalnızca failin silahlı terör örgütüne üyelikten dolayı cezalandırılabilmesi için içinde bulunduğu örgütün bu niteliğinin yetkili makamlarca tespitinin gerekli olup olmadığıdır.

Öncelikle böyle bir tespiti yapabilmeye ancak bir ceza mahkemesinin yetkili olduğunda kuşku yoktur. AİHM kararında da isabetle belirtildiği üzere (§251), MGK kararı ile bir örgütün terör örgütü olarak kabul edilmesinin teknik anlamda (*stricto sensu*) bir hukuki değeri bulunmamaktadır<sup>26</sup>. Aynı şekilde, Jandarma Genel Komutanlığı'nın, FETÖ/PDY'yi 08.01.2016 tarihinde terör örgütleri listesine dahil etmesinin<sup>27</sup> de bir hukuki değeri bulunmamaktadır.

Hiç kuşkusuz, bir suç örgütü, kanunda öngörülen şartlar gerçekleştiği ve failer bu amaçla bir araya geldiği anda kurulmuş olur; örgütün kurulduğu tarihte örgütün kurucuları, yöneticileri ve üyeleri bakımından TCK m. 220 bağlamında ceza sorumluluğu doğar. Ceza mahkemesince verilen kesinleşmiş kararların örgütün mahiyeti üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Bu hususta eleştirel bir inceleme için bkz. **Özgenç, İzzet**, Suç Örgütleri, 14. Baskı, 2022, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 115 vd.

<sup>26</sup> Aynı yönde **Özgenç**, Suç Örgütleri, s. 124.

<sup>27</sup> Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020, §18.

<sup>28</sup> Her ne kadar ceza mahkemesince verilen kesinleşmiş kararların örgütün mahiyeti üzerinde bir etkisi bulunmasa da, kuşkusuz o örgütün üyelerinin terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılabilmesi, öncelikle o örgütün mahkemece terör örgütü olduğunun tespit edilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda daha geniş değerlendirmeler için bkz. **Yurtlu, Fatih**, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Gerekçeli Olma Zorunluluğu ve Silahsız Terör Örgütü Tartışmaları (Hizb-ut Tahrir Örneği)", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2021, 261-293, s. 286 vd.

Bu itibarla kanaatimizce Yargıtay'ın bu hususta önceden bir karar verilmemiş olsa dahi, failin silahlı terör örgütü kapsamında işlediği bir suçtan dolayı veya bu bağlamda silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılabilmesine dair görüşü<sup>29</sup> isabetlidir. Anayasa Mahkemesi de aynı görüşü benimsemiştir<sup>30</sup>. Kast, suçun unsurlarının bilinmesi ve istenmesi olduğuna göre (TCK m. 21, f. 1), fail eğer gayrimuayyen suçlar işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün içinde bulunduğunu bilmekte ise, bu örgütün mahiyeti bir mahkeme kararı ile tespit edilmiş olmasa dahi, ceza sorumluluğunun bulunduğu kuşku yoktur<sup>31</sup>. Hatta fail, örgütün işlemeyi amaçladığı suçların kanunlarda birer “terör suçu” olarak addedildiğini bilmesede terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılabilir (TCK m. 4).

Mahkemece yapılacak tespitin hukuki bakımdan önemi, örgütün niteliğinin herkesçe biliniyor hale gelmesini sağlaması olup, bu işlev karardan sonra işlenen fiiller bakımından failin kastının tespiti ve hata hükümlerinin uygulanabilirliğinin tayininde rol oynamaktadır. Nitekim AİHM de *Yasin Özdemir v. Türkiye* kararında 2015 yılında Türkiye'deki durumu bu bağlamda değerlendirmektedir<sup>32</sup>.

Hükümet savunmasında da isabetle belirtildiği üzere aksi bir kabul, örgütün mahiyetine yönelik tespitin yapıldığı bir mahkeme kararından önceki

<sup>29</sup> “Bir suç örgütü, baştan itibaren suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Bu kapsamda önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından varlığı bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri; kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından sorumlu olacaklardır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/16.MD-956, 26.09.2017 tarih ve K.2017/370 sayılı kararı.

<sup>30</sup> “Bununla birlikte bir oluşumun terör örgütü olduğuna dair kesinleşmiş yargı kararının suçun unsurlarından biri olmadığının altını önemle çizmek gerekir. Örgütün niteliklerinin mahkemece belirlenmesi bir tespit kararıdır. Aksinin kabulü, hakkında kesinleşmiş yargı kararı bulunmayan terör örgütlerinin eylemlerinin unsur yokluğu nedeniyle cezalandırılmaması sonucunu doğurur. Yukarıda alıntılanan Yargıtay içtihatlarının da gösterdiği gibi bir oluşumun terör örgütü olarak tespitine dair kesinleşmiş yargı kararının bu suç özelinde en önemli fonksiyonu, terör örgütüne hukuki varlık kazandırması ve bu bağlamda yapının bir terör örgütü olduğunu bilinebilecek hâle getirmesidir. Dolayısıyla henüz terör örgütü olduğuna dair yargı kararlarının bulunmadığı, dolayısıyla herkesçe bir terör örgütü olarak bilinebilir hâle gelmediği sırada bir örgüt ile irtibat ve iltisak kuran kişilerin kasıtlarının ortaya konulması hayati öneme sahiptir.” Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu, 2019/20791, 18.10.2022, §50.

<sup>31</sup> Aynı yönde **Özgenç**, Suç Örgütleri, s. 131.

<sup>32</sup> Yasin Özdemir v. Türkiye, 14606/18, 07.12.2021, §40-41.

süreç bakımından üyelerin cezasız kalması sonucuna yol açar ki bu durumun kabul edilebilmesi mümkün değildir. Nitekim AİHM de bu hususu gözetmiş ve başvuruçunun fiillerinin, *FETÖ/PDY'nin* kesinleşmiş mahkeme kararı ile silahlı terör örgütü olduğunun tespit edilmesinden önce işlenmiş olmasını 7. maddenin ihlali bağlamında bir sorun olarak mütalaa etmemiştir.

### 2.1.3. Fail Hakkında Verilen Mahkûmiyet Kararının Yeni Bir Suç Tipine Vücut Vermesi Sorunu

AİHM'in 7. maddenin ihlali bağlamında yaptığı değerlendirmenin son safhasını ise fail hakkında silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı verilmiş olan mahkûmiyet kararının, Türk hukukunda örgüt üyeliğinin şartlarına uygun bir biçimde verilirken verilmemişliği konusu oluşturmaktadır.

Kanunsuz suç olmaz ilkesine uygunluk bakımından, kanunda erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenlemenin bulunması tek başına bir anlam ifade etmez. Kanunda 7. maddeye görünüşte uygun bir düzenleme bulunsa bile, eğer bu düzenleme açıkça yanlış veya mantıksız bir biçimde yorumlanıyorsa, esasen ortada bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmesini sağlayabilecek bir norm da yok demektir. Bu itibarla Mahkeme, yukarıda 7. maddeye uygun olarak kodifiye edildiğini kabul ettiği silahlı terör örgütüne üye olma suçunun pratikte de 7. maddenin öngördüğü korumayı sağlayıp sağlamadığını denetlemiştir.

Dava konusu olayda hatırlanacağı üzere başvuruçunun silahlı terör örgütü üyesi olduğuna hükmedilmesini sağlayan temel delil *ByLock* kullanmış olmasıdır. Yerel mahkeme mahkûmiyet kararı verdiği esnada elinde **iletışim içerikleri de bulunmamaktadır**, bir başka deyişle programın yalnızca kullanımı dolayısıyla mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Her ne kadar *Bank Asya*'ya para yatırma ve bir sendika ve derneğe üye olma gibi başka “deliller”<sup>33</sup> de mevcut olsa da bunların yalnızca destekleyici deliller olduğu hükümet beyanlarında da kabul edilmiştir.

*ByLock* kullanımının silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı mahkûmiyet hükmü kurulmasına sebebiyet vermesi, meselenin suçun unsurları bakımından yeniden değerlendirilmesini gerektirmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere silahlı terör örgütü üyeliğinin şartları; örgüte katılma, örgüt hiyerarşisi içinde

<sup>33</sup> Esasen bu olguların delil niteliği de şüphelidir (hatta dernek ve sendika üyeliğinin bu kapsamda mütalaa edilmesi bizatihi 11. maddenin ihlali sayılmıştır) ancak bu sorun bu noktada tartışma konusu yapılmayacaktır.

yer alma ve tam bir teslimiyet içinde emir almaya ve yerine getirmeye hazır olmadır. *Kanundaki belli suçları işlemek amacıyla* bir örgütün kurulması, yönetilmesi veya bu örgüte üye olunması söz konusu olduğundan bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecektir. Başvurucunun bu suçu işlediğinden bahisle hakkında mahkûmiyet kararına hükmedilebilmesi için; *ByLock* kullanımının ispat edilmesiyle veya başka delillerle, bu unsurların tümünün tespit edilmesi ve bu bağlamda silahlı örgüt üyesi olduğunun sabit olması gerekir (CMK m. 223, f. 5).

Türk hukukunda *ByLock* kullanımına atfedilen delil değeri, Yargıtay kararlarından takip edilebilmektedir. Hükümet savunmasında da belirtildiği üzere, *ByLock* programının yalnızca indirilmiş olması terör örgütü üyeliği bakımından delil değeri taşımamakta<sup>34</sup>, programa kaydolunup kaydolunmadığı ve program vasıtasıyla başka kullanıcılarla iletişim kurulup kurulmadığı değerlendirilmektedir<sup>35</sup>. Bilindiği üzere, elde edilen veriler, bir kullanıcının hangi tarihlerde hangi kullanıcı ile ne sıklıkta iletişim kurduğunu ve bu iletişimin muhtevasını tespitte elverişlidir. İletişim içerikleri mevcut olmasa dahi, bir kişinin *ByLock* programını indirdiği ve program vasıtasıyla başka kişilerle iletişim kurduğu tespit edilebilmiş ise, bu delil tek başına silahlı terör

<sup>34</sup> “*ByLock* programını telefonuna indirdiğini fakat kullanmadan sildiğini savunan sanığın, *ByLock* uygulamasını kullandığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde teknik verilerle tespiti halinde, *ByLock* kullanıcısı olduğuna dair delilin atılı suçun vasfının tayini açısından belirleyici nitelikte olması karşısında, ilgili birimlerden ayrıntılı *ByLock* tespit ve değerlendirme raporu getirilip değerlendirilerek CMK’nın 217. maddesi uyarınca duruşmada sanık ve müdafine okunup diyecekleri sorulduktan sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 16. CD, 11.02.2019 tarih ve E.2018/5762, K.2019/749 sayılı kararı.

“*Adli işlemlerde de programın cihaza indirilmesi değil anılan uygulamaya kayıt olunması ve örgütsel amaçla kullanılması esas alınmıştır. Nitekim adli makamların tespitlerine göre surf ByLock’u cihazına indirdiği gerekçesiyle kimse hakkında soruşturma başlatılmamıştır. Buna rağmen aksinin iddia edilmesi hâlinde soruşturma ve yargı organlarının bu hususun araştırıldığı görülmektedir.*” Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020, §158.

<sup>35</sup> “*ByLock* iletişim sisteminde bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiğinin ve içeriğinin tespiti mümkündür. Bu kapsamda, bağlantı tarihi ve bağlantıyı yapan IP adresi ile hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının belirlenmesi durumunda, somut olayın koşullarına göre kişinin bu özel iletişim sisteminin bir parçası olduğu kabul edilecek, ayrıca bu ağa dahil olan kişilerin ağ içinde başka kişi ya da kişilerle yaptıkları görüşme içeriklerinin olması da aranmayacaktır. Haberleşmelerin kimlerle yapıldığının ve içeriklerinin tespiti ise, kişinin terör örgütü içindeki hiyerarşik konumunun (örgüt yöneticisi/örgüt üyesi) belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/16. MD-956, 26.09.2017 tarih ve K.2017/370 sayılı kararı. Bu minvalde ayrıca bkz. Ejder Güzel Başvurusu, 2020/13491, 12.04.2023.

üyeliliği suçunun sübutu için yeterli görülmektedir<sup>36</sup>.

Anayasa Mahkemesi de Yargıtay'ın bu içtihadının hukuka aykırı olmadığı kanısındadır. *Ferhat Kara Başvurusu*'nda AYM, her ne kadar ByLock delilinin tek başına mahkumiyete esas teşkil etmesini -ikincillik ilkesi dolayısıyla- açıkça onaylamasa da “*Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemelere aittir. Bu konuda değerlendirme yapmak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Dolayısıyla bir delilin tek başına örgüt üyeliliği suçunun sübutunda yeterli olup olmadığını değerlendirmek derece mahkemelerinin takdirindedir. Derece mahkemeleri sanık ile doğrudan doğruya temasta olduğu ve delilleri ilk elden inceleme fırsatı bulduğu için bu konuda Anayasa Mahkemesine kıyasla daha elverişli konumdadır*”<sup>37</sup>.” tespitinde bulunmuş ve ByLock delillerinin mahkûmiyet kararında tek ve belirleyici delil olarak kullanılmayacağı yönündeki itirazın açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Bu anlamda tıpkı Yargıtay gibi, ByLock kullanımının silahlı terör örgütü üyeliliği suçunun bütün unsurlarını tek başına delillendirdiğini kabul ederek, yargılamada sanığın gerçekten ByLock kullanıp kullanmadığının tespitine önem atfetmektedir:

<sup>36</sup> “*Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.09.2017 tarih, 2017/16.MD-956 E.2017/370 sayılı kararı ile onanarak kesinleşen Dairemizin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 24.04.2017 tarih, 2015/3 Esas, 2017/3 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının her türlü şüpheden uzak, kesin kanaata ulaştırılacak teknik verilerle tespiti halinde kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacağına kabul edildiği gözetilerek; ByLock kullanıcısı olduğunu kabul etmeyen ve aleyhine başka yeterli delil de bulunmayan sanığın, ByLock uygulamasını kullandığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde teknik verilerle tespiti halinde, kullanıcısı olduğuna dair delilin suç vasfının tayini açısından belirleyici nitelikte olması karşısında...*” Yargıtay 16. CD, 02.05.2018 tarih ve E.2018/395, K.2018/1566 sayılı kararı.

“*Bu itibarla, failin bilerek ve isteyerek ByLock sunucusunda kayıtlı bir User-ID aldığına belirlenmesi; ByLock sistemine dahil olup ancak bir örgüt üyesinin sahip olabileceği gizli haberleşme imkânına kavuştuğunun, dolayısıyla en azından FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyesi olduğunun kabulü için gerekli ve yeterli olacaktır. Ayrıca bu ağa dahil olan kişilerin ağ içerisinde başka kişi ya da kişilerle yaptıkları görüşme içeriklerinin olması da aranmayacaktır. ByLock sistemine dahil olan failer yönünden sistem içerisindeki haberleşmelerin kimlerle yapıldığının ve içeriklerinin tespiti ise ancak fail hakkında örgüt yöneticiliğinden dava açılmış olması ve failin örgüt yöneticisi olduğunun belirlenmesi açısından mevcut delillerin yetersiz görülmesi hâlinde yol gösterici olacaktır.*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.06.2019 tarih ve E.2018/16-418, K.2019/513 sayılı kararı.

<sup>37</sup> Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020, §160.

**“Buna göre örgüt üyeliği açısından tek delilin ByLock kullanımı olduğu hâllerde User-ID, şifre ve grup elemanlarını içerir “ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı” dosyaya getirilmeli, anılan tutanağın temin edilememesi hâlinde operatör kayıtları ile eşleştirme yapılmak üzere BTK’dan getirilen HIS (CGNAT) kayıtları ile HTS sonuçları karşılaştırılıp belirtilen hat üzerinden ByLock kullanan kişinin sanık olup olmadığı doğrultusunda bilirkişiden teknik rapor alınarak karar verilmelidir<sup>38</sup>.”**

ByLock kullanımının suç olarak kabul edildiği ve bu durumun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddiasına karşılık ise AYM, **“Başvurucunun ByLock kullanma fiilinden değil örgüt üyeliği suçundan mahkûm olduğu vurgulanmalıdır. Bu açıdan derece mahkemesinin ByLock kullanımını suç olarak nitelendirmesi söz konusu değildir. Derece mahkemesi, başvurunun ByLock kullanmış olmasını örgüt üyeliği suçunu işlediğinin bir delili olarak kabul etmiştir. Bu sebeple başvurunun suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiği iddiasının incelenabilir bir temeli bulunmamaktadır.”** tespitinde bulunmaktadır<sup>39</sup>.

AIHM’in değerlendirmesine göre ise, iletişim içerikleri veya başkaca bir delil olmaksızın, salt ByLock isimli programın kullanılmış olması, silahlı terör örgütü üyeliği suçunun yukarıda belirtilen unsurlarının, bilhassa manevi unsurun varlığının sabit olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme, ByLock kullanımının, başvurunun FETÖ/PDY’nin terör suçları işleme amacını bilerek hareket ettiğini, örgütün iradesine teslim olduğunu ve hiyerarşisinin bir parçası olarak eylemlerine katıldığını nasıl kanıtladığını anlayamadığını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, hükümetin (Yargıtay’ın yerleşik içtihadına dayanan) ByLock’un terör örgütü üyelerince münhasıran kullanıldığı yönündeki argümanını<sup>40</sup>, *Akgün v. Türkiye* kararındaki içtihadını devam

<sup>38</sup> Y. Y. Başvurusu, 2020/22966, 19.10.2022, §35.

<sup>39</sup> Bestami Eroğlu Başvurusu, 2018/23077, 17.09.2020, §160. Bununla birlikte bu tespitin, başvurunun **“ByLock kullanımının olay tarihinde suç olmadığı, daha sonradan suç haline getirildiği halde bu hükmün geriye yürütülerek cezaya hükmedilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu”** şeklindeki açıkça temelsiz ve yanlış iddiasına karşılık yapıldığı da ifade edilmelidir. Ancak unutulmamalıdır ki Anayasa Mahkemesi, başvurunun hukuki nitelendirmesiyle bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini bizzat takdir eder. Bu itibarla, eğer bu yönde bir irade ortaya koymak istenilmiş olsaydı, AIHM’in yaptığı gibi *de facto* suç ihdasının mevcut olup olmadığı da kararda tartışılabilirdi.

<sup>40</sup> **“ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu terör örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate**



ettirerek<sup>41</sup>, kabul etmemiştir.

Mahkeme'nin değerlendirmesine göre, *ByLock* kullandığı iddia edilen bir kişinin sırf bu nedenle silahlı terör örgütü üyesi olduğuna yönelik bir kabul, başvuruçunun kendisini temize çıkarmasını da imkânsız hale getirmektedir ve bu bağlamda 7. maddeye aykırılık teşkil eder. Mahkeme'nin bu ifadeler ile kast ettiği husus şudur: Mademki cezalandırılan *ByLock* kullanımı değil örgüt üyeliğidir, **şu hâlde bir kişi *ByLock* kullandığında dahi, eğer örgüt üyesi değilse bunu ispat edebilecek ve kendisini aklayabilmesini sağlayacak imkanlara sahip olmalıdır.** Bu 7. maddenin bir gereğidir. Halbuki Türk hukukundaki uygulama, *ByLock* kullanıcılarını doğrudan örgüt üyesi olarak cezalandırmak şeklinde olduğundan, başvuruçuya ve onunla aynı durumda olan kişilere bu hak tanınmamış olmaktadır. Böyle bir yorum tarzı, *ByLock* kullanımını, failin örgüt üyeliğine ilişkin kastının aranmasını devre dışı bırakan, onu neredeyse bir “objektif sorumluluk” şekline büründüren bir unsura dönüştürmektedir ki bu 7. maddeye aykırı bir duruma sebebiyet vermektedir.

Bu sorunun bir **kanunsuz suç** şekli mi yoksa delillerin yanlış değerlendirilmesi veya vakıayı temsil etmeyen bir delille mahkûmiyet hükmü kurulması dolayısıyla **delil değerlendirme sorunu** mu olduğu hakimler arasında da tartışma konusu olmuştur. Çoğunluk yukarıdaki gerekçelerle Türk hukukunda bir kanunsuz suç ihdas edildiğini kabul etmiştir. Azınlıkta kalan altı hâkim ise olaydaki sorunun bir delil değerlendirme sorunu olduğunu ve

---

*ulaştırarak teknik verilerle tespiti, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacaktır...”* Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/16.MD-956, 26.09.2017 tarih ve K.2017/370 sayılı kararı.

<sup>41</sup> “*ByLock* şifreli mesaj uygulamasının, Hükümet'in iddia ettiği gibi, söz konusu örgüt içinde gizli iletişimin sağlanması için münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından kullanıldığını göstermediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkeme, ilke olarak, yalnızca şifreli bir iletişim aracı yükleme veya kullanma eyleminin veya gönderilen ve alınan mesajların özel niteliğinin başka herhangi bir biçimde korunması eyleminin tek başına, yasa dışı veya suç teşkil eden bir faaliyetin söz konusu olduğuna dair tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek bir unsur teşkil edemediğini vurgulamak istemektedir. Nitekim şifreli bir iletişim aracının kullanımı, örneğin gönderilip alınan mesajların içeriği veya gönderildikleri bağlam gibi kullanımıyla ilgili diğer unsurlar veya bununla ilgili başka türden unsurlar tarafından desteklendiğinde, nesnel bir gözlemciyi, kullanıcılarının bir suç örgütüne üye olduğundan şüphelenmek için makul bir nedenin varlığına ikna edebilecek delil unsurlarından bahsedilebilir. Ayrıca ulusal hâkime bu türden bir kullanımla ilgili sunulan bilgiler, bu hâkimin, söz konusu mesaj uygulamasının, gerçekten sadece bir suç örgütünün üyelerinin kullanımına yönelik olduğu sonucuna varmasına imkân verebilecek şekilde yeterince spesifik olmalıdır. Hâlbuki bu unsurlar somut olayda bulunmamaktadır.” Akgün v. Türkiye, 19699/18, 20.07.2021, §173.

bunun bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmesi ile değil, bu fiilden dolayı mahkûm edilme olasılığı ile ilgili olduğunu ve bu itibarla 7. madde ile ilişkili olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanaatimizce de salt *ByLock* kullanımı, örgütün katmanlı yapısı<sup>42</sup> ve *ByLock*'un, örgütün bir silahlı terör örgütü olduğu konusunda bilgi sahibi olmayan tabanına da yayıldığı gerçeği karşısında, failin silahlı terör örgütü üyeliği suçuna yönelik olarak doğrudan kastla hareket ettiğini göstermez<sup>43</sup>. Bu noktada önemle bir kez daha altı çizilmelidir ki, ne AİHM tarafından verilen kararda başvuru bakımından manevi unsurun

<sup>42</sup> Örgütün katmanlardan oluşan yapısı, kısaca şöyle izah edilmektedir: “Örgütün hiyerarşik yapılanması tabaka-kat sistemine dayanır. Katlar arasında geçişler mümkün ise de, dördüncü kattan sonrasındaki geçişleri önder belirlemektedir. Katlar şu şekildedir:

a) Birinci Kat (Halk Tabakası): Örgüte iman ve gönül bağı ile bağlı olanlar; fiili ve maddi destek sağlayanlardan oluşur. Bunların bir çoğu örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayan bilinçli veya bilinçsiz hizmet ettirilen kesimdir.

b) İkinci Kat (Sadık Tabaka): Okul, dersane, yurt, banka, gazete, vakıf ve kurum görevlilerinden oluşan sadık gruptur. Bunlar örgüt sohbetlerine katılan, düzenli aidat ödeyen, az veya çok örgüt ideolojisini bilen kişilerdir.

c) Üçüncü Kat (İdeolojik Örgütlenme Tabakası): Gayri resmi faaliyetlerde görev alan, örgüt ideolojisini benimseyen ve ona bağlı çevresine propaganda yapan kişilerdir.

d) Dördüncü Kat (Teftiş Kontrol Tabakası): Bütün hizmeti (legal ve illegal) denetler. Bağlılık ve itaatte dereceye girenler buraya yükselir. Bu tabakaya girenler örgütte çocuk yaşta kazandırılanlardan seçilir. Örgüte sonradan katılanlar genellikle bu katta ve daha üst katlarda görev alamazlar.

e) Beşinci Kat (Organize Eden ve Yürüten Tabaka): Üst düzey gizlilik gerektirir. Birbirlerini çok az tanırlar. Örgüt lideri tarafından atanan ve devletteki yapıyı organize edip yürüten kişilerdir.

f) Altıncı Kat (Has Tabaka): Örgüt lideri Fethullah Gülen tarafından bizzat atanan ve lider ile alt tabakaların irtibatını sağlayan, örgüt içi görev değişiklikleri yapıp azıllere bakan kişilerdir.

g) Yedinci Kat (Kurmaya Tabaka): Örgüt lideri tarafından doğrudan seçilen ve on yedi kişiden oluşan örgütün en seçkin kesimidir.

Örgütün deşifre olmaması ve Devletin örgüt yapısını çözmekte zorlanması için örgüt hücre tipinde yatay yapılanmaya özen göstermiştir. Hücreler genellikle en fazla beş kişiden oluşan ve bir abla veya abiye bağlı birimlerdir. Hücredeki kişi sayısı bazı kurumlarda üç, TSK gibi bazı kurumlarda ise birebirdir. Her hücrede sorumlu bir imam vardır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.09.2017 tarih ve E.2017/16.MD-956, K.2017/370 sayılı kararı.

<sup>43</sup> Özgenç'in de isabetle belirttiği üzere, “Kişi, kapalı devre bir iletişim ağı olduğunu bilerek bu sisteme dahil olmuş olabilir. Ancak, salt bu bilgi ceza hukuku sorumluluğu için yeterli değildir. Şayet kişi, **bu programın bir suç örgütünün üyelerine münhasır kapalı devre bir iletişim aracı olduğu ve bu program üzerinden suç işlenmesine yönelik bir faaliyet icra edildiği bilgisine sahip ise, en azından suç örgütü üyeliğinden dolayı sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir.**” Özgenç, Suç Örgütleri, s. 128.



varlığına veya yokluğuna ilişkin maddi gerçeklik sorgulanmaktadır ne de bu çalışmada böyle bir sorgulama yapılmaktadır. Eleştiri konusu yapılan husus, yargılama organının manevi unsuru araştırması gerekirken bunu yapmamış olmasıdır.

Başvurucunun salt *ByLock* kullanması dolayısıyla hakkında mahkûmiyet kararına hükmedilmesi durumu, kanaatimizce, çoğunluğun görüşüyle de uyumlu olarak, bir delil değerlendirme sorunundan çok kanunsuz suç örneği teşkil etmektedir. *ByLock* kullanıcısı olmanın doğrudan silahlı terör örgütü üyeliği suçundan dolayı mahkûmiyete esas teşkil etmesi ve ceza muhakemesinin tek fonksiyonunun *ByLock*'a *Mor Beyin* veya benzeri bir surette hataya düşülerek bağlanılıp bağlanılmadığının tespiti olması, *ByLock* kullandığı tespit edilen bir kişinin, örgüt üyesi olmadığını mahkeme önünde kanıtlayabilme şansının da uygulamada mevcut olmadığı göz önüne alındığında, silahlı terör örgütü üyeliği suçuna ilişkin normun sağladığı uyarı ve davranışların sonuçlarını öngörebilmeyi sağlama fonksiyonu ortadan kalkmaktadır. Her ne kadar ceza normu silahlı terör örgütü üyeliğini yasaklamakta ve cezalandırmakta ise de, bu norma dayanarak yapılan yargılama, fiilin *ByLock* yazılımını kullanmak olduğu ve yargılamanın bu yazılımın kullanılıp kullanılmadığını tespit zımında olduğu yeni bir suç tipine *de facto* vücut veriyor gibi görünmektedir<sup>44</sup>.

Hem kararın karşı oy yazısında hem de Anayasa Mahkemesi'nin *Bestami Eroğlu Başvurusu*'ndaki kararında, kanunilik ilkesinin ihlal edilmediğine yönelik olarak "*ByLock* kullanımının yerel mahkemece fiil olarak değil, delil olarak addedildiği" argümanına vurgu yapılmaktadır. Bu görüşe katılabilmemiz mümkün değildir. Bir olgunun yargılamada mahkemece "fiil" olarak mı yoksa "delil" olarak mı adlandırıldığı bir *semantik* sorundur. İhlalin tespiti bakımından önemli olan husus, yargılamada **o olguya bağlanan hukuki sonuçlardır**. Yukarıda ortaya koyduğumuz gerekçelerle, esasen suç teşkil eden fiile bağlanması gereken hukuki sonuçların *ByLock* kullanımına bağlandığı ve gerçekten de bu kabulün failin silahlı terör örgütü üyeliği suç bakımından doğrudan kastla hareket edip etmediğinin araştırılmasına yer bırakmadığı kanaatindeyiz. Bu itibarla bu olgunun kararda "delil" olarak isimlendirilmiş olmasının kendi başına bir anlamı bulunmamaktadır.

<sup>44</sup> Aynı yönde **Şen, Ersan, Eryıldız, H. Sefa**, *Suç Örgütü*, 2022, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 817. Yazarlara göre, böyle bir yorum tarzı "şekli suç" mantığı ile, manevi unsur değerlendirilmeksizin yalnızca suçun maddi unsuruna itibar edilerek cezalandırma anlamına gelecektir ki; *ByLock* yükleyip kullanmış olan herkesin cezalandırıldığı böyle sınırsız bir cezalandırma anlayışı kabul edilemez.

Kanaatimizce doğru yaklaşım, *Aydın Yavuz Başvurusu*'nda Anayasa Mahkemesi'nce halihazırda ortaya konulmuş bulunmaktadır. AYM'ye göre "...FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen "ByLock" uygulamasının kullanıcısı oldukları tespit edilmiştir. Anılan uygulamanın özelliklerine ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma mercilerinde yapılan tespit ve değerlendirmeler gözönüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilmesi mümkündür. **Bu belirtinin derecesi elbette söz konusu uygulamanın ilgili kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı, kullanım şekli, kullanım sıklığı, haberleşme yapılan kişilerin FETÖ/PDY içindeki konumu ve önemi, haberleşmenin içeriği gibi hususlara bağlı olarak her somut olayda farklı olabilir**<sup>45</sup>."

7. maddeye uygunluk bağlamında, yapılacak yargılamalarda *ByLock* kullanımının hukuki sonuçları bakımından fiil değil delil olarak kabul edilmesi ve buna uygun hareket edilmesi gerekir. Bunun için, silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı mahkûmiyet sonucu **kategorik olarak *ByLock* kullanımına bağlı bir biçimde doğmamalı**; *ByLock* kullanımının mevcudiyeti, tarz ve yoğunluğu silahlı terör örgütü üyeliğinin tespiti bakımından birer delil olarak kullanılmalı ve bu doğrultuda hüküm kurulmalıdır<sup>46</sup>.

## 2.2. 6. Maddenin İhlali Hakkında Verilen Karar

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasında, Mahkeme'nin AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiğine yönelik incelediği hususlar genel olarak iki grupta toplanabilir. Bunlardan ilki *ByLock* verilerinin ceza muhakemesinde hukuka uygun bir delil olarak kullanılabilirliği, ikincisi ise muhakeme sırasında savunmanın *ByLock* verilerini silahların eşitliği ilkesine uygun olarak mahkeme önünde tartışabilmesidir.

*ByLock* verilerinin hukuka uygun bir delil olarak ceza muhakemesinde kullanılabilirliği meselesi bağlamında delillerin bir istihbarat faaliyeti çerçevesinde toplanmış olması, delillerin elde edilme yöntemi, elde edilen delilin korunması ve güvenilirliğinin sağlanması hususları kararda ele alınmaktadır.

*ByLock* verilerinin bir delil olarak mahkeme önünde tartışılması meselesi

<sup>45</sup> Aydın Yavuz Başvurusu, 2016/22169, 20.06.2017, §267.

<sup>46</sup> Aynı yönde Şen/Eryıldız, s. 818.

bağlamında ise delillerin savunma makamıyla (tümüyle) paylaşılması, savunmanın delillere yönelik öne sürdüğü itirazların yargılama makamınca karşılanması, savunmanın delillerle doğrudan temasa geçememesi nedeniyle içinde bulunduğu dezavantajlı durumun dengelenmesi için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı meseleleri değerlendirilmiştir.

#### 2.1.4. ByLock Verilerinin Delil Olarak Kullanılabilirliği

AİHM tarafından 6. maddenin ihlali bağlamında yapılan ilk değerlendirme, ByLock verilerinin delil olarak kullanılabilirliği meselesine ilişkindir. MİT tarafından Litvanya'dan elde edilen bu verilerde kullanıcı listeleri ve kullanıcılar arasındaki iletişim içerikleri yer almaktadır.

Bu noktada tartışılması gereken iki konu mevcuttur. Bunlardan ilki verilerin sıhhat ve güvenilirliği, ikincisi ise bu delilin hukuka uygun bir delil olarak ceza muhakemesinde kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ByLock verilerinin sıhhati, bütünlüğünün ve güvenilirliğinin sağlanması hususunda alınan tedbirler ve bu konuda hazırlanan raporlar, özü itibarıyla birer ispat meselesidir ve bu nedenle üzerinde durulmayacaktır. Bu konuda hükümet, verilerin korunmasına ve doğrulanmasına yönelik bazı tedbirler aldığını belirtmiş, AİHM de bu tedbirlerin en azından yetersiz olduğuna yönelik bir değerlendirmede bulunmamıştır<sup>47</sup>. Özü itibarıyla ceza hukuku uzmanlık alanı dışında kalan bu hususlar, son tahlilde ceza mahkemesinin takdirindedir.

Yalnızca belirtmelidir ki, *ByLock* verilerinin güvenilir olmadığı yönündeki bir iddianın yargılama makamınca değerlendirilmesi için bu iddianın somut ve ciddi olması gerekir. Veriler üzerinde oynama yapılmış olabileceğine yönelik soyut mülhazalar bu verilerin delil niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Nitekim Mahkeme de kararında MİT ve EGM'nin birer kamu otoritesi olarak iyi niyetle hareket ettiği yönündeki karineyi çürütecek somut bir bulgunun olmadığını kabul etmiştir. Aşağıda da değerlendirileceği üzere, bu noktada yargılama makamına terettüp eden tek yükümlülük, bu yöndeki iddiaları ciddiyetle değerlendirmek ve verilerin güvenilirliğini sınamak için gerekli tedbirlere başvurmaktır.

İkinci konu ise *ByLock* verilerinin elde edilmesi ve delil olarak mahkeme

<sup>47</sup> Dijital verilerin toplanması ve güvenilirliğinin sağlanmasına dair geniş bilgi için bkz. **Değirmenci**, s. 197-269.

önüne getirilmesidir. *ByLock* verilerinin MIT tarafından elde edilmesinin hukuki dayanağı, 2937 sayılı Kanun'un sayılı Kanun m. 4, f. 1, bent a ve i, ve m. 6, f. 1, bent d ve g hükümleridir. İlgili hükümlere göre,

#### **Madde 4-**

##### **(1) ...**

*a) Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.*

...

*i) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.*

#### **Madde 6-**

*Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır.*

##### **(1)...**

*d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir.*

...

*g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir*

*(2) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması,*

*Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Teşkilat Başkanı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir; dinlenebilir; sinyal bilgileri değerlendirilebilir; kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, MİT tarafından kurulan merkez veya 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür.*

Kuşkusuz, terörizmin önlenmesine yönelik olarak yürütülen istihbari faaliyetler adli soruşturma faaliyeti niteliğinde değildir. Bu itibarla, istihbari faaliyetler sırasında elde edilen verilerin doğrudan ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilmesi de mümkün olmayacaktır. Özellikle de 2937 sayılı Kanun'un "Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler; Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez" hükmü karşısında bu verilerin belli suçların kovuşturulması haricinde kullanılamayacağı açıktır. Bununla birlikte, bir istihbarat faaliyeti sonucunda elde edilmiş olan delillerin, genel hükümler uyarınca adli makamlara iletilmesi mümkündür, hatta "...üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak" (2937 s. K., m. 4, bent i) ibaresi uyarınca delillerin adli makamlara iletilmesinin MİT'in görevi olduğu da ileri sürülebilir<sup>48</sup>.

MİT tarafından elde edilen veriler, ByLock verilerini içerir bir HDD ve kullanıcı listesini içerir bir flash bellek halinde Ankara Cumhuriyet

<sup>48</sup> Bu husustaki tartışmalar ve daha geniş değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Şen/Eryıldız**, s. 811 vd., **Kızılırmak, Baran**, Önleyici Amaçla Elde Edilen Verilerin Ceza Muhakemesinde Kullanılabilirliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 202 vd. Belirtmek gerekir ki yazara göre, 2937 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde yer alan "Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler; Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez." hükmü karşısında adli mercilerin mezkur suçlar dışındaki suçların soruşturulması ve kovuşturulması bağlamında bu delilleri isteme imkanı olmadığı gibi, bu delillerin o makamlarca istenmeksizin MİT tarafından tevdi edilmesi de kanunun dolanılması anlamına gelecektir.

Başsavcılığı'na teslim edilmiştir. Başsavcılık, Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği'nden CMK m. 134 uyarınca dijital veriler üzerinde inceleme, kopyalama, çözümleme işlemi yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğince 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi uyarınca talep kabul edilmiş ve “*dijital materyaller üzerinde inceleme yapılması, kopya çıkarılması ve kopya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak metin haline getirilmesi için bir kopyasının Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine*” karar verilmiştir<sup>49</sup>.

Yargıtay'a göre adli soruşturma bu noktada başlamış olmaktadır ve mezkûr raporların delil olarak kullanılabilmesi bir hukuka aykırılık teşkil etmemektedir<sup>50</sup>. *Ferhat Kara Başvurusu*'nda Anayasa Mahkemesi de MİT'in görevi sırasında elde ettiği dijital verileri içinde bir suç olgusunun varlığının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi için adli makamlara tevdi etmesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı tespitini yapmaktadır<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Sürece dair özet bilgi için ayrıca bkz. Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020, §25 vd.

<sup>50</sup> “MİT tarafından yasal olarak elde edildiği kabul edilen dijital materyaller Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildikten sonra adli sürecin başlatıldığı ve CMK 134. maddeye göre dijital materyaller üzerinde Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinden “inceleme, kopyalama ve çözümleme” kararı alınıp uygulandığı, yine Dairemizce alınan ara kararı gereğince CMK 135.maddesi uyarınca sanıkların HTS raporlarının getirilmesine karar verildiği tespit edilmiştir.” Yargıtay 16. CD, 24.04.2017 tarih ve E. 2015/3, K. 2017/3 sayılı kararı.

<sup>51</sup> “Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına soyut ve genel nitelikte olan, duyumaya dayalı istihbari bilgilerin değil FETÖ/PDY'nin üye ve yöneticilerinin gizli iletişim aracı olduğu değerlendirilen bir uygulamaya ilişkin dijital verilerin teslim edildiği gözardı edilmemelidir. MİT'in görevi kapsamındaki bir çalışması esnasında rastgeldiği dijital materyalleri, içeriğinde suça konu olguların bulunup bulunmadığının incelenmesi -bu bağlamda maddi gerçeğe ulaşılması- için ilgili adli makamlara/soruşturma mercilerine iletmesi -sadece teslim eden kurumun niteliğinden dolayı- o verileri hukuka aykırı kılmaz.

*Adli makamların kendisine teslim edilen verileri test etme; dijital materyallerle ilgili olarak onların gerçekliği veya güvenilirliğine ilişkin gerekli araştırma, inceleme ve değerlendirmede bulunma yetkisi her zaman bulunmaktadır. Nitekim adli makamlar söz konusu veriler kendilerine teslim edildikten sonra -dijital verilerde arama ve inceleme yapılmasına dair- ilgili usul kanununda yer alan kurallar çerçevesinde ve gerekli olan koruma tedbirine yönelik görevli hâkimlikler tarafından verilen kararlar doğrultusunda yetkili kolluk birimleri marifetiyle veriler üzerinde inceleme ve araştırmalar yaparak soruşturma işlemlerini yürütmüş; bu çerçevede ilgili diğer kurum ve kuruluşlardan da gerekli görülen bilgi, belge ve deliller temin edilmiştir. Ayrıca savunma tarafı da -adil yargılanma hakkı kapsamındaki silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda- bu dijital materyallerin gerçekliğine veya doğruluğuna itiraz etme ve bunların kullanılmasına karşı çıkma imkânına her zaman sahiptir.*

*Sonuç olarak anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan bir terör örgütüyle ilgili*

Kanaatimizce *ByLock* verilerinin elde edilişi ve kanuni dayanakları itibarıyla delil değeri müstakil bir çalışmayı gerektiren bir husus olup, bu çalışmanın amaçları bakımından ayrıca tartışılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira bu konuyu daha önce ele almış olan başkaca çalışmalar mevcut olduğu gibi<sup>52</sup>, AİHM 6. maddeye ilişkin değerlendirmesinde bu cihetten bir ihlal gerekçesine de kararında yer vermemiştir. Bu itibarla yalnızca, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının aksine, *ByLock* verilerinin delil olarak kullanılmayacağına dair görüşlerin de bulunduğunu belirtmekle yetineceğiz<sup>53</sup>.

Nihayet, *ByLock* verilerinin, Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği'nin 09.12.2016 tarihindeki kararından önce halihazırda işlenmiş olduğu, bu verilerin bu tarihten önce başvurusunun da aralarında bulunduğu kişilerin soruşturulmasında ve tutuklanmasında delil olarak kullanıldığı yönündeki iddia, bir ispat sorunudur. Bu itibarla bu iddialar eğer doğruysa izlenen yöntemin hukuka aykırı olduğunu belirtmekle iktifa etmekteyiz. *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davası bakımından Türk mahkemelerine terettüp eden görev, kararda da belirtildiği üzere başvurusunun daha önce cevapsız bırakılan bu iddialarını değerlendirmek ve gerekçeli kararda bu hususu tartışmaktır<sup>54</sup>.

### 2.2.2. ByLock Verilerinin Mahkeme Huzurunda Tartışılması

Mahkeme tarafından 6. maddenin ihlali bağlamında yapılan ikinci değerlendirme, *ByLock* verilerinin -ve bu esnada diğer delillerin- adil yargılanma hakkı ile güvence altına alınmış olan silahların eşitliği ve çekişmeli

---

*istihbarat çalışmaları sırasında rastlanan ByLock uygulamasına ilişkin verilerin bu örgütle ilgili olarak yürütülen soruşturmalar/yargulamalarda maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sunması amacıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmesinde ilk bakışta göze çarpan bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020, §134-136.*

<sup>52</sup> Konuya ilişkin literatür bilgisi için bkz. **Ateş Benek, Neslihan**, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2022, 10(2), 367-411, s. 394, dn. 104. Ayrıca bkz. **Ünal, Osman Gazi**, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

<sup>53</sup> Bu yönde değerlendirmeler için bkz. **Karabacak, Erkan**, *İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değeri: Bylock Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 101-103. Ayrıca bkz. **Şen/Eryıldız**, s. 812. Belirtmek gerekir ki yazarlar mevcut düzenlemelerin bu delillerin kullanılmasını mümkün kılmayacağını ifade eder yönde bir mütalaada bulunmakla birlikte, konunun çözümlenmesi için 2937 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde değişiklik yapılarak Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzene karşı işlenen suçların da ilgili hükümde sayılan istisnalara eklenmesini önermektedirler.

<sup>54</sup> Konuya dair daha geniş kuramsal açıklamalar için ayrıca bkz. **Yurtlu**, s. 282 vd.



yargı ilkesine uygun olarak mahkeme önünde tartışılıp tartışılmadığıdır<sup>55</sup>. Bu husustaki ihlal iddialarının temelinde, *ByLock* verilerinin mahiyeti dolayısıyla bütünüyle savunma makamı ile paylaşılmamış olması ve bu durumun savunma bakımından yarattığı zafiyet yer almaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere Mahkeme, ilke olarak bütün delillerin savunma makamı ile paylaşılmasını, savunmanın bu delillere karşı diyeceklerinin dinlenmesini ve mahkeme önünde bütün tarafların katılımıyla delillerin tartışılmasını silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak kabul etmektedir. Türk hukukunda da bu ilkeye verilen anlam budur ve CMK'daki çok sayıda hükümler silahların eşitliğinin sağlanması için tedbirler öngörülmiştir (CMK m. 177, 206, 217)<sup>56</sup>.

Bazı delillerin mahiyet itibarıyla savunma ile bütünüyle paylaşılması mümkün değildir. Mahkeme *Jasper v. Birleşik Krallık* davasında, milli güvenlik, tanıkların korunması, gizli soruşturma yöntemlerinin korunması, üçüncü kişilerin temel haklarının korunması ve kamu yararının korunması şeklinde beş gerekçeyle mümkün olabileceğini kabul etmiştir<sup>57</sup>, daha sonraki kararlarında da bu içtihadını korumuştur<sup>58</sup>. Anayasa Mahkemesi de *Yankı Bağcıoğlu Başvurusu*'nda *Jasper v. Birleşik Krallık* kararındaki bu gerekçelere atıfta bulunmaktadır<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi bağlamında savunmanın hakları ve bu esnada silahların eşitliği prensibinin gerekleri hakkında müşahhas çalışmalar için bkz. **Taner, Fahri Gökçen**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 2021, Ankara: Seçkin Yayınevi, **Nişancı, Dilaver**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları (AIHS 6. Madde Çerçevesinde)*, 2022, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 61 vd.

<sup>56</sup> Bu hususta bkz. **Gedik, Doğan**, "Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21 (Özel Sayı), 2019, 913-963, s. 920-921.

<sup>57</sup> Bu gerekçelerin daha geniş değerlendirmesi için bkz. *Jasper v. Birleşik Krallık*, 27052/95, 16.02.2000, §43-57.

<sup>58</sup> Bu hususta örneğin *Natunen v. Finlandiya*, 21022/04, 31.03.2009, *Dowsett v. Birleşik Krallık*, 39482/98, 14.05.2002.

<sup>59</sup> "Sözleşmenin 6. maddesi çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi yanında, iddia makamının bütün maddi delilleri açıklamasını gerektirir. Fakat suçlamaya konu delillere erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Ulusal güvenlik, tanıkların korunması vb. gibi tedbirlerle ve ancak zorunlu olduğu ölçüde savunma hakkı kısıtlanabilir. Bu amaçlarla bazı delillerin savunmadan saklı tutulması gerekebilir. Ancak savunma hakkını kısıtlayan bu yola kesinlikle gerekli olması halinde başvurulabilir. Böyle bir durumun varlığında bu sınırlamadan kaynaklanan zorlukların yargı makamlarınca başka usullerle mutlaka dengelenmesi gerekir. Bu usuller silahların eşitliği ilkesinin gereklerine uygun olmalı ve gerekli güvenceleri de içermelidir. **Bu imkanların sağlanamadığı ve gizlenen delilin belirleyici bir kanıt olduğu**



Yüksel *Yalçınkaya v. Türkiye* davasında tartışma konusu olan *ByLock* delillerinin kül halinde savunma makamı ile paylaşılmasının -bu veriler bütün kullanıcılara ait bilgileri içerdiğinden ve bunlar arasından yalnızca başvurunun bilgileri ayıklanarak kendisine verilmesi mümkün olmadığından- üçüncü kişilerin temel haklarının korunması ve milli güvenlik bakımından sorunlar doğuracağı kuşkusuzdur. Bu bağlamda *ByLock* verilerinin ham halde savunma ile paylaşılmaması, Mahkeme'nin yerleşik içtihadıyla çelişmemektedir. Nitekim Mahkeme de bu verilerin paylaşılmasını bir ihlal sebebi olarak mütalaa etmemiştir.

Bununla birlikte yargılamanın bir bütün olarak adil olabilmesi için, bazı delillerin savunma makamı ile paylaşılmaması biçiminde zuhur eden bir eksikliğin, yargılama makamı tarafından alınacak birtakım tedbirlerle dengelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. *Yalçınkaya v. Türkiye* kararında 6. maddenin ihlal edildiğine yönelik tespitin dayandığı temel husus, *ByLock* verilerinin bütünüyle paylaşılmamış olması değil, bu tedbirlerin alınmayışıdır.

Bu noktada, başvurunun Türkiye'deki yargılaması bakımından derhal belirtilmesi gereken ilk eksiklik, yukarıda zikrettiğimiz milli güvenlik ve üçüncü kişilerin temel haklarının korunması gerekçelerinin kendisine hiçbir zaman ifade edilmemiş, ham verilere erişme taleplerinin gerekçesiz olarak reddedilmiş olmasıdır<sup>60</sup>.

Başvurucu hakkında *ByLock* kullanımına ilişkin trafik bilgileri ve iletişim içerikleri, Litvanya'dan alınan veri tabanındaki ham veriler içerisinde elde edilebilir durumda olduğu halde, mahkemece *ByLock* Tespit ve Değerlendirme Tutanağı dosyaya dahil edilmeksizin karar verilmesi, bu hususta sanığın itirazlarına yanıt dahi verilmemesi CMK m. 217 uyarınca delillerin duruşmaya getirilmesi ve hâkim huzurunda tartışılması kuralına açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere, *ByLock* kullanımına ilişkin trafik bilgileri ve iletişim içerikleri, sanığın ceza sorumluluğunun tayininde önem arz eden hususlardır. Her halükârda mahkûmiyet hükmü kurulacağından bahisle bu deliller beklenmeden hüküm kurulması eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulmasından

---

*durumda silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olabilir.*" Yankı Bağcıoğlu Başvurusu, 2014/253, 09.01.2015, §73.

<sup>60</sup> Gerekçeli karar hakkı ve AİHM'in gerekçeli karar standartlarının bu çalışmada geniş olarak açıklanma imkanı bulunmamaktadır. Bu hususta bkz. **Bekri, Nedim**, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 2014, 205-222.

ötürü hukuka aykırı olmasının yanında<sup>61</sup>, bu deliller ile de temasa geçerek savunmasını yapması gereken sanığın savunma hakkını da ihlal etmektedir. AİHM'in isabetle belirttiği üzere, mahkûmiyet sonucuna son tahlilde etkisi olsun ya da olmasın, bu delillerin dosyaya girmesi halinde sanığın bu delilleri de kullanarak savunmasını güçlendirebilme olasılığı bulunduğu açıktır. Dolayısıyla bu delillerin dosyaya dahil edilmesini istemek, CMK m. 177 uyarınca savunma hakkının ve çekişmeli yargı ilkesinin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Başvurucunun ceza mahkemesi nezdindeki yargılamasının seyri hakkında tespitlerde bulunmak bu çalışmanın konusunu oluşturmamakla birlikte, bu hatalı uygulamadan halihazırda dönüldüğünü ve mevcut uygulamanın ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı dosyada yer almaksızın verilen mahkûmiyet kararlarının bozulması yönünde olduğunu belirtmekle yetineceğiz<sup>62</sup>. Anayasa Mahkemesi de güncel içtihadında ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nın dosyaya dahil edilmemesini, başka nedenler yanında, çekişmeli yargı ve silahların eşitliği ilkelerinin ihlali olarak kabul etmektedir<sup>63</sup>. Başka bir kararında ise bu tutanağın dosyaya sonradan girmesini de yeterli görmeyerek, bu tutanağın muhtevasının duruşmada tartışılmamasını adli yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir<sup>64</sup>. Görüldüğü üzere,

<sup>61</sup> Aynı yönde Özgeç, Suç Örgütleri, s. 129. Yazara göre "...yazılı olarak yapılan bütün iletişim içeriklerinin soruşturma ve kovuşturma dosyasına derç edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kurulan veya kurulacak olan hükümler eksik incelemeye dayalı olacaktır."

<sup>62</sup> Bu hususta detaylı bilgi ve Yargıtay içtihadından örnekler için bkz. Ejder Güzel Başvurusu, §23-28.

<sup>63</sup> Oğuzhan Aksoy Başvurusu, 2018/37293, 13.09.2022, §66.

<sup>64</sup> "Hâlbuki Mahkeme kararından sonra dosyaya girdiği anlaşılan bu tutanakların hükme esas alınabilmesi, Dairece açılacak duruşmada bu delillerin başvuru ve müdafine okunarak başvurucuya söz konusu delillere karşı itirazlarını etkili şekilde sunabilme olanağı sağlanması ile mümkündür. Başvurucunun Dairece yapılan duruşma öncesinde kendisiyle ilişkilendirildiğini belirttiği tutanağa dair savunmalarını içeren dilekçe göndermesi yeterli bir güvence olmadığı gibi, başvuru bildirdiği bu itirazla ilgili Dairece bir değerlendirme de yapılmamıştır. Bu durumda Dairenin mahkûmiyet için önemli ağırlıkta delil kabul ettiği ByLock kullanımının tespiti açısından hükme esas aldığı 1376 user-ID numarasına ilişkin ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nı -ve varsa ByLock tespitine dair diğer belgeleri- duruşmada başvuru ve müdafine okuyarak bunlara karşı iddia ve itirazlarını etkili şekilde sunma olanağı tanımaksızın hükme esas alması, başvuru iddia makamı karşısında usule ilişkin imkânlardan yararlanma noktasında önemli ölçüde dezavantajlı konuma düşürmüştür. Bu koşullarda Dairece izlenen yöntemin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gereklerine uygun olmadığı ve başvuru menfaatlerini koruyan güvenceler içermediği açıktır. Bu durum, yargılamanın bir bütün hâlinde adil olmaktan çıkmasına neden olmuştur." Y. Y. Başvurusu, 2020/22966, 19.10.2022, §37.

AİHM'in *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasında bu hususta ortaya koyduğu ölçütler, esasen Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin delil standardından farklı değildir.

Bu noktada başka bir hususa dikkat çekilmelidir: Şüpheli veya sanığın savunması bakımından *ByLock* verileri çifte bir önemi haizdir. Savunma makamı, yukarıda da belirttiğimiz gibi öncelikle *ByLock* verileri içinde kendisinin terör örgütü üyesi olduğu iddiasını doğrulayan kullanıcı bilgileri, iletişim içerikleri gibi bilgiler ile temasa geçerek bunlara ilişkin savunmasını yapabilmelidir. İkinci olarak ise, *ByLock* verilerinin bir bütün halinde ne anlama geldiğine yönelik de savunmasını yapabilir durumda olmalıdır. Unutulmamalıdır ki *ByLock* kullanımının silahlı terör örgütü üyeliğinin tek başına yeterli delili olarak kabul edilebilmesinin temel nedeni, bu programın terör örgütü üyelerince münhasıran kullanıldığı iddiasıdır. Savunmaya, yalnızca kendi bilgileri ve iletişim içerikleri bağlamında değil, münhasır kullanım argümanı bağlamında da hakkındaki iddiaları çürütebilecek imkânın tanınmış olması gerekir. Bu imkân, muhakkak bütün verilerin savunma ile paylaşılması anlamına gelmez. Ancak yargılama makamının bu argümanın doğruluğunu ciddiyetle değerlendirmesi, *ByLock*'un münhasıran terör örgütü üyelerince kullanıldığı kanaatine varabilecek somut delillerin dosyada bulunması ve **sanığın *ByLock*'u örgütsel amaçla kullandığının delillendirilebilmesi gerekir**<sup>65, 66</sup>.

Mahkeme, *ByLock*'un gizli örgütsel iletişim aracı özelliğinin yerel mahkemece tartışılmayarak, yalnızca önceki bazı kararlara atıfta bulunmasını yetersiz görmüştür. Mahkeme'nin *Akgün v. Türkiye* kararında da belirttiği üzere, böyle bir durumda somut olay hakiminin *ByLock* yazılımı hakkında bilgi sahibi olduğu söylenemeyecektir, çünkü bu takdirde [kendisinden önce verilen kararları aynen tekrar etmek suretiyle] dosya dışı unsurlara

<sup>65</sup> Anayasa Mahkemesi'nin *Ferhat Kara Başvurusu*'nda, "Suç isnadı altındaki kimseler de ***ByLock* kullanıcıları olduklarını gösterir delillerin gerçekliğine ve sıhhatine itiraz etme ve bunlara yönelik her türlü iddia ve taleplerini dile getirme imkânına soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin her aşamasında sahiptir.**" şeklindeki tespiti, bu çifte anlamı kaçırması (ve yargılamayı *ByLock* kullanımının tespitine indirgemesi) dolayısıyla eksiktir.

<sup>66</sup> Delil değerlendirmesi mahkemenin takdirinde bir husus olmakla birlikte, kanaatimizce örgütten bireye doğru giden "münhasır kullanım" argümanının kanıtlanması pratikte oldukça güçtür. Bunun yerine bireyin fiillerini ön plana çıkaran iletişim içerikleri, terör örgütü üyesi ya da yöneticisi olduğu mahkeme kararı ile sabit olmuş kişilerle *ByLock* üzerinden belli bir yoğunlukta iletişime geçildiğinin gösterilebilmesi gibi hususların delil olarak kullanılması, bir başka deyişle ***ByLock*'u örgütsel amaçla kullandığının kanıtlanması**, sanığın kendini temize çıkarabilme hakkını korumak ve adil yargılanmayı sağlamak açısından elzemdir.

dayanarak karar vermektedir<sup>67, 68, 69</sup>. Kanaatimizce yerel mahkemelerin her davada bu tartışmayı en baştan yürütmesi makul bir çözüm yöntemi değildir. Elbette önceki bazı yüksek mahkeme kararlarındaki tespitlere dayanılarak karar verilmesi mümkün olmalıdır. **Bununla birlikte her davada sanığın bu kabulü çürütme imkanına sahip olması gerekir.** Bir başka deyişle, *ByLock*'un gizli örgütsel iletişim aracı olduğuna dair başka bir davadaki tespit, görülmekte olan davada sanığın savunma hakkını elinden alacak bir hüviyete bürünmemelidir. Bunun yolu ise, savunmanın bu delillere doğrudan erişemese bile onun etraflıca incelenmesini sağlayabilecek durumda olmasının sağlanmasıdır.

Başvurucu hakkında yapılan yargılama sırasında, başvurusunun *ByLock* verilerinin güvenilirliğinin teyit edilmesi için bağımsız uzmanlarca incelenmesi isteğine yanıt verilmemiş olması bu anlamda önemli bir eksiklik olarak not edilmelidir. Yukarıdakiler ile benzer şekilde, burada da 6. maddenin ihlalini teşkil eden nokta, bu talebin kabul edilmesi gerekliliğinden ziyade, bu talebin **gereçeli olarak karşılanmamasıdır**. Başvurucunun talebi reddedilecekse bile, böyle bir incelemeye neden gerek görülmediği, verilerin güvenilirliğinin sağlanmasına yönelik olarak mahkemenin halihazırda hangi tedbirleri almış bulunduğu ve hangi belgelere dayandığı konularında bir gerekçenin ortaya konulması gerekirdi. Aynı şekilde yargılama makamı, başvurusunun savunmasında, *ByLock* verilerinde kullanıcı listelerindeki uyumsuzluklar gibi birtakım sorunlar bulunduğu yönündeki argümanlarını da karşılıksız bırakmıştır. *ByLock*'un münhasıran *FETÖ/PDY* üyeleri tarafından kullanıldığı da dava dışı unsurlara dayanılarak kabul edilmiştir.

Bu durumlar birlikte değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır ki, yargılama makamı, **bir bütün olarak ByLock verilerinin anlamı, gerçekliği ve güvenilirliği konusundaki tartışma yapmayı gereksiz görmüş** ve incelemesini başvurusunun *ByLock* kullanıp kullanmadığının tespiti ile sınırlandırmıştır. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz üzere, başvuru bu açıdan da kendisini savunma hakkına sahiptir.

<sup>67</sup> Akgün v. Türkiye, 19699/18, 20.07.2021, §170.

<sup>68</sup> Dava dosyasına girmeyen bir “basın duyurusu”nun delil olarak kullanılmasının sanıkların haklarındaki iddiayı öğrenme haklarını ihlal etmesinden bahisle bkz. Muhammad ve Muhammad v. Romanya, 80982/12, 15.10.2020, §172-177.

<sup>69</sup> Hakimin kanaatinin duruşmada yapılacak tartışma ile oluşması gerektiğine dair daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Gedik**, s. 936 vd.

Nihayet belirtilmelidir ki, AİHM, *ByLock* kullanımı dışındaki delillerin tartışılmasıyla ilgili de bazı eksikliklere dikkat çekmektedir. *Bank Asya*'ya para yatırılmış olması ya da bir dernek veya sendikaya üye olunması gibi görünüşte meşru eylemler, başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının destekleyici delilleri olarak kullanılmıştır. Bu delillerin mahkûmiyete esas teşkil etmesinin, hemen aşağıda tartışılacak olan sorunları bir yana bırakıldığında dahi, başvuru hakkında yürütülen muhakemede bu eylemlerin nasıl onun mahkûmiyetinde delil olarak kullanılabilirdiği, bu eylemlerin başvuruçunun örgüt üyeliğini nasıl ortaya koyduğu gibi konularda bir tartışma yapılmamıştır. Bir başka deyişle, başvuruçuya bu deliller bakımından da kendisini savunma imkânı tanınmamıştır.

Kanaatimizce AİHM'in 6. maddenin ihlali hususundaki tespitleri yerindedir. Sanığın ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem arz eden hususların önemli bir bölümünün hiç tartışılmamış olması, yargılamanın önemli bir bölümünün başlamadan bitirildiği (AİHM'in ifadesiyle "yargılamanın usulen yapıldığı") izlenimini vermektedir. Özellikle başvuruçunun hakkındaki *ByLock* Tespit ve Değerlendirme Tutanağı dosyaya girmeden karar verilmiş olması çok ciddi bir eksikliklerdir.

### 2.3. 11. Maddenin İhlali Hakkında Verilen Karar

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasında, AİHS'in 11. maddenin ihlali bağlamında Mahkeme tarafından inceleme konusu yapılan husus, kanuna uygun olarak kurulmuş ve müşahhas olarak herhangi bir yasa dışı faaliyeti olduğu ya da faaliyeti kapsamında bir suç işlendiği yönünde bir iddia bulunmayan bir dernek veya sendikaya üye olmanın, salt bu dernek veya sendikanın bir *silahlı terör örgütüne* bağlı olduğundan bahisle, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilmesinin ve sanığın ceza sorumluluğunda etkili olabilmesinin mümkün olup olmayacağıdır.

AİHM kararının yorumlanmasına başlamadan önce belirtmek gerekir ki, esasen bu konu daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından da birkaç kararda ele alınmıştır. *Ali Şeker Başvurusu*'nda AYM, başvuruçunun *Aktif Eğitim-Sen*'in yöneticisi olmasının, tutuklanmasında kuvvetli suç şüphesini gösteren somut olgu olarak nitelendirilmiş olmasının hukuka uygunluğunu değerlendirmiştir. AYM, *Aktif Eğitim-Sen* ile *FETÖ/PDY* arasındaki bağlantı dolayısıyla<sup>70</sup> "*FETÖ/PDY'nin özellikleri, eğitime verdiği önem, Aktif-Sen'in*

<sup>70</sup> Kararda *Aktif Eğitim-Sen*'e ve *FETÖ/PDY*'ye ilişkin bazı bilgilere yer verilmekle birlikte, bu yapılar arasındaki ilişkinin mahiyetini açığa çıkarmak ya da izah etmek için hiçbir ciddi

*bu yapılanmayla olan bağlantısına ilişkin olgular, başvurusunun bu kurumda yöneticilik yaptığı dönem ile bu süreçte FETÖ/PDY ile ilgili ülke genelinde yaşanan olgular birlikte değerlendirildiğinde başvurusunun söz konusu Sendikada yöneticilik yapmasının FETÖ/PDY ile örgütsel bir ilişki içinde olduğuna ve dolayısıyla suç işlediğine dair kuvvetli bir belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğu[nun söylenemeyeceği]<sup>71</sup> ...” sonucuna varmıştır.*

*Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu’nda ise AYM, Aktif Eğitim-Sen üyeliğinin başvurusunun silahlı terör örgütü suçundan dolayı mahkûm edilmesinde delil olarak kullanılmasını **kanunilik ilkesinin ihlali olarak kabul etmiştir**. AYM’ye göre: “...O tarihte yasal olan ancak daha sonra terör örgütüyle ilgisi nedeniyle kapatılmış bir sendikaya üye olmasını (...) terör örgütüne üye olma suçunun delilleri saymıştır. Anayasa Mahkemesi’nin kanaatine göre başvurusunun -cezalandırılmasına dayanak yapılan eylemleri gerçekleştirdiği tarihlerde- dinî bir cemaat kisvesi altında olan yapıya mensup olduğu ya da en azından sempati duyduğu noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşın yukarıda açıklandığı üzere yargı makamları başvurusunun FETÖ/PDY’nin nihai amacını ve yöntemlerini bilen ve örgütlenme piramidinin üst katlarında yer alan örgüt mensuplarından biri olduğunu ileri sürmediği gibi FETÖ/PDY’nin devletçe bir terör örgütü kabul edilmeye ve herkesçe öyle bilinmeye başlanmasından önce dinî bir cemaat zannıyla irtibat ve iltisak hâlinde olduğu söz konusu oluşumun bir terör örgütü olduğundan haberdar olduğunu başka herhangi bir şekilde iddia etmemiştir. **Üyesi olduklarından bahisle kişilerin cezalandırılmalarına neden olan***

---

çaba sarf edilmediği de ifade edilmelidir. Bu bağlamda yalnızca FETÖ/PDY’nin eğitime çok önem verdiği, *Aktif Eğitim-Sen*’in kuruluşundan sonra üye sayısını çok hızlı bir biçimde artırdığı ve 667 sayılı KHK ile kapatıldığı gibi genel nitelikte bilgilere yer verilmekle yetinilmiştir (§9-15). Sendikanın FETÖ/PDY’nin amaçlarını gerçekleştirmekte ne gibi bir fonksiyon üstlendiği veya sendika yöneticilerinin FETÖ/PDY içindeki konumları gibi en temel hususlardaki tespitlere dahi kararda yer verilmemiş olması dikkate değer bir eksikliklerdir. Bu eleştiri, kararda alıntılanan yerel mahkeme kararları için de tekrarlanabilir. Nitekim hemen aşağıda ele alınacak olan *Ahmet Urhan Başvurusu*’nda AYM’nin tutumu aksi yönde olmuştur.

Maksadımız bu yapılar arasındaki ilişkinin varlığını sorgulamak değil, ihlal kararının ortaya çıkmasını sağlayan eksikliklere işaret etmektir. Eğer bu yapılar arasındaki ilişki ciddi bir biçimde ortaya konulabilmiş, sendikanın FETÖ/PDY’nin amacına hizmet eden faaliyetleri delillendirilebilmiş olsa idi, *Aktif Eğitim-Sen* üyesi ya da yöneticisi olmanın silahlı terör örgütü üyeliği suçu bakımından delil olarak kullanılabilmesi de 11. madde ihlal edilmeksizin kuşkusuz mümkün olabilirdi.

<sup>71</sup> Ali Şeker Başvurusu, 2016/68962, 20.09.2018, §60.

***bir oluşum veya yapılanmanın terör örgütü olduğunu bildiklerinin ortaya konulmaması, ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olduğu gibi önceden suç olarak tanımlanmayan fiilleri işledikleri gerekçesiyle terör örgütüne üye olma gibi ağır suçlardan mahkûm edilmeleri sonucunu da doğurabilir***<sup>72</sup>.

Anayasa Mahkemesi'ne göre ayrıca bu durum, AİHM kararı ile paralel bir şekilde, özel hayata saygı hakkı ve sendika hakkının da ihlalidir: ***“İlk derece mahkemesi, örgütün nihai amacını bildiği ortaya konamayan başvurucunun temel hakları kapsamında bulunan faaliyetlerinin terör örgütü hiyerarşisi içerisinde gerçekleştirilmiş örgütsel faaliyetler olduğunu gösterememiş; böylece özel hayata saygı hakkı ile sendika hakkı üzerinde haksız bir caydırıcı etki oluşturmuştur. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucunun şikâyete konu eylemlerinin mahkûmiyet hükmünde delil olarak kullanılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterememiştir***<sup>73</sup>.”

AİHM'in değerlendirmesine göre de olayda yerel mahkemelerin, salt FETÖ/PDY üyeleri tarafından kurulan ve yönetilen dernek veya sendikalara üyeliğin, silahlı terör örgütü üyeliğine delil olarak kabul etmiş olmaları örgütlenme özgürlüğünün ihlalini oluşturmaktadır.

Suç örgütleri gerçekten de suç faaliyetlerini örtmek, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklamak, kamuoyunda sempati uyandırmak, örgüte eleman kazandırmak gibi çok çeşitli amaçlarla yasal dernekler kurabilir ve faaliyetler yürütebilir. Bununla birlikte, bu yapılanmalara üye olmanın ceza sorumluluğuna esas teşkil edebilmesi için iki şartın bir arada sağlanması gerekir: ***İlgili yapının örgüt tarafından işlenen suçlarla ilişkilendirilebilmesi ve failin örgütün bu özelliğini bilerek hareket etmiş olması***<sup>74</sup>. Yargılama makamı, üyesi olunan yapının, suç örgütünün amaçlarına ne şekilde hizmet ettiğini delillendirmeli ve failin bu yapının içinde yer almasının suç örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olma yönünde kastının bulunduğunu neden ve nasıl

<sup>72</sup> Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu, 2019/20791, 18.10.2022, §63.

<sup>73</sup> Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu, 2019/20791, 18.10.2022, §68.

<sup>74</sup> Anayasa Mahkemesi de aynı minvalde görüş bildirmektedir: ***“Hiç şüphesiz başvurucunun mahkûmiyetinde delil olarak kullanılan fiilleri işlediği sırada irtibat ve iltisaklı olduğu örgütün terör niteliğini ve amaçlarını bildiği, örgütün bir parçası olmayı istediği, örgütün hayatta kalmasına, amaçlarının gerçekleştirilmesine devamlı bir irade ile katkı sağladığı ortaya konulduğu takdirde söz konusu fiillerden dolayı cezai yönden bir sorumluluk altına sokulabileceğini öngördüğü kabul edilecektir.***” Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu, 2019/20791, 18.10.2022, §40.



gösterdiğini ortaya koyabilmelidir<sup>75</sup>. Eğer bu şartlar sağlanmazsa, bireylerin salt yasaya uygun olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren bir dernek, vakıf veya sendikaya üyelikleri nedeniyle ceza sorumlulukları cihetine gidilmiş olur. Yasaya uygun olarak faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerine, dernek veya sendikalara üye olmak daha sonra bir suça ilişkin delil olarak kabul edilirse, hiç kuşkusuz o toplumu oluşturan bireylerin bu tür yapıların faaliyetlerine katılmaktan geri durmalarına neden olacaktır ki bu durum o toplumda örgütlenme hürriyetinin tekâmül etmediği anlamına gelecek; hem AİHS m 11'e hem de Anayasa'nın 33. maddesinde düzenlenen dernek kurma ve 51. maddesinde düzenlenen sendika hakkına aykırı olacaktır.

AİHM bu noktada *Selahattin Demirtaş v. Türkiye*<sup>76</sup> kararına atıfta bulunarak, [o davada] ifade özgürlüğünün kullanılmasını silahlı bir terör örgütüne üye olma, terör örgütü kurma veya yönetme ile bir tutmayı gerektiren bir ceza kanunu hükmünün bu kadar geniş yorumlanmasının, *böyle*

<sup>75</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi, SDG ile MLKP arasında bu ilişkinin yerel mahkemeye kurulmadığı bir durumda failin silahlı terör örgütü üyeliği suçundan dolayı cezalandırılmasını örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak kabul etmiştir: "*Olayların yaşandığı tarihte SGD'nin yasal bir dernek olduğu hususu ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmektedir. Ancak ilk derece mahkemesi, bu örgütün MLKP terör örgütünün yasal zeminde faaliyet yürüten örgütü olduğunu ve doğrudan örgütün amaçları doğrultusunda faaliyet yürüttüğünü ifade etmiştir. (...) Buna karşın ilk derece mahkemesi, bir örgütün hangi surette hem yasal çerçevesinde faaliyette bulunmasının hem de terör örgütünün uzantısı olmasının mümkün olduğu hususunda tatminkâr bir açıklamada bulunmamış; bir diğer deyişle kararında ilgili ve yeterli bir gerekçeye yer vermemiştir. Diğer yandan ilk derece mahkemesi, bir emniyet raporuna dayanarak MLKP terör örgütünün SGD adı altında yasal olmayan birçok faaliyette bulunduğunu ifade etmiştir. Buna karşın kararda SGD'nin MLKP'nin amaçları doğrultusunda hareket ettiğine ilişkin delillerin neler olduğu gösterilmemiş; SGD'nin yasal olmayan faaliyetlerine ilişkin herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Kararda ayrıca başvurunun SGD'nin -ilk derece mahkemesinin kabul ettiği- MLKP terör örgütüne müzahir bir örgüt olduğunu bilip bilmediği hususunda herhangi bir açıklama yapılmamış, başvurunun SGD içinde yer alarak hangi surette MLKP terör örgütünün amaçları doğrultusunda hareket ettiği konusunda da bir değerlendirmede bulunulmamıştır (...)* İlk derece mahkemesi, başvurunun örgüt üyeliğine ilişkin her biri bir parçayı açıklayan, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösteren, delil olarak kabul edilen faaliyetlerini ve davranışlarını birleştirerek olayın bütününe anlaşılmasını sağlamamış; söz konusu SGD adlı örgütlenme içinde yer alma şeklindeki rolünün onun MLKP terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğuna dair bilgileri doğrular ve tamamlar nitelikte olduğunu ikna edici biçimde ortaya koyamamıştır. İlk derece mahkemesi başvurunun terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu gösteren delilleri birlikte inceleyerek temel haklar kapsamında kalan her bir delili terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşullarını dikkate alarak değerlendirmemiştir." Ahmet Urhan Başvurusu, 2014/13961, 09.10.2019, §47-51.

<sup>76</sup> Selahattin Demirtaş v. Türkiye, 14305/17, 22.12.2020.



*bir bağlantıya dair somut bir kanıtın yokluğunda*, haklı gösterilemeyeceği görüşünü benimsediğini hatırlatmıştır.

Hükümetin *Ayoub ve diğerleri v. Fransa*<sup>77</sup> davası ile mevcut dava arasında benzerlik kurma yönündeki çabasına Mahkeme itibar etmemiştir. Esasen *Ayoub ve diğerleri v. Fransa* kararı incelendiğinde, iki durumun gerçekten de çok farklı olduğu müşahade edilmektedir. Mezkûr kararda Fransa hükümeti tarafından kapatılan *Troisième Voie* isimli devrimci örgüt ve bu örgüte bağlı *JNR* isimli silahlı milis grubun ordu tipi bir yapılanma ve organizasyona büründüğü, silahlandığı, toplumun diğer kesimlerine ve güvenlik güçlerine saldırılarda bulunulmasına yönelik bir politik iklime neden oldukları, bizzat örgütün lideri olan başvurunun şiddet çağrısında bulunduğu ve bütün bu olayların C.M. isimli şahsın ölümüne yol açtığı tespit edilmiş durumdadır.

Örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahaleler; kanunla öngörülme, meşru amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik kriterleri sağlandığında 11. maddenin ihlali olarak kabul edilmemektedir. Olayda Fransız hükümeti tarafından yukarıda zikredilen nitelikleri taşıyan bu örgütün silahlı bir milis grubuna dönüşmesi ve kamu güvenliğini tehdit etmesi nedeniyle kapatılmasını bu bağlamda 11. maddeye uygun bulmuştur.

Kanaatimizce Mahkeme'nin *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasının koşullarının, *Ayoub ve diğerleri v. Fransa* kararından farklı olduğu ve bu itibarla farklı sonuçlara varılması yönündeki kararı isabetlidir ancak kararın gerekçelendirilmesi zayıf kalmıştır. Kararda bu farklılığın gerekçesi olarak *Ayoub ve diğerleri v. Fransa* kararında aşırı sağ paramiliter yapıların mevcudiyeti ve bu yapıların şiddet çağrısında ve şiddet eylemlerinde bulunmasının olayın koşullarını farklı kıldığı ifade edilmektedir (§395). Halbuki, *FETÖ/PDY*'nin de bir paramiliter yapı olduğu, silahlı güce sahip bulunduğu, hatta bu gücü kullanarak darbe teşebbüsüne kalkıştığı ve yüzlerce kişinin ölümüne neden olduğu ve bu itibarla iki davanın benzer olduğu kolaylıkla savunulabilir. Her iki dava arasındaki farklılık örgütlerin kamu güvenliği bakımından oluşturdukları tehdidin boyutuyla ilgili değildir.

İki dava arasındaki gerçek farklılık, *FETÖ/PDY*'nin bir şemsiye örgüt (umbrella organization)<sup>78</sup> olarak çok fazla sayıda dernek, sendika, vakıf,

<sup>77</sup> *Ayoub ve Diğerleri v. Fransa*, 77400/14, 34532/15, 34550/15, 08.10.2020.

<sup>78</sup> Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. **Sert, Arman, Demir, Cenker Korhan, Avcı, Engin**, "Strateji, Örgütlenme ve Organizasyonu Kendine Özgü Bir Terörist Örgüt: FETÖ", *Güvenlik Birimleri Dergisi*, UGK Özel Sayısı, 2020, 1-28, s. 11.

sivil toplum örgütü vb. kuruluşu doğrudan ya da dolaylı olarak yönetiyor olmasıdır<sup>79</sup>. Bunlardan bir kısmı örgütün bizzatı kurup yönettikleri, bir kısmı ise zaman içinde yönetim kurullarında söz sahibi olarak ele geçirdikleridir. Bunlar kanuna uygun olarak kurulmuş ve görünüşte meşru zeminde faaliyet gösteren yapılardır. Hatta bu yapıların faaliyeti içerisinde hiçbir suç işlenmemiş de olabilir. Bu anlamda, başvuruçunun üyesi olduğu dernek ve sendikanın FETÖ/PDY'ye bağlı, *JNR* gibi veya *MLKP* gibi bir "silahlı kanat" olma özelliği bulunmamaktadır.

*Ayoub ve diğeri v. Fransa* kararından farklı olarak burada faaliyeti çerçevesinde suç işlendiği hükümet tarafından dahi iddia edilmeyen bir dernek veya sendika, yasalık karinesinden yararlandırılmamıştır. Bu dernek ve sendikaya üyelik silahlı terör örgütü üyeliğinin delili kabul edilmiştir. Üstelik, yukarıda da belirtildiği üzere *FETÖ/PDY* ile bu yapılar arasındaki bağlantıyı ortaya koymak için ciddi bir çaba da sarf edilmemiştir. Bir başka deyişle, *FETÖ/PDY*'nin şemsiye örgüt niteliği göz ardı edilerek, bu yapıyla bir şekilde *iltisaklı* bütün yapılar bizzatı *FETÖ/PDY* gibi kabul edilmiş, bu yapılara üye olanların örgütün amaçlarını da bildiği ve bu amaçlar doğrultusunda hareket etmeyi kabullendiği varsayılmış, bu bağlamda üyeliğin de silahlı terör örgütü üyeliği suçu bakımından **en azından delil olarak kullanılabileceği** öngörülmüştür. Bu durumun bir sonucu olarak, AİHM kararında da isabetle belirtildiği üzere, *Selahattin Demirtaş v. Türkiye* kararındaki benzer şekilde, silahlı terör örgütünün sınırları çok geniş bir biçimde çizilmiş olmaktadır<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Anayasa Mahkemesi, *Ferhat Kara Başvurusu*'nda örgütün yapısının iyi bir özetini vermektedir: "Anılan yapılanma süreç içinde özellikle kamu kurum ve kuruluşlarında örgütlenmiş; bunun yanı sıra başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunmuş; bu faaliyetler dolayısıyla sahip olduğu dershaneler, okullar, üniversiteler, dernekler, vakıflar, sendikalar, meslek odaları, iktisadi kuruluşlar, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, televizyon ve radyo kanalları, internet siteleri, hastaneler aracılığıyla sivil alanda önemli bir etkinliğe ulaşmıştır. Bu faaliyetlerin yanında bazen bu yasal kuruluşların içinde gizlenmiş olan, bazen de yasal yapıdan tamamen farklı şekilde konumlanan ve hareket eden, özellikle de kamusal alana yönelik faaliyetlerde bulunan illegal bir yapılanma söz konusudur." (§11)

Daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Emniyet Genel Müdürlüğü**, *Organize ve Mali Suç Örgütü Olarak Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) Çalıştay Raporu*, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2017.

<sup>80</sup> "Başvuranın belirli hükümet politikalarına karşı muhalif olduğunu ifade ettiği veya **sadece yasal bir örgüt olan Demokratik Toplum Kongresine katıldığından bahsettiği siyasi ifadelerin, başvuran ile silahlı bir örgüt arasında aktif bir bağlantı kurabilecek eylemler teşkil etmeye yeterli olduğuna karar verilmiştir (...)** Başvuranın Ceza Kanunu'nun 314. maddesi uyarınca ceza gerektiren ciddi suçlarla bağlantılı olarak tutuklanmasını haklı

Böyle bir kabul tarzı, yukarıda ifade edildiği üzere örgütlenme özgürlüğüne aykırı olmanın yanında, cezaların şahsiliği ilkesine de aykırıdır. Tıpkı Mahkeme'nin *ByLock* ile ilişkili olarak, programı kullananların genel profilinden (programı gizlilik amacıyla kullanan silahlı terör örgütü üyeleri) yola çıkarak bütün üyelerin aynı profilde olduğu kabulü ile hareket etmesini cezaların şahsiliğine aykırılık olarak kabul etmesi gibi, bu yapıların üyesi olan herkesin de aynı profilde olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu tür dernek ve sendikaların üyelerinin çoğunluğu gerçekten de silahlı terör örgütü üyeleri olabilirler ama bu durum bütün üyeler bakımından bu varsayım ile ceza sorumluluğunun tayin edilmesine imkân sağlamaz<sup>81</sup>. *ByLock* kullanımı bakımından da ifade ettiğimiz üzere, failin bir suç örgütüne bağlı bir derneğin üyesi olduğunu bilerek hareket etmesi gerekir. Bu yapıların görünüşte meşru zeminde faaliyet gösterdikleri ve faaliyetleri kapsamında suç işlendiğine yönelik bir iddianın da bulunmaması karşısında, failin suç örgütüne bağlı bir dernek veya sendikanın üyesi olduğuna yönelik kastının tespiti daha da güç bir işi haline almaktadır<sup>82</sup>.

*kalabilecek eylemler silsilesi oldukça geniştir ve dolayısıyla, söz konusu maddenin içeriği, yerel mahkemelerce yorumlanmasıyla birlikte, ulusal makamların keyfi müdahalesine karşı yeterli koruma sağlamamaktadır. Mahkeme'nin kanaatine göre, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasının silahlı bir terör örgütüne üye olmak, bu örgütü kurmak ve yönetmekle bir tutulduğu, ceza kanunu hükmüne ilişkin böylesine geniş bir yorumlama, bu yönde bir bağlantıya ilişkin herhangi bir somut delil bulunmadığında haklı çıkarılamaz.”* Selahattin Demirtaş v. Türkiye, 14305/17, 22.12.2020, §278-280.

<sup>81</sup> Nitekim Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin E. 2015/3 ve K. 2015/3 sayılı kararında da isabetle ifade edildiği üzere “*Bir oluşumun çekirdeğini oluşturan kişiler suç işlemek amacıyla hareket etmekle birlikte, oluşumun içinde yer alan fakat bu amaçtan habersiz olan kişiler; suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte üye olmaktan veya bu örgütü yönetmekten sorumlu tutulamazlar...*”

*Yukarıda açıklandığı üzere bir suç örgütü baştan itibaren, suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Kuruluş amacı silahlı ya da silahsız yöntemlerle suç işlemek olan, bu amaç ve yöntemlerini açıkça deklare eden ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarla bu durumu açıkça bilinen örgütlere üye olan veya bu örgütlere bilerek yardım edenlerin kusurluluğunda tartışılacak bir husus bulunmamakta ise de; legal zeminde faaliyet gösteren ve nihai amacı gizli tutulması nedeniyle açıkça bilinmeyen yapılara dahil olan ya da yardım edenlerin, bu suçların doğrudan kast ve özel saikle işlenebilen suçlar olduğu hususu da gözetildiğinde, hukuki durumlarının kusurluluk ve hata bağlamında değerlendirilmesinde zaruret vardır.”*

<sup>82</sup> “*FETÖ/PDY terör örgütünün başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve toplumun her katmanının büyük bir kesimince de böyle algılanması, amaca ulaşmak için her yolu mübah gören fakat sözde meşruiyetini sivil alanda dinden, kamusal alanda ise hukuktan aldığı izlenimi vermek için yeterli güce ulaşuncaya kadar alenen kriminalize olmamaya özen göstermesi gerçeği nazara alındığında, örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan katlarla irtibatlı olduğu anlaşılan ve fakat örgütün nihai amacını*

Bu itibarla kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin *Ali Şeker Başvurusu*'nda verdiği karar isabetsiz olup, *Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu*'nda içtihadını değiştirmesi yerinde olmuştur. Bir an için ilk olayda *Aktif Eğitim-Sen* üyeliğinin tutukluluk açısından şüphe sebebi, ikinci olayda ise mahkûmiyet kararının delili olmasının iki olayı farklı kıldığı akla gelebilirse de böyle bir yaklaşım doğru olmayacaktır. Zira AİHM'in *Taner Kılıç v. Türkiye* kararında da isabetle belirttiği üzere, işlendiği anda suç [delili] teşkil etmeyen davranışlar, [tutukluluk bakımından] şüphe sebebi de olamazlar<sup>83</sup>. Bir başka deyişle, yasallık karinesinden yararlandırılması gereken bir dernek veya sendikaya üyelik, mahkûmiyetin delili olamayacağı gibi, tutukluluk için şüphe sebebi de olamaz.

Yargıtay gerçekten de bu neviden üyelikleri tek başına bir delil olarak mahkûmiyete esas almamaktadır. Bununla birlikte bu yaklaşım yetersizdir; dernek, sendika veya benzeri yapılara üyeliğin, yukarıdaki şartlar sağlanmadıkça, hiçbir şekilde delil olarak kullanılmaması gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin *Ahmet Urhan Başvurusu* ve *Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu*'nda ortaya koyduğu prensiplerin meseleyi yeterince açık izah ettiği kanısındayız.

#### **2.4. Kararın Türk Hukukuna Olası Yansımaları**

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* kararında AİHM, Sözleşme'nin 6, 7 ve 11. maddelerinin ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur. İhlal kararının mevcudiyeti, taraf devletin hukuk sistemi bakımından düzeltilmesi gereken bazı sorunların ve giderilmesi gereken hak ihlallerinin bulunduğunu göstermektedir. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu taraf devletler, bu ihlalleri gidermekle yükümlü olduklarını Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca kabul etmişlerdir. İlgili hükme göre;

---

*bildiği, örgütle organik bir bağ kurarak hiyerarşisine dahil olduğu yönünde herhangi bir delil bulunmayan sanığın, hükme esas alınan ikrarı, örgütün ilçe yapılanması içerisinde görevli oldukları iddiasıyla haklarında soruşturma yürütülen şahıslarla irtibat içinde olmak, çoğunluğu kamuoyu nezdinde örgütün gerçek yüzünü ortaya koyan, hukuki kılıflarla kamu görevlileri ve sivil şahıslara yönelik bir kısım operasyonlara başladığı 2013 yılı öncesinde örgütün sohbet toplantılarına katılmak, örgüt tarafından çıkarılan gazetelere gerçek ismiyle abone olmak ve çocuğunu örgüte müzahir olması nedeniyle kapatılan okula göndermekten ibaret eylemlerinin, sanığın konum ve kişisel özellikleri de nazara alındığında; silahlı terör örgütünün unsurlarında yanılı (TCK. 30/1 md.) kapsamında değerlendirilebileceği, yukarıda anılan tarihten sonra gerçekleştirilen örgütsel faaliyetlerin örgüt üyeliği için kriter kabul edileceği gözetilerek...eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..."* Yargıtay 16. CD, 08.12.2020 tarih ve E.2019/9821, K.2020/6051 sayılı kararı.

<sup>83</sup> Taner Kılıç v. Türkiye, 208/18, 31.05.2022, §103-106.

“(1) Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları her davada Mahkeme'nin nihai kararına uymayı taahhüt ederler.

(2) Mahkeme'nin nihai kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne iletilir.”

Kararın uygulanmasına yönelik esaslar, uygulamanın denetimi ve kararın uygulanmaması halinde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar bu çalışmanın konusu değildir<sup>84</sup>. Bununla birlikte kararın etki alanının ve kararda işaret edilen hak ihlallerinin nasıl ortadan kaldırılabileceğinin tartışılması gerekir. Zira bilindiği üzere, *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasının konusunu oluşturan unsurlar, Türkiye'deki sayıları on binleri bulan<sup>85</sup> davalar ile benzeşmektedir. AİHM de verdiği kararda bu hususun altını çizmekte, yalnızca kendi nezdinde yapılan 8000 civarında benzer başvuru olduğunu ifade ederek, tespit ettiği sorunların olaya özgü değil, **sistem düzeyinde sorunlar olduğunu** belirtmektedir (§414). Gerçekten de *FETÖ/DPY* yargılamalarının önemli bir bölümünde benzer usullerin takip edildiği, aynı delillerin kullanıldığı ve aynı fiilden dolayı faillerin aynı suç işlediklerinden bahisle cezalandırıldığı bilinmektedir. Bu durum, aynı ihlal gerekçelerinin çok sayıda başka dava bakımından da geçerli olabileceğini göstermektedir.

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davası bir pilot dava değildir. Bu itibarla Mahkeme'nin önündeki diğer dosyalar bakımından doğrudan bir sonuç doğurmayacaktır. Bununla birlikte Mahkeme, kararında benzer davalarda da uygulanması gereken prensipler ortaya koymak istediğini açıkça belirtmektedir (§405). Esasen bu durum açıkça belirtilmeseydi de, Mahkeme'nin önündeki diğer davalarda *Yüksel Yalçınkaya davasında ortaya konulan prensiplerden ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığı* gerekçesiyle bu hususlarda ayrıca bir inceleme yapılmaksızın ihlal kararları ortaya çıkacağı açıkça bellidir.

<sup>84</sup> Bu hususta bkz. **Karaman, Ebru**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, LXXII(1), 2014, 411-434.

<sup>85</sup> AİHM, hükümete karar tarihinde derdest olan ve ByLock kullanımı dolayısıyla failin silahlı terör örgütü üyeliği ile yargılandığı davaların sayısını sormuş, hükümet bu sayıyı tam olarak verebilme imkanının bulunmadığını belirtmiştir. Buna karşılık Mahkeme, ByLock kullanıcılarının sayısının 100.000 civarında olduğu tespitine dayanarak, “çok sayıda” davanın benzer nitelikte olduğu kanısındadır (§415). Kuşkusuz bu tek başına sağlıklı bir değerlendirme ölçütü değildir. Zira bu kullanıcıların önemli bir bölümü hakkında ByLock kullanımı dışında deliller de mevcuttur ve bu durum ihlal kararının etki alanı üzerinde belirleyici bir niteliğe sahiptir. Yine de kullanıcı sayısı ve AİHM önündeki başvuruların çokluğu karşısında on binlerce davanın bir şekilde bu davadaki olaylar ile benzerlikler arz ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Mahkeme bu nedenle, 46. madde bağlamında alınacak tedbirlerin, *Yüksel Yalçınkaya* davasına özgü olarak değil, daha geniş bir ölçekte, yani benzer tüm davalar bakımından alınmasını önermektedir (§418). Bu durum, alınması gereken tedbirlerin tartışılmasını daha da önemli hale getirmektedir.

Her maddenin ihlali bakımından özel değerlendirmeler yapmadan önce belirtilmelidir ki, ihlal kararının gerektirdiği tedbirlerin tamamı **yargısaldır**. Gerek Türk hukukunda silahlı terör örgütü üyeliğinden dolayı cezai sorumluluğa ilişkin hükümler gerek istihbari nitelikteki verilerin toplanması ve ceza muhakemesinde kullanılmasına ilişkin hükümler bakımından, Mahkeme herhangi bir ihlal gerekçesi görmemiştir. Her ne kadar terör suçlarına ilişkin düzenlemeler bakımından doktrinde bazı eleştiriler mevcut olsa da en azından bu dava bakımından kanun değişikliğini gerektiren bir husus söz konusu değildir. Bununla birlikte aşağıda tartışılacağı gibi, bazı sorunların çözümü kanun değişikliği ile daha kolay sağlanabilir.

Karara uygun yargısal tedbirlerin imkânı bakımından üç farklı durumdan söz edilmesi mümkündür. Birinci olarak, benzer durumdaki derdest davalarda aşağıda ifade edilecek prensiplerin uygulanması yeterli olacaktır. İkinci olarak, yalnızca başvuru bakımından, CMK m. 311, f. 1, bent f hükmü uyarınca, ceza hükmünün AIHS'in ihlali suretiyle verildiğinin AIHM tarafından kesinleşmiş kararlar tespit edilmesi dolayısıyla, yargılamanın hükümlü lehine yenilenmesi mümkündür. Yeniden yapılacak yargılamada, ihlal gerekçeleri yargılama makamı tarafından giderilecek ve yeniden hüküm kurulacaktır. Üçüncü olarak, başvuru ile benzer durumda olan ancak hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan kişiler söz konusudur. Yukarıda zikredilen ihlal gerekçeleri bu kişilerin yargılamaları bakımından söz konusu olsa dahi, CMK m. 311, f. 1, bent f hükmü yalnızca ihlal kararının AIHM tarafından tespit edildiği kişileri kapsadığından, bu kişilerin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmesi mümkün görünmemektedir. *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davası bir pilot dava olmadığı için, AIHS m. 46 ve CMK m. 311 bağlamında sonuçlarını yalnızca başvuru bakımından doğuracaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, *İbrahim Er ve Diğerleri Başvurusu*'nda<sup>86</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının **benzer davalar bakımından da yargılamanın yenilenmesi gerekçesi oluşturabileceğini kabul etmiştir**.

<sup>86</sup> İbrahim Er ve Diğerleri Başvurusu, 2019/33281, 26.01.2023.



Dava konusu olayda, başvuru, *Hizb-ut Tahrir* üyesi olduğu iddiası ile terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılmış ve hakkındaki karar kesinleşmiştir<sup>87</sup>. Anayasa Mahkemesi, *Hizb-ut Tahrir* üyeliği iddiası ile terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılan bir başka hükümlü olan *Yılmaz Çelik'in* bireysel başvurusunda, bu yapının terör örgütü olduğuna yönelik tespitlerin temellendirilmemiş olduğu, bu hususta savunmanın argümanlarının tartışılmadığı gerekçeleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>88</sup>. Bu kararı müteakiben, hakkında terör örgütü üyeliği nedeniyle mahkûmiyet hükmü kurulmuş olan çok sayıda hükümlü yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmuştur. Bu başvurulardan bir kısmı kabul edilerek yeniden yargılama yapılmış, başvuru sahiplerinin de aralarında bulunduğu bazı kişilerin başvuruları ise reddedilmiştir. Başvuru sahipleri bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararların hak ihlali tespiti şeklinde zuhur eden objektif yönünün benzer durumdaki tüm davalar için geçerli olduğunu, bu ihlal tespitlerinin gereğinin yetkili makamlarca yerine getirilmesi gerektiğini bir prensip olarak ortaya koymuş ve *Yılmaz Çelik* başvurusunda verilen kararın benzer durumlar bakımından da geçerli olduğunu ve doğrudan yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebileceğini kabul etmiştir. Bu itibarla başvuru sahibinin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Karara ilişkin müşahhas bir inceleme için bkz. **Yurtlu**, s. 265 vd.

<sup>88</sup> “*Buna karşın gerek önceki mahkeme kararlarında gerekse eldeki başvuruya ilişkin ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarında Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olduğu kabul edilmekle yetinilmiş, başvuru sahibinin savunmaları hakkında bir değerlendirmede bulunulmamıştır...*

*Derece mahkemelerinin kararlarında ise terör ve terörizm kavramlarının uluslararası belgelerde, mukayeseli hukukta, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan -cebir ve/veya şiddet içeren bir politika- anlamları dikkate alındığında Hizb-ut Tahrir örgütünün hangi nedenlerle bir terör örgütü olarak kabul edildiği açıklanmamıştır...*

*...üstelik başvuru sahibinin iddiasına göre örgüt; Türkiye’de ve diğer ülkelerde kendilerine karşı silahlı bir baskı olması durumunda bile silaha başvurmayacaklarını, şiddeti bir yöntem olarak benimsemediklerini açıklamıştır. Buna rağmen önceki kararları veren mahkemeler de eldeki başvuruya ilişkin kararları veren mahkemeler de bu hususları gözetenek bu örgütün 5237 sayılı Kanun anlamında bir örgüt olup olmadığını ve eylemlerinin başka bir suç oluşturup oluşturmadığını değerlendirmemişlerdir...*

*Sonuç olarak somut olayda başvuru tarafından ileri sürülen ve yargılamanın sonucunu değiştirme ihtimali bulunan iddiaların dikkate alınmaması ve gereği gibi değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” Yılmaz Çelik Başvurusu, 2014/13117, 19.07.2018, §45-62.*

<sup>89</sup> “*Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kapsamında verdiği kararların objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının objektif işlevi, genel olarak Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini*

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* kararının da benzer davalar bakımından yargılamanın yenilenmesi yolunu açıyor gibi görünmektedir. Kanaatimizce mezkûr karar ayrıca incelenmeyi hak etmektedir ve analizini yapmak bu çalışmanın konusu değildir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, CMK m. 311'in açık hükmü karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının benzer nitelikteki davalar bakımından nasıl yargılamanın yenilenmesi nedeni olabileceğini anlamak güçtür<sup>90</sup>. Zira yargılamanın yenilenmesi, mahkeme kararının ihlal tespiti şeklinde zuhur eden objektif yönüne değil, ihlalin giderimi şeklinde zuhur eden subjektif yönüne tekabül etmektedir ki bu etki *ipso facto* başka davalara genellenemez. Karşı oy yazısında da isabetle belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı, yeni olay ya da yeni delil niteliği taşımamaktadır. Bu itibarla, pratikte başvurulmuş olan bu yolun mevcut düzenlemelerle telifi kabil değildir.

Gerek AYM'nin *İbrahim Er ve Diğerleri Başvurusu*'nda gerekse AİHM'in *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* davasında ortak vurgu yaptığı, benzer durumlar bakımından her ihlalin mahkemece tek tek karara bağlanmasının

---

*yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir. Subjektif yönü ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvuru lehine giderime hükmetmektir...*

*Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa'ya uygun korumanın sağlanmadığının ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa'ya yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin incelemelerinde, Anayasa Mahkemesinin anayasasının uygulanması ve yorumlanması, temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ve insan haklarının gerekli kıldığı hâllere ilişkin olarak verdiği kararları dikkate alması ve Anayasa hükümlerinin yorumuyla varılan sonuçları değerlendirilmesi gerekir. Aksi durum, aynı meseleye ilişkin tüm uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır...*

**Anayasa Mahkemesinin Yılmaz Çelik kararında yaptığı değerlendirmelerin benzer durumda olanlar yönünden etki doğuracağı muhakkaktır.** Nitekim Yılmaz Çelik kararı sonrasında birçok mahkemenin yargılamanın yenilenmesi taleplerini kabul ederek kişiler hakkında yeniden bir değerlendirme yaptığı ve beraat kararları verdiği anlaşılmıştır...

*Önemle belirtilmelidir ki Anayasa Mahkemesinin Yılmaz Çelik ve devamında verdiği aynı nitelikteki kararlardan sonra bugüne kadar Türkyargı sistemi içerisinde Hizb-ut Tahrir'in neden bir terör örgütü olarak kabul edildiğine ilişkin bir değerlendirmenin yapılmadığı, meselenin Anayasa Mahkemesince ortaya konan kriterler gözetilerek çözüme kavuşturulmadığı anlaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin derece mahkemelerince yerine getirilmeyerek başvuruçuların cezalarının infaz edilmeye devam edilmesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği anlamına gelmektedir.” (§38-53)*

<sup>90</sup> Aynı yönde Şen, Ersan, Duymaz, Erkan, İHAM Büyük Daire'nin “ByLock Kararı” Nasıl Yorumlanmalı, <https://sen.av.tr/tr/makale/İHAM-büyük-dairenin-bylock-karari-nasil-yorumlanmalı>, E.T: 25.10.2023.



beklenmesinin sürdürülebilir olmadığı düşüncesine katılıyoruz. Hatta böyle bir tutumun açıkça mantıksız ve -hak ihlallerini ortadan kaldırmayı geciktirmek ya da zorlaştırmak zımında- hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülebilir. Bununla birlikte bu durum, kanunda yer almayan bir düzenlemeyi varmış gibi uygulamayı gerektirmez.

Eğer AİHM kararlarının, AYM kararları gibi doğrudan yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu kabul edilmeyecek ise, üçüncü grupta bulunan kişiler bakımından izlenebilecek iki yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki bu kişiler hakkında da ihlal kararı verilmesini ve yargılamanın yenilenmesi için talepte bulunmalarını beklemektir. İkincisi ise bu hususta bir kanuni düzenleme yaparak bu kişilerin AİHM kararı beklenmeksizin yeniden yargılanmasını sağlamaktır. AİHM kararında, açıkça belirtilmemekle birlikte, bu yolun izlenmesi önerilmiştir. *Özgenç*<sup>91</sup> ve *Şen/Duymaz*<sup>92</sup> da aynı görüştedir. Kanaatimizce de böyle bir yolun izlenmesi daha doğru olur. Eğer benzer durumdaki davalar bakımından da ciddi hak ihlallerinin varlığı tespit edilmiş durumda ise, müşahhas olarak bu kişiler hakkında verilecek AİHM kararları beklenmeksizin bu ihlalleri ortadan kaldırmak, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. AYM'nin *İbrahim Er Başvurusu*'nda verdiği kararı da göz önünde bulundurarak, sorunun çözümünün CMK m. 311'de değişiklik yapılmasından geçtiği kanısındayız.

Kararın etki alanı böylece ortaya konulduktan sonra, kararda ele alınan sıra dahilinde ifade etmek gerekirse; 7. maddenin ihlali bağlamında ortaya konulan prensipler çerçevesinde kararın olası yansımaları şöyle sayılabilir:

**i) Benzer davalarda silahlı terör örgütü üyeliğinin tespiti bakımından *ByLock* kullanımı tek başına yeterli delil olarak kabul edilemeyecektir.** Mahkeme, *ByLock*'un bir silahlı terör örgütünün gizli

<sup>91</sup> **Özgenç, İzzet**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yüksel Yalçinkaya/Türkiye Kararı Üzerine Değerlendirmeler, <https://izzetozgenc.com/makale/avrupa-insan-haklari-mahkemesi%E2%80%99nin-yuksel-yalcinkaya-turkiye-karari-uzerine-degerlendirmeler>, E.T: 23.10.2023.

<sup>92</sup> "... Olağan kanun yolu bitip kesinleşmiş, bireysel başvuru süresini kaçırmış veya kullanmışlar bakımından hukuki açıdan yapılacak bir şey olmadığı, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ve CMK m.311'in bu konuda herhangi bir hüküm içermediği, AYM'de bireysel başvuru aşamasında olanların ise İHAM kararlarının emsal nitelik açısından etkileyeceği, başvuruların İHAM aşamasında olduğu durumda ise, iç hukukta yasal bir düzenlemeye gidilmedikçe "hukuk devleti" ilkesi bakımından keyfi yöntemlerin izlenmeyeceği, hem eşitlik ve hem de adalet ilkelerinin korunması amacıyla, bu konunun Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde değerlendirilmesi gerektiği (...) kanaatine varılabilir." **Şen/Duymaz**, 2023.

haberleşme aracı olduğuna ve bu olgunun doğuracağı olası sonuçlara itiraz etmemektedir (§265). Bununla birlikte Mahkeme, Yargıtay'ın yerleşik içtihadından farklı olarak, gizli örgütsel haberleşme aracının kullanılmasının failin silahlı terör örgütüne üyelik suçu bakımından doğrudan kastla hareket ettiğini göstermediği kanısındadır.

Dikkat edilirse, bu durum *ByLock* verilerinin delil olarak kullanılmayacağı anlamına gelmez. Bilakis şüpheli veya sanığın *ByLock* kullanmış olması onun *FETÖ/PDY* üyesi olduğu yönünde güçlü bir göstergedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu hususta yaptığı incelemeler<sup>93</sup> bu delilin gerçekliği bakımından yeterli hassasiyetin gösterildiğini de ortaya koymaktadır. Hatta *ByLock* verileri tek başına mahkumiyete esas da teşkil edebilir. AİHM kararıyla, kanaatimizce de haklı olarak, ihlal teşkil ettiği belirtilen husus; *ByLock* kullanımının, tarz, yoğunluk ve içerikten bağımsız olarak ve tek başına, mahkumiyete esas teşkil etmesidir. Gelecekte yapılacak yargılamalarda bu uygulamadan dönülmesi gerekmektedir.

**ii) Silahlı terör örgütü üyeliğinin tespitinde, Yargıtay'ın yerleşik içtihadında ortaya koyduğu ölçütler, FETÖ/PDY davaları bakımından da uygulanmalıdır.** Yukarıda da izah edildiği üzere, Yargıtay'ın örgüt üyeliğinin tespitinde kullandığı yerleşik kriterler bulunmaktadır. Esasen başvuruçunun yargılanmasında bu ölçütlerin dışına, en azından prensipte çıkılmış değildir.

<sup>93</sup> Yargıtay'ın verilerin güvenilirliğini sağlamak için öngördüğü tedbirler ve usuli eksikler dolayısıyla verdiği bozma kararlarından örnekler için bkz. Ejder Güzel Başvurusu, 2020/13491, 12.04.2023, §23-29.

Ayrıca, *ByLock* verilerinin güvenilirliğini azaltmak üzere başka kullanıcıların da *ByLock* serverlerine bağlanmasını sağlayan *Mor Beyin* hilesine yönelik olarak alınan tedbirler, *Ferhat Kara Başvurusu*'ndan takip edilebilmektedir: “*Bu arada internet üzerinde yayımlanan Morbeyin isimli adres ve uygulamaları kullananların arka plandaki kodlar vasıtasıyla doğrudan ByLock IP'sine bağlandıklarına ve ByLock dökümü bulunmayan (gerçekte ByLock kullanıcısı olmayan) bazı kişilerin haksız yere cezalandırıldığına dair kamuoyunda paylaşılan iddia ve haberlerle ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatılmış ve bu kapsamda Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) ve BTK görevlilerinden oluşan inceleme grubu oluşturulmuştur. Başsavcılığın yaptığı soruşturmada FETÖ/PDY'nin ileride delil olması ihtimaline karşı gerçek ByLock kullanıcılarının açığa çıkmasını önlemek, ilgisiz kişileri bu programa yönlendirmek ve bu suretle delilin güvenilirlik derecesini düşürmek amacıyla 2014 yılında Morbeyin isimli bir yazılım yaptırdığı; kullanıcının kible pusulası, namaz vakti, dua dinleme, Kur'an okuma ve çeşitli sözlük uygulamalara girmesi hâlinde bu programın tesiriyle bilgisi ve iradesi dışında cihazının bir iki saniye kadar ByLock sunucusunun IP'lerine bağlandığının görüldüğü tespit edilmiştir. Bu konuda gerçekleştirilen detaylı inceleme neticesinde bağlantı ve veri parametreleri bakımından benzer özellikler taşıyan 11.480 GSM numarasının kullanıcısının iradeleri dışında ByLock sunucusu IP'lerine yönlendirilmiş olduğu belirlenmiştir. Bunlar listelerden çıkarılmıştır.*” Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020, §37.

Bununla birlikte, bütün bu kriterlerin gerçekleşmesini yalnızca *ByLock* kullanımına hamleden yaklaşım, AİHM tarafından benimsenmemiş ve bu durum *de facto* suç ihdası olarak kabul edilmiştir. Bu sorunun giderilebilmesi için, bu kriterlerin her birinin varlığının daha detaylı tartışılması ve farklı delillerle desteklenmesi gerekecektir. Bu hususta özellikle, failin örgüt bünyesinde icra ettiği eylemlerin tespiti, tanık beyanları, *ByLock* yazışma içerikleri gibi diğer hususlar önem kazanmaktadır.

**iii) Failin silahlı terör örgütü üyeliği bakımından doğrudan kastla hareket ettiğinin tespit edilebilmesi gerekmektedir.** AİHM kararında özellikle vurgu yapılan ve 7. maddenin ihlaline neden olan husus, başvuru bakımından manevi unsurun varlığı tespit edilmeksizin ve tartışılmaksızın mahkûmiyet hükmü kurulmuş olmasıdır. Burada sorun, *FETÖ/PDY*'nin katmanlı yapısı karşısında, fail *ByLock* gibi gizli bir örgütsel haberleşme programı kullanmış olsa dahi, bu durumun onun *FETÖ/PDY*'nin terörist amaçlarını bildiğini ve örgütün iradesine teslim olduğunu göstermeye yetmemesinde düğümlenmektedir. Bu noktada, yargılama makamının failin kasten hareket edip etmediği konusundaki tartışmayı daha titiz bir surette yapması ve failin doğrudan kastla hareket ettiğini gösterecek delillere dayanması gerekmektedir.

Adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınan silahların eşitliği ve çekişmeli yargı ilkesi bağlamında 6. maddenin ihlali bakımından kararın olası yansımaları şöyle sayılabilir:

**i) *ByLock* delillerinin ceza yargılamalarında kullanılabilmesi mümkündür.** AİHM tarafından yapılan incelemede delillerin MİT tarafından ve 2937 sayılı Kanun hükümleri uyarınca elde edilmesi ve bilahare ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması ihlal sebebi olarak görülmemiştir. Ayrıca *ByLock* verilerinin güvenilirliğine ilişkin soyut iddialar da kabul edilmeyerek kamu otoritelerinin iyi niyetle hareket etmediğinin düşünülmesi için bir neden olmadığı kararda ifade edilmiştir. Bu itibarla *ByLock* verilerinin delil olarak kullanılması bizatihi bir sorun teşkil etmemektedir.

**ii) *ByLock* verilerinin kül halinde savunma makamıyla paylaşılması gerekli değildir.** Mahkeme, verdiği kararda adil yargılanma hakkı kapsamında savunmanın bütün delillere erişmesinin gerekli olduğunu vurgulamakla birlikte bu durumun istisnaları bulunduğunu da kabul etmektedir. Hükümetin bu delillerin paylaşılmasıyla ilişkili olarak ortaya koyduğu çekinceleri de makul bulmuş ve verilerin tümünün başvurucuyla paylaşılmamasını bir ihlal sebebi olarak kabul etmemiştir. Bununla birlikte başvuru hakkında yapılan yargılamada bu verilerin tümünün kendisiyle paylaşılmasının

gerekçelerinin ona bildirilmesi de gerekirdi.

**iii) Savunmaya silahların eşitliğini sağlamak için gerekli imkanlar tanınmalıdır.** Yukarıda da incelendiği üzere, 6. maddenin ihlal edilmesinin temel nedeni, savunmanın dosyadaki delillerin tamamına erişememiş olması nedeniyle içinde bulunduğu dezavantajlı durumun, yargılama makamınca alınacak tedbirlerle dengelenmemiş olmasıdır. Bu bağlamda mahkemenin, özellikle *ByLock* verilerinin güvenilirliği konusunda savunmanın iddialarını daha ciddi bir biçimde değerlendirmesi, gerekirse ek incelemeler yapması ya da yaptırması, verdiği kararlarda önemli hususların gerekçelendirilmesi açısından daha büyük bir titizlikle hareket etmesi gerekecektir.

**iv) Savunmanın dosya kapsamının tamamına yönelik olarak yapılabilmesi sağlanmalıdır.** Savunmaya *ByLock* kullanıcısı olup olmadığı yanında, *ByLock*'u örgütsel amaçlarla kullanıp kullanmadığı ve *ByLock* programının örgüt üyelerinin münhasır kullanımına sunulmuş bir program olup olmadığı konularında da kendisini savunma imkânı tanınmalıdır. Yargılama makamının, başvuruçunun *ByLock* verilerine yönelik talep ve itirazlarının tümüyle yanıtız bırakılması bu anlamda sorun teşkil etmektedir.

**v) ByLock İnceleme ve Tespit Tutanağı'nın dosyada yer alması ve tartışılması gerekmektedir.** Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu sorun uygulamada çözülmüş durumdadır, bu nedenle yalnızca müşahhas olarak inceleme konusu davadaki eksikliği belirtmekle yetineceğiz.

6. ve 7. maddelerin ihlal edildiğine yönelik kararların etki alanının nispeten sınırlı olduğu söylenebilir. Zira bu maddeler bağlamındaki ihlal kararları bakımından, *ByLock* verilerinin mahkûmiyet kararındaki belirleyici rolü büyük önem taşımaktadır. Bu itibarla bu davadaki ihlal gerekçelerinin, bütün *FETÖ/PDY* davalarına genellenebileceğini söylemek güçtür. Bununla birlikte 11. maddenin ihlal edildiğine yönelik kararın, oldukça fazla sayıda yargılama bakımından etkili olması mümkündür. **Zira kararda, FETÖ/PDY örgütüne bağlı olduğu kabul edilen dernek, sendika veya benzeri yapılara üyeliğin ceza sorumluluğunun tayininde kullanılmış olması başlı başına bir ihlal sebebi sayılmıştır.** Bu bağlamda yerel mahkemelerce sendika veya dernek üyeliğine ne ölçüde değer atfedildiğinin veya mahkûmiyete esas teşkil eden başka bir delil olup olmadığının bir önemi yoktur.

11. madde bağlamında yeni ihlal kararlarından kaçınılabilmesi için, yukarıda da ortaya konulduğu üzere, salt bir dernek, sendika veya benzeri yapıya üyeliğin ceza sorumluluğunun tayininde kullanılmaması gerekir. Eğer

kullanılacaksa bu takdirde hem bu sendika, dernek veya benzeri yapının suç teşkil eden fiillerle ilişkisinin kurulması hem de üyenin bir suç örgütüne bağlı olan bir yapıya üye olduğunu bilerek hareket ettiğinin tespit edilebilmesi şarttır. Bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihte *Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu'nda* ve *Ahmet Urhan Başvurusu'nda* verdiği kararlar, AİHM'in *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* kararında koyduğu prensiplerle bütünüyle uyumlu ve hatta bazı yönlerden onu aşan kararlardır. Bu kararlardaki ilkelere uyulmasının, sorunun örgütlenme özgürlüğüne uygun bir biçimde çözümü için yeterli olduğu kanısındayız.

## SONUÇ

*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında, olası hukuki, sosyal ve politik sonuçları itibarıyla, yakın geçmişteki en önemli kararıdır. Yalnızca başvuruçunun Türkiye'deki ceza yargılaması bakımından değil, *FETÖ/PDY* ya da başkaca silahlı terör örgütlerine üye olmak dolayısıyla yargılanan kişiler bakımından kararın ciddi etkileri olacaktır. Sayıları on binleri bulan ceza davalarının *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* kararından bir şekilde etkilenmesi beklenmektedir.

*FETÖ/PDY* üyeliği iddiasıyla silahlı terör örgütü üyeliği suçundan dolayı yapılan yargılamalar uzun yıllardır devam etmektedir. Gizlilik içinde örgütlenen bir yapılanma ile mücadele edildiği ve aynı anda çok fazla sayıda sanığın yargılanması söz konusu olduğu için, kuşkusuz bazı adli hatalar, eksiklikler, hak ihlalleri de söz konusu olmuştur. Gelinek noktada bu ihlaller fark edilmeye ve karara bağlanmaya başlanmış, yargılamaların hukuka uygun olarak yürütülmesi yolunda düzelmeler kaydedilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* kararını, bu yargılamaların seyrini değiştirecek bir kırılma noktası değil, yakın zamanda Yargıtay, AYM ve yine AİHM tarafından yukarıda zikrettiğimiz onlarca bozma ve ihlal kararının bir devamı olarak görmekteyiz. Bununla birlikte kararın daha önceki ihlal kararlarından farklı, özgün bir yanı olduğu ve yeni standartlar vücuda getirdiği de kuşkusuzdur.

Kararın anlamının kamuoyunda şu ana dek kamuoyunda doğru zeminde tartışılmadığını müşahede etmekteyiz. Karar ne *ByLock* delillerinin elde edilmesini ya da ceza muhakemesinde kullanılmasını ihlal sebebi olarak kabul etmekte ne *FETÖ/PDY'nin* vasıf ve mahiyetini tartışmakta ne de delil değerlendirmesi ihtiva etmektedir. AİHM, ikincillik ilkesinin bir gereği olarak bu hususları değerlendirme yetkisine sahip olmadığı gibi, değerlendirme

konusu kararda böyle bir çabaya da girişmemiştir.

Karardan çıkarılması gereken en önemli sonuç **yargılamaların titizlikle yapılması gerekliliğidir**. Bu durum gerek ceza sorumluluğunun *ByLock* kullanımının ispatına dayandırılması ve örgüt üyeliğinin şartlarının araştırılmamasının neden olduğu 7. madde ihlalinde gerekse başvurucunun ceza muhakemesi sırasında taleplerinin göz ardı edilmesi, itirazlarının karşılanmaması ve savunmanın içinde bulunduğu dezavantajlı durumun dengelenmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması dolayısıyla ortaya çıkan 6. madde ihlalinde açıkça görünmektedir.

Yargıtay kararlarında da açıkça kabul edildiği üzere *FETÖ/PDY* katmanlı bir örgüttür ve bu örgütle bağlantısı olan kişilerin tamamının belli suçlar işlemek amacıyla bir araya gelmiş örgüt üyeleri olmadığı, bir kısmının hataya düştüğü aşıkardır<sup>94</sup>. *FETÖ/PDY*'ye bağlı yapıların Türkiye'de oldukça uzun bir süre görünüşte meşru zeminde faaliyet gösterdikleri ve örgütün silahlı terör örgütü vasfının gerek MGK gerekse mahkemelerce 2016-2017 yıllarına değin tespit edilemediği gerçeği de karşımızda durmaktadır. Bu gerçeklik kabul edilmişken, yargılamaların, *ByLock* kullanan kişilerin iradelerini örgüte teslim etmiş ve her türlü emri yerine getirmeye hazır kişiler oldukları ve bu durumun bizatihi silahlı terör örgütü üyeliğine delalet ettiği gibi *genellemelere* dayandırılması, hak ihlallerinin temel nedenlerinden biridir. Aynı değerlendirmelerin belli bir bankaya para yatırmak ya da bir derneğe üye olmak gibi eylemler bakımından yapılması da mümkündür. Bu hak ihlallerinin giderilmesinin yolu da yine yargılamaların titizlikle yürütülmesinden ve hukukun temel ilkelerinin bir gereği olarak **faillerin ceza sorumluluğunun şahsen tespit edilmesinden geçmektedir**. Silahlı terör örgütü üyeliği suçundan dolayı yapılacak yargılamalarda, Türk hukukundaki yerleşik içtihatla uyumlu olarak, failin örgütün hiyerarşik yapısı içindeki yeri, emir almaya ve yerine getirmeye hazır oluşu ve belli suçlar işlemek amacıyla kurulmuş bir suç örgütünün üyesi olduğuna dair doğrudan kastla hareket edip etmediğinin araştırılması gerekir.

Terörle mücadele, devletin görevleri arasında belki de en çetin olanıdır. Terör propagandasıyla ifade özgürlüğünün, örgüte eleman devşirilmesiyle dernek kurma hürriyeti arasındaki sınırların bulanıklaştığı, örgütlerin meşru

<sup>94</sup> FETÖ/PDY üyelerinin içinde buldukları grupla kurdukları bağlarla ilişkin bir okuma için ayrıca bkz. **Abayhan, Yasemin**, "Bir "Cemaat" Terör Örgütüne Nasıl Dönüştü? Gülen Cemaati'nin Eski Grup Üyelerinin Anlatımına Dayalı Değerlendirilmesi", *Liberal Düşünce Dergisi*, 22(87), 2017, 5-32.

ve gayrimeşru faaliyetleri iç içe yürüttüğü ve hangisinin nerede başlayıp nerede bittiğinin tespit edilmesinin son derece güç olduğu bir alanda mücadele verilmektedir. Örgüte karşı güçlü bir mücadele vermemek ona yaşayacak ve gelişecek alanı açacak; mücadeleyi yürüten unsurların hukuk dışına çıktığı her durum ise bir “zulüm vesikası” olarak örgüt propagandasına malzeme edilecek ve uzun vadede örgüte ahlaki üstünlük retoriği ile güçlenme imkânı sağlayacaktır. Bu nedenledir ki terörle mücadelede hukukun üstünlüğü temel ilke olarak her safhada en güçlü biçimde tezahür etmelidir.

AİHM tarafından verilen ihlal kararı ilk bakışta Türkiye için olumsuz gibi görünmekte ise de esasen bu zorlu süreçte ortaya çıkmış olan hak ihlallerinin giderilmesi için yeni bir imkan sağlamaktadır. Kararda belirtilen ihlal gerekçelerini ortadan kaldıracak nitelikte muhakemenin derinleştirilmesi, savunmanın usuli korumalarının genişletilmesi, kanuna uygun olarak kurulmuş ve faaliyet göstermiş derneklerin yasallık karinesinden yararlandırılması gibi demokratik bir hukuk devletinin gereği olan hususların uygulanması terörle mücadeleyi zafiyete düşürmeyecek, bilakis yukarıda zikrettiğimiz gerekçeyle daha da güçlendirecektir.

Çalışmanın, kararın kamuoyu için daha anlaşılır bir hale gelmesine ve sağlıklı bir zeminde tartışılmasına katkı sağlamasını, özellikle uygulayıcılar bakımından yol gösterici nitelikte olmasını dileriz.



## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- Değirmenci, Olgun**, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, 2014, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Nişancı, Dilaver**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları (AİHS 6. Madde Çerçevesinde)*, 2022, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özgenç, İzzet**, *Suç Örgütleri*, 2022, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Sarıtaş, Erkan**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*, 2018, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- Şen, Ersan, Eryıldız, H. Sefa**, *Suç Örgütü*, 2022, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Taner, Fahri Gökçen**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 2021, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Zengin, Mehmet**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçlarının Normatif ve Olgusal Temelleri*, 2021, Ankara: Seçkin Yayınevi.

### Makaleler

- Abayhan, Yasemin**, Bir “Cemaat” Terör Örgütüne Nasıl Dönüştü? Gülen Cemaati’nin Eski Grup Üyelerinin Anlatımına Dayalı Değerlendirilmesi, *Liberal Düşünce Dergisi*, 22(87), 2017, 5-32.
- Ateş Benek, Neslihan**, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2022, 10(2), 367-411.
- Bekri, Nedim**, “Gerekçeli Karar Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 2014, 205-222.
- Gedik, Doğan**, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21(Özel Sayı), 2019, 913-963, s. 920-921.
- İnce, Kadri**, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk ve Silahlı Terör Örgütü”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(1), 2020, 241-269.

**Karaman, Ebru**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine



Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, LXXII(1), 2014, 411-434.

**Kitapçioğlu Yüksel, Tülay**, “Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m. 314)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72(1), 2023, 295-342.

**Osmanoğlu, Bilal, Kıdıl, Fahrettin**, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (Özel Sayı), 2019, 1141-1177.

**Sert, Arman, Demir, Cenker Korhan, Avcı, Engin**, “Strateji, Örgütlenme ve Organizasyonu ile Kendine Özgü Bir Terörist Örgüt: FETÖ”, *Güvenlik Birimleri Dergisi*, UGK Özel Sayısı, 2020, 1-28.

**Yurtlu, Fatih**, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Gerekçeli Olma Zorunluluğu ve Silahsız Terör Örgütü Tartışmaları (Hizb-ut Tahrir Örneği)”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2021, 261-293.

## Raporlar

**Emniyet Genel Müdürlüğü**, *Organize ve Mali Suç Örgütü Olarak Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) Çalıştay Raporu*, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2017.

**European Court of Human Rights**, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights: No Punishment Without Law: The Principle That Only the Law Can Define a Crime and Prescribe a Penalty*, 2022.

## Tezler

**Aydoğan, Gökhan**, *Türk Ceza Hukukunda Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022.

**Karabacak, Erkan**, *İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değeri: Bylock Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

**Kızılrnak, Baran**, *Önleyici Amaçla Elde Edilen Verilerin Ceza Muhakemesinde Kullanılabilirliği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

**Özkaya, Burçin**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.

**Ünal, Osman Gazi**, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

### **İnternet Kaynakları**

**Özgenç, İzzet**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yüksel Yalçınkaya/ Türkiye Kararı Üzerine Değerlendirmeler*, <https://izzetozgenc.com/makale/avrupa-insan-haklari-mahkemesi%E2%80%99nin-yuksel-yalcinkaya-turkiye-karari-uzerine-degerlendirmeler>, E.T: 23.10.2023.

**Şen, Ersan, Duymaz, Erkan**, *İHAM Büyük Daire'nin "ByLock Kararı" Nasıl Yorumlanmalı*, <https://sen.av.tr/tr/makale/İHAM-büyük-dairenin-bylock-karari-nasil-yorumlanmalı>, E.T: 25.10.2023.

### **Kararlar**

#### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

Ahmet Urhan Başvurusu, 2014/13961, 09.10.2019.

Ali Şeker Başvurusu, 2016/68962, 20.09.2018.

Aydın Yavuz Başvurusu, 2016/22169, 20.06.2017.

Bestami Eroğlu Başvurusu, 2018/23077, 17.09.2020.

Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu, 2019/20791, 18.10.2022.

Ejder Güzel Başvurusu, 2020/13491, 12.04.2023.

Ferhat Kara Başvurusu, 2018/15231, 04.06.2020.

İbrahim Er ve Diğerleri Başvurusu, 2019/33281, 26.01.2023.

Oğuzhan Aksoy Başvurusu, 2018/37293, 13.09.2022.

Y. Y. Başvurusu, 2020/22966, 19.10.2022.

Yankı Bağcıoğlu Başvurusu, 2014/253, 09.01.2015.

Yılmaz Çelik Başvurusu, 2014/13117, 19.07.2018.

Yunus Usluer Başvurusu, 2018/38137, 10.05.2022.

#### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

Akgün v. Türkiye, 19699/18, 20.07.2021.

Ayoub ve Diğerleri v. Fransa, 77400/14, 34532/15, 34550/15,  
08.10.2020.

Dowsett v. Birleşik Krallık, 39482/98, 14.05.2002.

Jasper v. Birleşik Krallık, 27052/95, 16.02.2000.

Muhammad ve Muhammad v. Romanya, 80982/12, 15.10.2020.

Natunen v. Finlandiya, 21022/04, 31.03.2009.

Selahattin Demirtaş v. Türkiye, 14305/17, 22.12.2020.

Taner Kılıç v. Türkiye, 208/18, 31.05.2022.

Yasin Özdemir v. Türkiye, 14606/18, 07.12.2021.

Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye, 15669/20, 26.09.2023.





# KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

## Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852

Cilt/Volume: 2

Sayı/No: 2

ARALIK/December 2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

**YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN "MURİS MUVAZAASI" HAKKINDAKİ 23.05.2019 TARİHLİ VE E. 2017/1263, K. 2019/603 SAYILI KARARININ İNCELENMESİ**

*Review Of The Decision Dated 23.05.2019 and Numbered 2017/1263-2019/603 Of The General Assembly Of Civil Chambers Of The Court Of Cassation On The "Collusion of Deceased"*

**Fikriye Ceren SADIÖĞLU\***

### ÖZET

*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.05.2019 tarihli ve E. 2017/1263, K. 2019/603 sayılı kararına konu olan olayda miras bırakan ölmeden beş yıl önce bir taşınmazını oğlunun eşine temlik etmiştir. Genel Kurul, miras bırakana normal bir bakımının ötesinde bakım ve destek sağlayan gelininin aşırı hizmetinin semen olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Temlik işleminin muvazaalı olduğu iddiasına karşı Genel Kurul, miras bırakanın mal kaçırma amacıyla değil, gelininin kendisine sağladığı bakım ve desteğin yarattığı minnet duygusu ile hareket ettiği gerekçesiyle temlikin muvazaalı olmadığını kabul etmiştir. Bu çalışmada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararı, muris muvazaasının kaynağı olan 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı ve öğretilerdeki görüşler doğrultusunda incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Muris muvazaası, Miras bırakan,*

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. e-posta: ceren.sadioglu@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0002-5751-8973

*Mal kaçırma amacıyla temlik, Minnet duygusuyla yapılan temlik*

### **ABSTRACT**

*In the incident that is the subject of the decision of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation dated 23.05.2019 and numbered E. 2017/1263, K. 2019/603, the legator transferred a real estate to his son's wife five years before his death. The General Assembly decided that the excessive service of the daughter-in-law, who provided care and support beyond the normal care of the legator, should be considered as compensation. Against the claim that the assignment was collusive, the General Assembly accepted that the assignment was not collusive on the grounds that the legator acted out of gratitude for the care and support provided to him by his daughter-in-law, not with the aim of smuggling goods. In this study, the aforementioned decision of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation will be examined in line with the decision of the Court of Cassation General Assembly on the Unification of Judgments dated 01.04.1974 and numbered 1/2, which is the source of collusion of deceased, and the opinions in the doctrine.*

**Keywords:** *The General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation, Collusion of Deceased, Legator, Assignment for the purpose of smuggling goods, Assignment made with a sense of gratitude*

## **GİRİŞ**

Türk aile yapısındaki değişim neticesinde yaşlılar gün geçtikçe yalnızlaşmaktadır. Bedensel hastalıklar ve fiziksel kısıtlılıklar, yaşlıların kendileriyle yakından ilgilenen mirasçılarıyla ile sıkı bağ kurmalarına sebep olmaktadır. Miras bırakanlar, zor günlerinde kendisine bakım ve destek sağlayan mirasçısına karşılık verme düşüncesi ile bir mal varlığı değerini karşılıksız kazandırmaya yönelmekte, bu mal varlığı değeri çoğunlukla taşınmaz olmaktadır. Miras bırakanın asıl yapmak istediği bağış sözleşmesi, bazen ölünceye kadar bakma sözleşmesi bazen de satış sözleşmesi ile gizlenmektedir. Yargıtay önceki dönem kararlarında çocuğun anne babasına bakmasının ahlaki bir ödev olduğu gerekçesiyle bu tür işlemlerin muvazaalı olduğuna hükmetmekteydi. Ancak Yargıtay'ın son yıllarda, miras bırakana olağanın üstünde emek ve bakım sağlayan kişiye miras bırakan tarafından minnet duygusuyla yapılan temlikin muvazaalı olmayacağına hükmettiği görülmektedir. İnceleme konusu karar da bunlardan birisidir. Toplumsal yapıdaki değişim ve ihtiyaçlar göz önüne alındığında, Yargıtay'ın son yıllardaki eğilimi haklı ve makul görünmekle birlikte miras bırakanın gerçek iradesini tespit etmek için somut olayın özellikleri çok iyi değerlendirilmelidir.

## I. OLAYIN ÖZETİ VE UYUŞMAZLIK KONUSU

Karara konu uyuşmazlık, miras bırakanlar tarafından sağlıklarında davacılar lehine tapuda yapılan temliklerin, davacı yasal mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapıldığı iddiasından kaynaklanmaktadır. Karara göre miras bırakanlardan F. 16.02.2004 tarihinde, Ş. ise 12.12.2009 tarihinde ölmüş, yasal mirasçı olarak davacı kızları, davalı oğlu İ. ile ölen oğullarından olma torunlarını bırakmışlardır. Miras bırakan F., 20.02.1985 tarihinde kayden maliki olduğu 5673 parsel sayılı taşınmazı davalı oğlu İ.'ye; diğer miras bırakan Ş. Maliki olduğu 5672 parsel sayılı taşınmazı 12.02.2004 tarihinde davalı İ.'nin eşi diğer davalı K.'ye satış suretiyle temlik etmişlerdir. Davacı, miras bırakanların davalılar lehine tapuda yaptığı temliklerin muvazaasıyla iptali ile tapu sicilinin düzeltilmesi, olmadığı takdirde tenkis edilmesi talebiyle ilk derece mahkemesine başvurmuştur.

## II. MAHKEMELERİN UYUŞMAZLIK HAKKINDAKİ KARARLARI

### A. İlk Derece Mahkemesinin Kararı

Davacının muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak “tapu iptali ve tescil” talebiyle açmış olduğu dava, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Acıpayam Asliye Hukuk Mahkemesince incelenmiştir. Yerel mahkemece, her iki taşınmazın da tapuda gösterilen bedellerinin gerçek değerlerinin çok altında olduğu, davacı tanıklarının beyanında geçtiği üzere muris F. ile Ş.'nin bu taşınmazları satmaya ihtiyaçlarının bulunmadığı gibi hacca gidip gelecek kadar maddi durumlarının iyi olduğu, sırf yaşlandıklarında davalı İ. ve K.'nin kendilerine bakmaları için taşınmazları devrettikleri tespit edilerek her iki taşınmazın devrinin de muvazaalı olduğu gerekçesiyle 22.05.2012 tarihli ve E. 2010/565, K. 2013/221 sayılı karar ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

### B. Özel Dairenin Kararı

İlk derece mahkemesinin kararı, davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesi tarafından 5673 parsel sayılı taşınmazın, miras bırakan tarafından davalı İ.'ye temlikine ilişkin tasarrufun diğer mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunun belirlenmesi ve bu yönde karar verilmiş olmasında isabetsizlik görmemiştir. Bu nedenle özel daire, davalı İ.'nin bu yöndeki temyiz itirazlarını yerinde bulmayarak oybirliği ile reddine karar vermiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, davalı K.'nin temyiz itirazları bakımından ise; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabil-

mesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün, diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlı olduğunu belirtmiştir. Özel daire, bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesinin de büyük önem taşıdığını, bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşerî ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk olduğunu ifade etmiştir. Özel daire, satışa konu edilen bir malın devrinin belirli bir semen karşılığında olması gerektiğini; bu semenin mutlaka para olmasının gerekmediğini, belirli bir hizmet veya emeğin de malın bedeli olabileceğini kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.04.2009 tarih ve 2009/1-130 Esas, 2009/150 Karar sayılı kararına gönderme yapmıştır.

1917 doğumlu miras bırakan Ş.'nin 92 yaşında öldüğü, çekişme konusu arsa niteliğindeki taşınmaz davalı gelini K.'ye 2004 yılında temlik ettiği, davalı İ.'nin ise bu dönemde yurt dışında bulunduğu, 2004 yılı başlarında ölen miras bırakan Ş.'ye İ.'nin eşi davalı K.'nin baktığının tanık anlatımlarından anlaşılması; ayrıca miras bırakan Ş.'nin, terekesinde bulunan başka taşınmazları temlik etmemiş olması sebebiyle Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, miras bırakan Ş.'nin mal kaçırma kastıyla hareket etmediğine kanaat getirmiştir. Netice itibariyle özel daire, miras bırakan Ş.'nin yapmış olduğu temlikle ilgili gerçek amaç ve iradesinin mirasçılardan mal kaçırmak olduğunu kabul etmemiş; 5672 parsel sayılı taşınmaz bakımından davanın reddine karar verilmesi gerektiğinden bahisle ilk derece mahkemesinin kararını oy çokluğu ile bozmuştur<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Yargıtay 1. HD., T. 28.05.2013, E. 2013/6625, K. 2013/8684, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023). Özel dairenin bir üyesi, "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni geciktirici sebeplere ve özellikle miras bırakan Ş.'nin 5672 parsel sayılı taşınmaz davalı gelini K.'ye temlik tarihinde K.'nin eşi İ.'den boşanmış olduğu, miras bırakan ile davacı kızlarının arasının açık olduğu, gerçekten miras bırakan ile davalı arasında bir ölüncüye kadar bakma ilişkisi mevcut ise temlikin buna uygun şekilde yapılmak suretiyle tasarrufun sağlıklı olması da sağlanabileceksen bunun da yapılmamış olması sonuç itibariyle yapılan temlikin diğer mirasçılardan mal kaçırma amacıyla gerçekte bağışlanan taşınmazın satış yapmış gibi davalıya temlik edildiği yani muavazaalı olduğu saptandığına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün 5672 parsel sayılı taşınmaz yönünden de onanması gerekir" gerekçesiyle çoğunluğun bozma görüşüne iştirak etmemiştir.



### C. Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin, ilk derece mahkemesinin kararını oy çokluğu ile bozması üzerine dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmiştir. Yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece, murisin gerçek iredesi taşınmaz karşılığı bakım sağlamak ise bunun usulüne uygun bir bağış veya ölünceye kadar bakma akdiyle yapıp gerçek iradenin işleme yansıtılması gerektiği, sonuç olarak yapılan devrin muvazaalı olduğu gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir. Bunun üzerine direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiş; uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen hukuki sorun, miras bırakan Ş.'nin 5672 parsel sayılı taşınmazını sağlığında davalı gelini K.'ye temlik etmesinin gerçekte mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olup olmadığının belirlenmesinden ibarettir.

Hukuk Genel Kurulu, muvazaa hakkında sadece Türk Borçlar Kanunu'nda genel hüküm bulunduğunu; muris muvazaasına ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığını ve muris muvazaasının kaynağının daha çok Yargıtay içtihatları ve bilimsel görüşler olduğunu ifade ederek muvazaanın esas kaynağı olan 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararına gönderme yapmıştır. Kararda muris muvazaasının tanımı yapıldıktan sonra muris muvazaası iddiasına dayalı uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi için nelere dikkat edilmesi gerektiği özel darenin kararındaki gibi aynı ifadelerle belirtilmiştir. Miras bırakan tarafından yapılan temlikin, mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunun ispatı hususunda ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 6'ya ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190/f. 1'e gönderme yapılarak ispat yükünün işlemin muvazaalı olduğunu iddia eden davacıya ait olduğu ifade edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, somut olayda miras bırakan Ş.'nin davalı K.'ye taşınmazını temlik ettiği tarihte oldukça ileri bir yaşta olduğu, eşinin kısa bir süre önce vefat ettiği, sosyal güvencesinin bulunmadığı, vefat eden eşinin de ölmeden önce hasta olup uzunca bir süre yatağa bağımlı şekilde yaşadığı ve bu sırada her türlü bakım ve ihtiyaçlarının davalı gelini tarafından sağlandığı, daha sonra vefat eden miras bırakan Ş.'nin de ölmeden önce üç dört yıl kadar yatağa bağımlı yaşadığı ve bu zor günlerinde ölünceye kadar davalı gelini K. ve eşi tarafından bakılarak tüm ihtiyaçlarının temin edildiği, davacı kızlarının ise gerekli ilgiyi göstermediklerinin tanık anlatımlarından anlaşıldığını tespit etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu tarafından somut olay bakımından, taşınmazın temlik tarihinden sonra yatağa bağımlı hâlde yaşayan kayınpederine normal bir

bakımın ötesinde bakım ve destek sağlayan davalı gelinin bu aşırı hizmetinin semen olarak değerlendirilmesi hukuka uygun bulunmuş, böyle bir durumda yapılan temlikin ivazlı olduğunun kabulü gerektiği tespit edilmiştir.

Netice itibarıyla Hukuk Genel Kurulu davalı K.'nin temyiz itirazlarını kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur<sup>2</sup>.

### III. DEĞERLENDİRME

#### A. Genel Olarak Muvazaa ve Muris Muvazaası

Yukarıda görüldüğü üzere uyuşmazlık, miras bırakan Ş.'nin davalı gelini K. lehine ölmeden önce yapmış olduğu temlik işleminin muvazaa olup olmadığına ilişkindir. Bu bağlamda önce genel olarak muvazaa ve muris muvazaası kavramlarına kısaca değinmek gerekmektedir.

Muvazaa, bir sözleşmenin her iki tarafının da bilerek ve isteyerek, iradeleri ile beyanları arasında bir uygunsuzluk meydana getirmelerine denir<sup>3</sup>. Mu-

<sup>2</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yöndeki diğer kararları için bkz. YHGK, T. 29.04.2009, E. 2009/1-130, K. 2009/150, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); YHGK, T. 16.06.2010, E. 2010/1-295, K. 2010/333, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023). Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin benzer yöndeki kararları için bkz. Yargıtay 1. HD., T. 11.11.2019, E. 2016/13269, K. 2019/5778, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); Yargıtay 1. HD., T. 15.05.2019, E. 2019/1944, K. 2019/2965, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); Yargıtay 1. HD., T. 20.06.2019, E. 2016/5488, K. 2019/3981, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); Yargıtay 1. HD., T. 31.10.2019, E. 2016/13155, K. 2019/5597, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); Yargıtay 1. HD., T. 19.11.2019, E. 2016/11064, K. 2019/5912, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); Yargıtay 1. HD., T. 15.06.2015, E. 2014/9261, K. 2015/8830, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); Yargıtay 1. HD., T. 16.03.2015, E. 2014/3643, K. 2015/3598, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023); Yargıtay 1. HD., T. 18.03.2013, E. 2012/15285, K. 2013/3677, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 15.09.2023).

<sup>3</sup> Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 395; Antalya O. G, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 345; Hatemi H / Gökyayla K. E, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 95; Kılıçoğlu A. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 234; Yıldırım A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 13. Baskı, Monopol Yayınları, 2022, s. 114; Akıncı Ş, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları", SÜHFD, 2019, 27(3), 652-678, s. 653-654; Demirsatan B, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa" MÜHFHAD, 2020, 26(2), 1220-1241, s. 1223; Hatipoğlu Z. U, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Miras Bırakanın Asıl İradesinin Tayini", DÜHFD, 2017, 22(36), 109-135, s. 111; Akcaal M, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 2021, s. 398.

vazaa, mutlak muvazaa ve nispi muavazaa olarak ikiye ayrılmaktadır. Tarafların gerçekte herhangi bir işlem yapmayı düşünmemelerine rağmen sırf üçüncü kişilere karşı, onları aldatmak amacıyla bir işlem yapmış gibi gözükmek için görünürde bir işlem yapmalarına “mutlak muvazaa” denir<sup>4</sup>. “Nispi muvazaa” ise, tarafların aralarında akdettikleri bir sözleşmeyi, dışa karşı yaptıkları ve kendi iç iradelerine uymayan bir işlem ile gizlemeleridir<sup>5</sup>. Mutlak muvazaada “görünürdeki işlem” ve “muvazaa anlaşması” olmak üzere iki işlem bulunurken, nispi muavazaada bunlara ek olarak bir de “gizli işlem” bulunmaktadır<sup>6</sup>. Ayrıca her iki muvazaa türünde de tarafların üçüncü kişileri “aldatma kastı” bulunmalıdır<sup>7</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 19/f. 1’e göre, “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır*”. Doktrindeki bir görüşe göre<sup>8</sup> TBK m. 19/f. 1’de sadece nispi muvazaa düzenlenmiş olup mutlak muvazaa hükme bağlanmamıştır. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre<sup>9</sup> ise buradaki “gerçek amaçlarını gizlemek” ifadesi, sadece nispi muvazaadaki gizli işlem unsuruna işaret olarak düşünülmemelidir. Zira mutlak muvazaada da tarafların gerçek bir amaçları vardır, bu amaç herhangi bir sözleşme yapmamaktır. Kanaatimize göre anılan hüküm, arkada gizli bir işlem olsun ya da olmasın, taraf-

<sup>4</sup> Erdoğan İ / Keskin A. D, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), Genişletilmiş 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020, s. 36; Doğan M / Şahan G / Atamulu İ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 133; Aydos O. S, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022, s. 59; Atamulu İ, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, 2017, s. 3; Aday N, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992, s. 4; Eren, s. 399; Antalya, s. 348; Yıldırım, s. 115; Akıncı, s. 653-654; Hatipoğlu, s. 112; Akçaal, s. 398.

<sup>5</sup> Yılmaz S, Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Yetkin Yayınları, 2021, s. 67; Topuz M, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler”, İKÜHFD, 2016, 15(2), 709-727, s. 710-711; Oğuzman M. K / Öz M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 135; Eren, s. 399; Erdoğan/Keskin, s. 36; Aydos, s. 60; Antalya, s. 348; Kılıçoğlu, s. 237; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 134; Yıldırım, s. 116; Akıncı, s. 653; Atamulu, s. 3; Hatipoğlu, s. 112; Aday, s. 4; Akçaal, s. 398.

<sup>6</sup> Antalya, s. 349; Eren, s. 399.

<sup>7</sup> Eren, s. 398; Yıldırım, s. 115-116; Akıncı, s. 655.

<sup>8</sup> Eren, s. 399; Can Bayhan D, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası Olarak Değerlendirilmeyen İşlemler”, Dicle Akademi Dergisi, 2022, 2(2), 179-200, s. 181.

<sup>9</sup> Kılıçoğlu, s. 237; Atamulu, s. 53; Aday, s. 21.

ların gerçek ve ortak iradelerine itibar edilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır.

Nispi muvazaa; sözleşmenin niteliğinde, sözleşmenin konusunda veya şartlarında ya da sözleşmenin taraflarının kimliğinde olabilir<sup>10</sup>. Sözleşmenin niteliğinde muvazaa "tam muvazaa" hâli olup, sözleşmenin konusunda veya şartlarında ya da tarafların kimliğinde yapılan muvazaalar "kısmi muvazaa" hâlidir<sup>11</sup>. Bir miras bırakanın, mirasçılardan mal kaçırmak istemesi ve karşı tarafla yapmış olduğu bağışlama sözleşmesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile gizlemesi, kısaca muris muvazaası, sözleşmenin niteliğini değiştiren muvazaa örneğidir<sup>12</sup>.

Muris muvazaası, Türk hukukunda en çok karşılaşılan nispi muvazaa türüdür<sup>13</sup>. Muvazaa sadece Türk Borçlar Kanunu'nda genel hüküm olarak düzenlenmiş bulunduğundan, Türk hukukunda muris muvazaasına ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Muris muvazaası kurumunun kaynağı, bilimsel görüşler ve Yargıtay içtihatlarıdır. Muris muvazaası ile ilgili temel içtihat, 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararıdır. Bu karara göre muris muvazaası, miras bırakanın, mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapuya kayıtlı olan taşınmazını, lehine yarar sağlamak istediği mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye satmış gibi gösterip temlik etmesidir<sup>14</sup>. Kısaca

<sup>10</sup> Eren, s. 401; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 135; Akıncı, s. 654; Atamulu, s. 55 vd. Tarafta muvazaa doktrinde çoğunlukla kabul edilmekle birlikte, farklı gerekçelerle sözleşmenin tarafında muvazaa yapılamayacağını ileri süren görüşler de mevcuttur. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 135-136; Hatemi/Gökyayla, s. 97; Aday, s. 18 vd.

<sup>11</sup> Eren, s. 400 vd.; Kılıçoğlu, s. 234; Antalya, s. 349-350; Yıldırım, s. 116-117.

<sup>12</sup> Sözleşmenin niteliğini değiştiren muvazaaya bir diğer örnek, önalım hakkının kullanılmasına engel olmak için satış sözleşmesinin bağışlama sözleşmesiyle gizlenmesidir. Bkz. Eren, s. 400; Oğuzman M. K / Seliçi Ö / Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 433.

<sup>13</sup> Doğan/Şahan/Atamulu, s. 134; Akıncı, s. 654; Can Bayhan, s. 181. Miras bırakanı muvazaalı işlem yapmaya sevk eden nedenler için bkz. Topuz, s. 721; Yılmaz, s. 117 vd.; Hatipoğlu, s. 111; Sert Sütçü S, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 71 vd.; Eviz E, Muris Muvazaası, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 65 vd.

<sup>14</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında "Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanun'un 507. ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etki-

muris muvazaasını, miras bırakanın mirasçılardan ve terekeden mal kaçırmak amacıyla görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiş bir işlem yapması olarak tanımlamak mümkündür<sup>15</sup>. Muvazaalı olarak tapılan temlik işleminin mirasçı ya da üçüncü kişi ile yapılmasının sonuç bakımından herhangi bir önemi yoktur<sup>16</sup>. Muvazaaya dayanarak TMK m. 1025 uyarınca açılması gereken tapu sicilini düzeltme davasını (tapu iptali ve tescil davasını)<sup>17</sup>, saklı paylı olsun olmasın bütün mirasçılar açabilir<sup>18</sup>. Zira miras bırakanın muvazaalı işlemleriyle, saklı payı olmayan mirasçıların miras payı da etkilenmektedir<sup>19</sup>. Son olarak, tapusuz taşınmazlar ve taşınır eşya devirlerinde, resmî şekil şartı aranmadığından, bahsi geçen içtihadın uygulanmayacağını belirtmek gerekmektedir<sup>20</sup>.

Muris muvazaası bir nispi muvazaa türü olması sebebiyle unsurları, görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması, gizli işlem ve aldatma kastıdır<sup>21</sup>. Muris

*li olmayacağına...*" karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T. 01.04.1974, E. 1974/1, K. 1974/2, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 30.09.2023). Nasıl ki muris muvazaası kavramının tanımı ve şartları Yargıtay içtihatları ile şekillenmiş ise, muris muvazaası olarak kabul edilmeyen işlemler de yine Yargıtay içtihatları ile şekillenmiştir. Muris muvazaası olarak kabul edilmeyen işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Can Bayhan, s. 185 vd.

<sup>15</sup> Topuz, s. 711; Yılmaz, s. 108-109; Sert Sütçü, s. 65.

<sup>16</sup> Topuz, s. 715.

<sup>17</sup> Tapu sicilini düzeltme davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akçaal, s. 303 vd.

<sup>18</sup> Topuz, s. 716; Atamulu, s. 260; Sert Sütçü, s. 145; Eviz, s. 54-55; Aday, s. 73; Yücer Aktürk İ, "Hısımlar Arası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa", ERÜHFD, 2015, 10(2), 37-51, s. 49-50; Serozan R / Engin B. İ, Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 200. Muris muvazaasında miras bırakanın mal kaçırma amacıyla hareket edebileceği mirasçıların sadece saklı paylı mirasçılar olduğu yönünde bkz. Dural M / Öz T, Miras Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 266; Yılmaz, s. 176-177. Dural/Öz'e göre, miras bırakan muvazaalı işlem yapmayıp malını açıkça bağışlamış olsaydı hiçbir hak ileri süremeyecek olan saklı payı olmayan mirasçılara ve saklı payları dışında bir şey talep edemeyecek olan saklı paylı mirasçılara, miras bırakan muvazaalı bir işlemle taşınmazını temlik ettiği için daha fazla hak tanımak, tereddütle karşılanmalıdır. Bkz. Dural/Öz, s. 266.

<sup>19</sup> Sert Sütçü, s. 64, 145.

<sup>20</sup> İnan A. N / Ertaş Ş / Albaş H, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 454.

<sup>21</sup> Doğan/Şahan/Atamulu, s. 134-135; Eviz, s. 55. Yargıtay'a göre muris muvazaası, dört unsurdan oluşmaktadır: 1-Miras bırakanın, mirasçısından mal kaçırmak için karşı tarafla anlaşarak gerçek iradesine uygun düşmeyecek ve sonuç doğurmayacak biçimde düzenlediği, tarafların aralarında düzenledikleri muvazaa anlaşması ile geçersiz olduğunu kabul ettikleri görünüşteki sözleşme, 2-Mirasçıların aldatma kastı, 3-Miras bırakan ile karşı taraf arasındaki görünüşte yapılan sözleşmenin niteliğini değiştiren, hiçbir şekil şartına bağlı olmayan, tarafların beyanları ile iradeleri arasında bilerek meydana getirdikleri uyumsuzluğu açıklayan muvazaa anlaşması, 4- Miras bırakan ile karşı tarafın gerçek iradelerine uygun olan ancak

muvaazaasında görünürdeki işlem, miras bırakanın mirasçılarını aldatmak ve mal kaçırmak amacıyla mirasçılardan biri veya üçüncü bir kişi ile yapmış olduğu ve tarafların gerçek iradelerine uymayan, hüküm ve sonuç doğurmasını istemedikleri işlemdir<sup>22</sup>. Muris muvazaasında görünürdeki işlem genellikle satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi olmaktadır<sup>23</sup>. Gizli işlem, tarafların gerçekte yapmak istedikleri işlem olup görünürdeki işlemin arkasına gizledikleri işlemdir. Muris muvazaasında gizli işlem bağışlamadır<sup>24</sup>. Muvazaa anlaşması, tarafların, görünürdeki işlemin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapılacağı ve bu işlemin hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmalarıdır<sup>25</sup>. Muvazaa anlaşmasının geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir<sup>26</sup>. Aldatma kastı, muris muvazaasında kendisini mirasçılarını aldatma kastı, diğer bir ifadeyle mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla göstermektedir<sup>27</sup>. Miras bırakan muvazaalı işlemi mirasçılardan biriyle yapıyorsa diğer mirasçılarını, üçüncü kişi ile yapıyorsa bütün mirasçılarını aldatma amacı bulunmalıdır<sup>28</sup>.

Muris muvazaasında taraflar görünürdeki işlemi mirasçılarını aldatmak amacıyla yaptıklarından, kanunun öngördüğü şekil şartına uygun olarak yapmış olsalar da, gerçek iradeleri bu işlemin hüküm ve sonuç doğurmaması yönünde olduğu için, görünürdeki işlem geçersiz kabul edilir. Buradaki geçersizlik türü kesin hükümsüzlüktür<sup>29</sup>. Doktrinindeki diğer bir görüşe göre ise görünürdeki işlemde ciddi beyan iradesi bulunmadığından, muvazaalı işlem

---

saklanan ve genellikle bağış şeklinde yapılan gizli sözleşme. Bkz. YHGK, T. 08.06.2011, E. 2011/4-359, K. 2011/405, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 30.09.2023).

<sup>22</sup> Eviz, s. 55; Hatipoğlu, s. 119; Can Bayhan, s. 183.

<sup>23</sup> Can Bayhan, s. 183; Sert Sütçü, s. 67; Eviz, s. 56; Topuz, s. 711; Antalya, s. 358.

<sup>24</sup> Yılmaz, s. 127; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 134; Can Bayhan, s. 184; Sert Sütçü, s. 70.

<sup>25</sup> Sert Sütçü, s. 67; Can Bayhan, s. 184.

<sup>26</sup> Can Bayhan, s. 184; Hatipoğlu, s. 120; Sert Sütçü, s. 68; Eviz, s. 57.

<sup>27</sup> Antalya, s. 360; Can Bayhan, s. 184; Hatipoğlu, s. 121; Atamulu, s. 253.

<sup>28</sup> Can Bayhan, s. 184.

<sup>29</sup> Erdoğan/Keskin, s. 36; Kılıçoğlu, s. 237; Aydos, s. 55, 60; Can Bayhan, s. 184; Hatipoğlu, s. 113; Yücer Aktürk, s. 42-43; Atamulu, s. 117; Sert Sütçü, s. 31, 162; Antalya, s. 352; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 134; Oğuzman/Öz, s. 136; Aday, s. 24; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 430; Antalya O. G, Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 338; Kaşak F. E, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 367.

yokluk yaptırımına tâbidir<sup>30</sup>. İsviçre’de de son zamanlarda hakim olan görüşe göre muvazaalı işlem hiç meydana gelmemektedir ve bir yokluk hâli söz konusudur<sup>31</sup>. Kanımızca burada, ciddi olmasa da karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları mevcutken bunlar yok kabul edilerek görünürdeki işlemin yokluk yaptırımına tâbi olduğu kabul edilmemelidir.

Gizli işlem ise tarafların iradelerine uygun olduğundan, kanunda belirtilen şekil şartına uygun yapıldığı takdirde geçerli olur<sup>32</sup>. Gizli işlemin görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiş olması onu geçersiz hâle getirmez<sup>33</sup>. Ancak muris muvazaasındaki gizli taşınmaz bağış sözleşmesi, TMK m. 706/f. 1 ve TBK m. 288/f. 2’de öngörülen şekle uygun yapılmadığından geçersiz olur<sup>34</sup>.

Muvazaanın ispatı bakımından TMK m. 6’daki genel kural geçerlidir. TMK m. 6 uyarınca, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”. Bu nedenle muvazaayı ispat yükü, bunu iddia eden tarafa aittir. Muvazaa iddiasında bulunan kişi, muvazaalı sözleşmenin taraflarından biri ise ve muvazaalı sözleşme yazılı şekilde veya resmî şekilde yapılmışsa, HMK m. 200-201’e göre muvazaanın yazılı delille ispatlanması gerekmektedir<sup>35</sup>. Üçüncü kişiler ise muvazaalı sözleşmeye taraf olmadıkları için yazılı bir delil elde edebilmeleri çok zor olduğundan yazılı delille ispatlamaları beklenmez, HMK m. 203-d hükmü gereği muvazaayı her türlü delille ispatlayabilirler<sup>36</sup>. Muvazaalı

<sup>30</sup> Eren, s. 403; Demirsatan, s. 1232. Burada teorik açıdan yokluk görüşünün kabul edilmesinin daha uygun düşeceği yönünde bkz. Akçaal, s. 399.

<sup>31</sup> Antalya, s. 352.

<sup>32</sup> Erdoğan/Keskin, s. 36; Eren, s. 407; Antalya, s. 354; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 135; Aydos, s. 61; Topuz, s. 711; Hatipoğlu, s. 113; Oğuzman/Öz, s. 137; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 430; Antalya, Miras, s. 338-339. Gizli işlemin geçerli olabilmesi için taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşmış olmalıdır. Sözleşmenin konusunun hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması ya da konusunun imkansız olması, gizli işlemi geçersiz kılar. Bkz. Antalya, s. 354; Eviz, s. 37; Atamulu, s. 164.

<sup>33</sup> Hatipoğlu, s. 113; Atamulu, s. 164. Örneğin, taraflar muvazaalı taşınmaz satışı sözleşmesinin arkasına bir kira sözleşmesini gizlemişlerse, taşınmaz satışı resmî şekilde gerçekleştirilse bile muvazaa sebebiyle geçersiz olurken gizli işlem olan kira sözleşmesi, geçerliliği herhangi bir şekil şartına tâbi olmadığı için, geçerlidir. Bkz. Doğan/Şahan/Atamulu, s. 136.

<sup>34</sup> Yılmaz, s. 128; Sert Sütçü, s. 114-115; Eviz, s. 73.

<sup>35</sup> Eren, s. 410; Aydos, s. 61; Akıncı, s. 656; Yücer Aktürk, s. 44; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 136; Atamulu, s. 202 vd.; Serozan/Engin, s. 200, dn. 29; Sert Sütçü, s. 210.

<sup>36</sup> Eren, s. 410; Antalya, s. 357; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 137; Aydos, s. 62; Yücer Aktürk, s. 44; Serozan/Engin, s. 200, dn. 29; Topuz, s. 717; Sert Sütçü, s. 210. Bu yönde bkz. YHGK, T. 02.10.2002, E. 2002/6-618, K. 2002/650, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>,



işlemin tarafı olan kişinin mirasçıları, miras bırakanın külli halefi olarak muvazaası iddiasında bulunurlarsa üçüncü kişi değil, taraf sayılırlar. Bu nedenle tıpkı miras bırakan gibi, muvazaayı yazılı delille ispatlamaları gerekir<sup>37</sup>. Fakat mirasçılar, miras bırakanın kanuni halefi olma sıfatına değil de, kendi miras haklarına dayanıyorsa o zaman üçüncü kişi konumunda olurlar<sup>38</sup>. İşte muris muvazaası iddiası ile açılan dava, kendi miras hakkına dayanan üçüncü kişi konumundaki yasal mirasçılar tarafından açıldığından, muris muvazaası iddiasında bulunan bir yasal mirasçı senetle ispat kuralına tâbi olmayıp, muvazaanın varlığını her türlü delille ispatlayabilir<sup>39</sup>.

Son olarak, muris muvazaasının miras hukukunun temel ilkelerinden biri olan tasarrufun ayakta tutulması (*Favor Testamenti*) ilkesi ile ilişkisinin olup olmadığı meselesine de değinmek gerekmektedir<sup>40</sup>. Bu ilke, miras bırakanın son arzularına saygının bir ifadesi olup şayet bir ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği, yapılacak yoruma bağlı ise ölüme bağlı tasarrufun geçerli olması sonucunu doğuran yorumun üstün tutulması anlamına gelmektedir<sup>41</sup>. Kanaatimize göre, miras bırakanın sağlığında yapmış olduğu temlik işleminde muris muvazaasının varlığının tespit edilerek görünürdeki işlemin muvazaası sebebiyle; gizli işlemin de şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması, *Favor Testamenti* ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira bu ilkenin uygulanabilmesi için miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarrufunun söz konusu olması gerekmektedir<sup>42</sup>. Ancak muris muvazaasına konu olan işlem, miras bırakanın sağlar arası tasarrufudur. Kaldı ki bu ilke, ölüme bağlı tasarruflarda bile, tasarrufun ehliyetsizlik sebebiyle veya şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği gibi hâllerde uygulama alanı bulmamaktadır<sup>43</sup>.

---

erişim tarihi: 03.10.2023).

<sup>37</sup> Eren, s. 410; Antalya, s. 358; Akıncı, s. 656; Atamulu, s. 202 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 454; Topuz, s. 717; Aday, s. 90. Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD., T. 19.04.2005, E. 2005/1948, K. 2005/4756, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 03.10.2023).

<sup>38</sup> Topuz, s. 718; Antalya, s. 358.

<sup>39</sup> Eren, s. 410; Topuz, s. 717. Bu yönde bkz. YHGH, T. 08.06.2011, E. 2011/359, K. 2011/405, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 03.10.2023); YHGH, T. 17.04.2015, E. 2013/1622, K. 2015/1238, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 03.10.2023); YHGK, T. 11.02.2021, E. 2017/1229, K. 2021/72, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 03.10.2023).

<sup>40</sup> *Favor Testamenti* ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Miras, s. 292 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 299 vd.

<sup>41</sup> Antalya, Miras, s. 293; İnan/Ertaş/Albaş, s. 299.

<sup>42</sup> Antalya, Miras, s. 293; İnan/Ertaş/Albaş, s. 299.

<sup>43</sup> Antalya, Miras, s. 293; İnan/Ertaş/Albaş, s. 300.



## B. İncelemeye Tâbi Uyuşmazlık Bakımından Değerlendirme

Miras hukuku alanındaki davalarda, inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararındaki uyuşmazlığa sıklıkla rastlanmaktadır. Mahkemelelerin ve özellikle Yargıtay'ın muris muvazaası iddiasıyla açılan davalarda odaklandığı husus, miras bırakanın gerçek iradesinin ve hangi amaçlarla hareket ettiğinin tespit edilmesidir. Yargıtay'ın muvazaası iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin kararlarında, miras bırakan taşınmazını eğer mirasçılarında mal kaçırma amacıyla temlik ettiyse işlemin muvazaalı olduğu ve 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararının uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti zor olduğu için bu yöndeki delillerin yanında somut olay bakımından bazı dış olguların da dikkate alınarak değerlendirmeye katılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu dış olgular, ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşerî ilişkidir. Anılan olgular, Yargıtay'ın muvazaaya ilişkin hemen hemen tüm kararlarında tekrarladığı, muvazaanın varlığının veya yokluğunun tespit edilmesi bakımından dikkat edilmesi gereken olgulardır<sup>44</sup>.

Seksenli yıllardan önce ikinci ve hatta üçüncü dereceden aile üyeleri birarada yaşamaktayken, köyden kente göçün artmasıyla geniş aileler yerini çekirdek ailelere bırakmıştır. Yaşlılık ve hastalık yıllarında yalnız kalan anne babalarla, fiziki olarak onlara en yakın bulunan çocukları ilgilenmeye başlamıştır. Bu durum ise anne babaların zor günlerinde kendilerine destek olan, kendileri için hizmet ve masraf eden çocuklarına karşılık olarak miraslarını bırakma eğiliminin yaygınlaşmasına yol açmıştır.

İncelemeye konu olan karardaki uyuşmazlıkta, 1917 doğumlu miras bırakan Ş., 5672 parsel sayılı taşınmazı 2004 yılında davalı K.'ye temlik etmiştir. Miras bırakan Ş., bu taşınmazı temlik ettiği tarihte oldukça ileri yaşta, eşi vefat etmiş ve sosyal güvencesi bulunmayan bir kişidir. Davalı K., miras bırakan Ş.'nin eşine de ölmeden önce bakmış, hastanelerde refakat etmiş ve hastalığı boyunca onunla yakından ilgilenmiştir. 2009 yılında ölen Ş.'nin yatağa bağımlı yaşadığı üç dört yıllık süre boyunca yine davalı K.'nin kendisiyle yakinen ilgilendiği, tanıkların anlatımlarından tespit edilmiştir. Bu nedenlerle

<sup>44</sup> Muris muvazaasının varlığının kabulü için uygulama ve yargı içtihatlarına göre nazara alınması gereken başlıca hususlar hakkında bkz. Topuz, s. 719 vd.

miras bırakan Ş.'nin iradesinin, gelini K.'ye teşekkür etmek olduğu, hem eşine hem de kendisine yaptığı emek ve hizmetlerin karşılığını vermek olduğu söylenebilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, davalının normal bir bakımın ötesinde bakım ve destek sağlamasını ve aşırı hizmetini ivaz olarak kabul etmesi, somut uyumsuzluk bakımından isabetlidir. Ancak Genel Kurul'un davalının edimini "semen" olarak nitelendirmesi teknik açıdan doğru değildir. Zira "semen", satış sözleşmesinde alıcının karşı edim olarak ödemeyi yükümlendiği bir miktar parayı ifade etmektedir<sup>45</sup>. Halbuki burada miras bırakanın taşınmazının mülkiyetini davalı K.'ye temlik etmesinin karşı edimi olarak K., bakım, destek ve hizmet sağlamıştır. Burada satış ve hizmet sözleşmelerine ait asli edimlerin karşılıklı olarak mübadele edildiği çifte tipli karma sözleşmeden, yani isimsiz bir sözleşmeden söz edilebilir<sup>46</sup>. Ancak taşınmaz mülkiyetini devreden sözleşmenin geçerliliği tapuda resmî şekilde yapılmasına bağlı olup<sup>47</sup> taşınmaz satış sözleşmesinin objektif esaslı noktalarının resmî senet içeriğinde yer alması gerekmektedir<sup>48</sup>. Eğer taşınmaz satışının yer aldığı karma bir sözleşme söz konusuysa bu karma sözleşmenin de resmî şekil şartına uygun yapılması gerekmektedir<sup>49</sup>. Somut olayda taraflar her ne kadar şekil şartını yerine getirmiş olmasalar da, sözleşmeden doğan edimleri karşılıklı olarak tamamen yerine getirmişlerdir. Yargıtay da, davalının normal bir bakımın ötesinde sağlamış olduğu bakım ve desteğin taşınmaz satışının semeni olabileceğini kabul etmekle, iki tarafın edimlerinin karşılıklı ilişisi içerisinde yerine getirilmiş olduğunu vurgulamak istemiş olabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında, yerel mahkemenin "*miras bırakanın gerçek iradesi taşınmaz karşılığı bakım sağlamak ise bunun usulüne uygun olarak bağış ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılmak*

<sup>45</sup> Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 36; Tandoğan H, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 84, 210; Akçaal, s. 400-401.

<sup>46</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 36. Benzer yönde bkz. Tandoğan, s. 84. *Akçaal'a* göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararına konu olan olayda gizli işlem ölünceye kadar bakma sözleşmesi olmakla birlikte bu sözleşme, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadığı için geçersizdir. Ancak Yargıtay, somut olay adaletini sağlamak amacıyla davalı lehine yorumda bulunmuştur. Bkz. Akçaal, s. 401.

<sup>47</sup> Sirmen L, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 351; Kaşak F. E, Taşınmaz Satışında Ayıp ve Eksik İfa, On İki Levha Yayınları, 2023, s. 56.

<sup>48</sup> Sirmen, s. 351; Kaşak, Ayıp ve Eksik İfa, s. 59.

<sup>49</sup> Kaşak, Ayıp ve Eksik İfa, s. 66.

*suretiyle sağlanması gerektiği, bu yapılmadığından yapılan devrin muvazaalı olduğu” iddiasına karşı bir ayrıntılı bir açıklama yapılmadığı görülmektedir. Kararda, miras bırakanın yaptığı temlikin davalıya karşı bir ivaz olarak yapıldığının ve diğer mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapılmadığının tespit edildiği gerekçesine dayanılarak temlikin muvazaalı olmadığı belirtilmesiyle yetinilmiştir. Kanımızca bunun sebebi, miras bırakanda minnet duygusuyla birilerine mal temlik etme niyeti ile birilerinden mal kaçırma niyetinin aynı anda bulunamayacak olmasıdır. Zira minnet duygusuyla yapılan temlik, yapılan iyiliklere karşı edim niteliğinde olması niyetiyle yapılır ve mal kaçırma amacını içeremez. Mal kaçırma amacıyla yapılan bir temlik söz konusu olduğunda ise bu temlikte karşı edim niteliği bulunamaz. Kaldı ki somut uyuşmazlıkta muvazaanın varlığına kanaat getirilse (miras bırakanın diğer mirasçılardan mal kaçırma amacının bulunduğu tespit edilse) bile, gizli işlem olarak düşünülen ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin resmî şekilde (miras sözleşmesi şeklinde) yapılmadığından bahisle geçersiz olduğunun iddia edilmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır. Nitekim Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere; taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse bunun iadesinin istenmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir<sup>50</sup>.*

Toplumsal yapı ve ihtiyaçlardaki değişimler dikkate alındığında, miras bırakanın zor günlerinde kendisine destek olan gelinine bir taşınmazını minnet duygusuyla temlik etmesinde, miras bırakanın haklı ve makul nedeninin bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak benzer uyuşmazlıklarda bu sonuca ulaşmak için somut olayın özellikleri çok iyi değerlendirilmeli; miras bırakanın kimsenin etkisi altında kalmaksızın gerçek iradesinin minnet duygusu ile temlik olduğu, birtakım yardımcı kriterlerin ışığında şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmelidir. Zira miras bırakanın yaşlılığı veya hastalığı sebebiyle kendisi ile yaşayan veya kendisi ile ilgilenen kişilerin etkisi altında kalması muhtemeldir. Özellikle miras bırakanın erkek çocuğu veya erkek çocuğunun eşi lehine yaptığı temliklerde daha hassas bir inceleme yapılmalıdır. Türk toplumunun ataerkil yapısı gereği kız çocuğunun evlenmekle birlikte artık kocasının ailesine mensup olması anlayışı ve kız çocuğuna kalan her maldan -elin oğlu olan- kocasının da yararlanacağı endişesi, anne babaları mallarını daha ziyade erkek çocuğa veya onun eşine bırakmaya teşvik etmektedir. Bu sebeple benzer uyuşmazlıklarda tespit edilmesi gereken husus, miras

<sup>50</sup> Bkz. Yargıtay İBK., T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 11.12.2023).

bırakanın gerçekten minnet duygusu ile mi yoksa mal kaçırma amacı ile mi hareket ettiği.

Miras bırakanda hangi amacın var olduğunun bulunması için bazı olguların kontrol edilmesi gerekmektedir. Miras bırakanın minnet duygusu ile hareket ettiğinin kabulü için kendisine mal temlik edilen mirasçının, diğer mirasçılara kıyasla miras bırakana normal bir bakımın ötesinde bakım ve destek sağlaması, ahlaki ödev sebebiyle ilgilenmenin üstünde bir ilgilenmenin söz konusu olması gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki miras bırakanın temlik tarihindeki yaşı ve genel sağlık durumu, sağlandığı iddia edilen bakım ve desteği gerektirir durumda olmalıdır. Burada yardımcı bir kriter olarak miras bırakanın terekesinde başka malların bulunup bulunmadığına da bakılmalıdır. Miras bırakanın terekesinde başka mallar da varken sadece bir malını temlik etmişse burada minnet duygusu ile hareket ettiği ve dolayısıyla mal kaçırma amacının bulunmadığı söylenebilir<sup>51</sup>. Kanaatimize göre, burada temlik edilen malın değeri ile malın temlik edildiği davalının miras bırakana sağladığı bakım ve desteğin yoğunluğu ve süresi arasında ölçülülük olması da aranmalıdır. Zira temlik edilen taşınmazın değeri ile miras bırakana sağlanan bakım ve destek arasındaki açık orantısızlık, miras bırakanın bu temlikinde malını temlik ettiği mirasçının etkisinin olduğuna ve miras bırakanın diğer mirasçılarının miras payını azaltma amacı olduğuna işaret olabilir. Ayrıca miras bırakanın davacı ile arasındaki ilişki de miras bırakanın amacını tespitinde yardımcı bir kriter olarak değerlendirilmelidir. Örneğin miras bırakan sağlığında davacı ile yakın ilişkisini sürdürmüşse, ona maddi yardımda bulunmuşsa miras bırakanın mal kaçırma amacının bulunmadığına işaret olabilir<sup>52</sup>. Miras bırakanın niyetini tespit ederken yararlanılabilecek bir diğer yardımcı kriter, miras bırakanın sağlığında bir paylaşırma yapıp yapmamış olmasıdır. Miras bırakan, sağlığında hak dengesini gözetken kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçılarını kapsar bir biçimde paylaşırma yapmışsa mal kaçırma amacından söz edilemez<sup>53</sup>. Taşınmazın resmî akitteki değeri ile gerçek değeri arasındaki oransızlık ise minnet duygusu ile yapılan temliklerde belirleyici bir

<sup>51</sup> Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD., T. 10.09.2020, E. 2019/1906, K. 2020/4015, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 10.10.2023); Yargıtay 1. HD., T. 11.11.2019, E. 2016/13269, K. 2019/5778, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 10.10.2023).

<sup>52</sup> Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD., T. 10.09.2020, E. 2019/1906, K. 2020/4015, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 10.10.2023).

<sup>53</sup> Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD., T. 23.02.2010, E. 2009/11604, K. 2010/1933(<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, erişim tarihi: 10.10.2023).

kriter olamaz. Zira bu temliklerde kendisine taşınmaz temlik edilen mirasçı zaten herhangi bir bedel ödememekte, miras bırakana sağlamış olduğu normalin ötesinde bakım ve destek ile aşırı hizmet, bu temlikin karşılığı olarak kabul edilmektedir. Nitekim inceleme konusu kararda da salt bedeller arasındaki oransızlığın muvazaanın varlığı için yeterli delil olmadığı kabul edilmiştir. Kanaatimize göre, muvazaalı olduğu iddia edilen temlik işleminin yapıldığı zamanda davacı ve davalı arasındaki ilişki de miras bırakanın niyetini tespit etmeye yardımcı olabilir. Örneğin davalının temlik işleminin yapılmasından önce ve sonra diğer mirasçıları ilgiye ve bakıma muhtaç olan miras bırakanla görüştürmeme, diğer mirasçılar da ilgilenmek istemesine rağmen onları miras bırakandan uzak tutmaya çalışma yönündeki davranış tarzı, davalının miras bırakanın iradesini etkilediği ve onu diğer mirasçılardan mal kaçırmaya yönlendirdiğine işaret edebilir.

Hukuk Genel Kurulu'nun miras bırakanın gelinine minnet duygusuyla yapmış olduğu temlik muvazaalı saymayan bu kararına katılmakla birlikte; Genel Kurul'un ispat yükü bakımından yapmış olduğu değerlendirmeye katılmamaktayız. Zira hısımlar arası satış sözleşmelerinin muvazaalı işlemin emaresi olduğuna ilişkin fiilî karinenin hukuki sonuçlarından biri de, tarafların ileri sürdükleri muvazaa iddiasını ispatlamaları gerekliliğinin istisnasını oluşturmasıdır<sup>54</sup>. TMK m. 6'da yer alan genel ispat yükü kuralının bu fiilî karine ile tersine döndüğü kabul edilmelidir. Böylece muris muvazaasının varlığını iddia eden davacıdan bu iddiasını ispatlaması beklenmemeli, muvazaanın olmadığını iddia eden davalının bunu ispatlaması gerektiği kabul edilmelidir. Somut olayda temlik işleminin muvazaalı olmadığını, bilakis miras bırakana sağlığında sağlamış olduğu olağanın ötesinde bakım ve desteğin bir karşılığı olduğunu, davalının ispatlaması beklenmelidir. Davalının miras bırakanın hısmı olmadığı örneklerde ise ispat yükü bakımından TMK m. 6'daki genel kuraldan ayrılmak için bir sebep bulunmamaktadır.

<sup>54</sup> Bu yönde bkz. Yücer Aktürk, s. 45. Hısımlar arasında yapılan satış sözleşmesinin muvazaalı olduğu karinesinin işletilebilmesi için hukuki işlemin taraflarının akraba olması yeterli olup birbirlerine mirasçı olmaları gerekmemektedir. Bkz. Yücer Aktürk, s. 49.

## KAYNAKÇA

- Aday N, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992.
- Akçaal M, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 2021.
- Akıncı Ş, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları", SÜHFD, 2019, 27(3), 652-678.
- Antalya O. G, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya O. G, Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021. (Kısaltılmışı: Miras).
- Atamulu İ, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, 2017.
- Aydos O. S, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022.
- Can Bayhan D, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası Olarak Değerlendirilmeyen İşlemler", Dicle Akademi Dergisi, 2022, 2(2), 179-200.
- Demirsatan B, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa" MÜHFHAD, 2020, 26(2), 1220-1241.
- Doğan M / Şahan G / Atamulu İ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Dural M / Öz T, Miras Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Erdoğan İ / Keskin A. D, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), Genişletilmiş 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021. (Kısaltılmışı: Özel Hükümler).
- Eviz E, Muris Muvazaası, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Hatemi H / Gökyayla K. E, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Hatipoğlu Z. U, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Miras Bıra-

- kanın Asıl İradesinin Tayini”, DÜHFD, 2017, 22(36), 109-135.
- İnan A. N / Ertaş Ş / Albaş H, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kaşak F. E, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükmelerine Aykırılık, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Kaşak F. E, Taşınmaz Satışında Ayıp ve Eksik İfa, On İki Levha Yayınları, 2023. (Kısaltılmışı: Ayıp ve Eksik İfa).
- Kılıçoğlu A. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Turhan Kitabevi, 2020.
- Oğuzman M. K / Seliçi Ö / Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Oğuzman M. K / Öz M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Serozan R / Engin B. İ, Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sert Sütçü S, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sirmen L, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Tandoğan H, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Topuz M, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler”, İKÜHFD, 2016, 15(2), 709-727.
- Yıldırım A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 13. Baskı, Monopol Yayınları, 2022.
- Yılmaz S, Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Yetkin Yayınları, 2021.
- Yücer Aktürk İ, “Hısımlar Arası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa”, ERÜHFD, 2015, 10(2), 37-51.

